



Università di Camerino  
Scuola di Giurisprudenza

Collana **Quaderni degli Annali della Facoltà Giuridica**  
Nuova Serie 5 2024



***Temas  
de Direito Civil Brasileiro  
na Perspectiva da Legalidade Constitucional***

a cura di  
**Maria Cristina De Cicco e Fernando Moreira Freitas da Silva**



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI CAMERINO

SCUOLA DI GIURISPRUDENZA

Temas  
de Direito Civil Brasileiro  
na Perspectiva da Legalidade Constitucional

a cura di

Maria Cristina De Cicco e Fernando Moreira Freitas da Silva



CAMERINO

2024

---

COMITATO SCIENTIFICO INTERNAZIONALE

Ignazio Buti, Ignacio De Cuevillas Matozzi, Antonietta di Blase, Luigi Ferrajoli, Giulio Illuminati, Fabian Klinck, Luigi Labruna, Franco Modugno, Pietro Perlingieri, Antonino Procida Mirabelli di Lauro, Francesca Reduzzi, Ingo Reichard, Rosalía Rodríguez López, Martin Josef Schermaier

DIRETTORE SCIENTIFICO

Prof. Rocco Favale

COMITATO DI REDAZIONE

Rocco Favale, Felice Mercogliano, condirettori;  
Maria Pia Gasperini, Maria Paola Mantovani, Marta Cerioni,  
Antonella Merli, Agostina Latino, Stefano Testa Bappenheim

CONTATTI

rocco.favale@unicam.it - felice.mercogliano@unicam.it

SEGRETERIA

Scuola di Giurisprudenza - Università degli Studi di Camerino  
Via D'Accorso c/o Campus Universitario  
I - 62032 Camerino (MC)

La supervisione finale dell'intero volume è stata curata  
da Maria Cristina De Cicco

ISBN: 9788867680665

Copyright: Scuola di Giurisprudenza. Università di Camerino

---

## Apresentação

No âmbito da Cadeira Italo-brasileira de Direito das Pessoas, a Universidade de Camerino promoveu, de 3 a 6 de julho de 2023, o congresso sobre os Itinerários da civilística brasileira e italiana na legalidade constitucional. Foram organizadas sessões de trabalho que ofereceram um aprofundamento dos temas da civilística, dos clássicos e da atualidade, analisados sob a ótica da legalidade constitucional, contando com a participação de estudiosos brasileiros e italianos.

O objetivo do evento foi o de reunir pesquisadores e professores brasileiros que tivessem realizado estudos e pesquisas na Universidade de Camerino para aprofundar o conhecimento sobre a metodologia do Direito Civil na Legalidade Constitucional, dando conta da influência dessa metodologia na própria formação acadêmica e profissional, na doutrina e na jurisprudência do Brasil.

Como forma de incentivar os jovens civilistas, no âmbito dos Programas de Pós-graduação *Stricto Sensu*, foi organizada uma seleção pública com o objetivo de escolher artigos científicos que versassem sobre temáticas jurídicas relevantes a partir da perspectiva da legalidade constitucional. A cada etapa da seleção, de caráter eliminatório, os artigos foram sendo corrigidos e aprimorados. A última etapa foi a apresentação

pública dos artigos selecionados a uma banca, composta por professores de programas de pós-graduação, seguida da obrigatoriedade de novas correções do texto.

Ao final dessas etapas, foram selecionados quatro artigos, cujos resultados são apresentados nesta oportunidade:

1. *Abuso do direito e dano imoral*, de autoria de Arthur Lutiheri Baptista Nespoli e Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral;

2. *Aspectos civis-constitucionais dos contratos no Direito das Famílias pós-moderno: contexto brasileiro*, de autoria de Guilherme Augusto Giroto;

3. *Pacto ou contrato de convivência? Por uma interpretação à luz do Direito Civil na Legalidade Constitucional*, de autoria de Arthur Lustosa Strozzi e Daniela Braga Paiano;

4. *Violência patrimonial: inadimplência de alimentos aos filhos e a perpetuação da desigualdade de gênero*, de autoria de Mariana Marques Gutierrez e Helena Alice Machado Coelho.

Desejamos uma boa leitura e profícuas reflexões!

MARIA CRISTINA DE CICCIO\*

FERNANDO MOREIRA FREITAS DA SILVA\*\*

---

\* Università di Camerino

\*\* Universidade Federal do Paraná

ARTHUR LUTHERI BAPTISTA NESPOLI\*  
ANA CLÁUDIA CORRÊA ZUIN MATTOS DO AMARAL\*\*

*Abuso do direito e dano imoral*

SUMÁRIO: 1. Introdução. - 2. Abuso do direito. - 3. Dano imoral na Alemanha. - 4. Dano imoral no Brasil. - 5. Considerações finais.

1. - O caráter deontológico do Direito enseja a conformação dos seus institutos ao sentimento de justiça que subjaz a toda solução que se procura emprestar aos conflitos sociais. No âmbito da responsabilidade civil, a superação do sentido naturalístico do dano para adoção da noção normativa evidencia essa preocupação. A mesma noção normativa também inaugurou a ampliação do espectro de ressarcibilidade de lesões que, a rigor, não configuravam atos ilícitos *stricto sensu* ou abusivos, reconhecendo-se que o dano

---

\* Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL).

\*\* Doutora em Direito Civil Comparado pela PUC/SP.

injusto, enquanto violação a interesse juridicamente relevante, não poderia remanescer imune ao regime reparatório.

A evolução da categoria dos atos abusivos demonstra a permeabilidade do Direito ao senso de equidade, enformando o instituto a desempenhar função complementar na responsabilização civil.

De igual maneira, o dano imoral previsto no § 826 do Código Civil alemão (BGB) paulatinamente assume o mesmo caráter, tendo como índice desencadeador do regime delitual os bons costumes, vislumbrando-se pontos secantes entre esses institutos, sem, contudo, perderem sua autonomia.

No Direito Civil brasileiro, identifica-se a coexistência dessas categorias. Apesar de não referido pela doutrina, o dano imoral decorre da interpretação combinada dos arts. 187 e 927, *caput*, do Código Civil de 2002 (CC/02), que, informada pela noção de dano injusto, permite a aplicação de forma complementar ao sistema de responsabilização nacional, mostrando-se mais um importante instrumento dogmático de acionamento do regime reparatório em situações lesivas não subsumíveis ao ato ilícito *stricto sensu* ou ao abuso do direito; culminando em tutela mais abrangente da pessoa humana, cuja centralidade insere-se no contexto da legalidade constitucional.

2. - A origem histórica do abuso do direito é controversa. Não raro apontam-se alguns institutos do Direito Romano como precursores da limitação do uso irregular de uma posição jurídica a justificar a recondução a esse sistema. Se por um lado os institutos indicados, de fato, estabeleciam temperamentos no exercício do direito, por outro denuncia-



se que a interpretação emprestada retroativamente seria anacrônica e desinserida do contexto da época.

Diversos textos romanos<sup>1</sup> serviram de base à construção da teoria do ato emulativo (*aemulatio*), segundo a qual o ato com intenção maligna e sem utilidade ao agente acarretaria sua responsabilização. Da *aemulatio*, portanto, extraem alguns autores<sup>2</sup> a tese de que a teoria do abuso do direito

---

<sup>1</sup> A. LIMA, *Culpa e risco*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, pp. 207-208, transcreve alguns: “Fr. 38, D., 6, 1, Ceiso - neque malitiis indulgendum est, si tectorium puta, quod duxerit picturasque corraderet velis nihil laturus nisi ut officias. Inst. I, 8, 2 - Expedit enim reipublicae ne quis re sua male utatur (cf. Gaio, I, 53 - ... male enim nostro jure uti non debemus). Fr. 1, § 12, D. 39, 3, Ulpiano, ...est same debet habere si nonanimo vicino nocendi, sed suum agrum meliorem faciendi id fecit. Fr. 2, 5, D., 39, 3, Paulo - ...quis factus (s. ager) mihi quidem prodesse potest ipsi vero nihil nociturus est; haec aequitas suggerit etsi jure deficiamus. Fr. 2, 9, D., 39, 3, Paulo ...quae sententia verior est; si modo non hoc animo fecit, ut tibi noceat, sed ne sibi noceat.” Tradução livre: “Fr. 38, D., 6, 1, Ceiso - nem devemos ceder à malícia, se, por exemplo, o teto, que quereis corroer os quadros e as pinturas, nada deva ser retirado senão a título de serviço. Inst. I, 8, 2 - É conveniente para a república, pois, que ninguém use mal sua coisa (cf. Caio, I, 53 - ...Não devemos, pois, usar o nosso direito para o mau). Fr. 1, § 12, D. 39, 3, Ulpiano, ... é o mesmo que ele deve ter se prejudicou o próximo, mas o fez para melhorar seu próprio território. Fr. 2, 5, D., 39, 3, Paulo - ...aquele que se tornou (o campo santo) pode sim me beneficiar, mas não vai se prejudicar; esta equidade sugere que, mesmo que falhemos na lei. Fr. 2, 9, D., 39, 3, Paulo ...qual frase é mais verdadeira; se ao menos ele não o fizesse com essa intenção de prejudicá-lo, mas não para prejudicar a si mesmo.”

<sup>2</sup> A defender essa posição, noticia A. LIMA, *Culpa e risco*, cit., p. 208 (extraíndo de V. Sciajola, *Aemulatio*, in *Enc. Giuridica italiana*, vol. I, parte II, seção 1.<sup>a</sup>, Milano, Vallardi, 1912, p. 426 s.), Gluck, Thibaut, Windscheid, Maynz e De Crescenzo.

remontaria ao pensamento clássico. Busca-se, também, sua identificação em brocardos, tais como “*summum ius summa iniuria*”, “*non omne quod licet honestum est*” e “*malitiis non est indulgendum*”. Mas não apenas: valem-se, ainda, os defensores da tese da *exceptio doli* e da regulação do direito de vizinhança. A *exceptio doli* permitia deter uma *actio* que, por circunstâncias várias, seria injusta. As relações de vizinhança, por sua vez, sofriam limitações impostas pela necessidade de convivência pacífica.

Ilustrativamente, sustenta Jorge Americano<sup>3</sup> que os brocardos acima citados estão “impregnados” com a noção do abuso do direito, pois abrangeriam não apenas os atos realizados fora da esfera do direito de cada um, mas também os que, aparentemente dentro, fossem executados com excesso. O mesmo “espírito” verifica-se quando declarou o imperador Leão que os direitos devem ser exercidos sem o intuito de prejudicar os dos outros (*unusquisque suis fruatur et non inhiat alienis*<sup>4</sup>). Cita, em reforço a sua tese, que o direito de propriedade romano facultava o uso das fontes e águas correntes como conviesse ao proprietário; mas a obra realizada com o fim de prejudicar os vizinhos e sem proveito útil era vedada.

Os exemplos trazidos pela doutrina são inúmeros e extraídos, como visto, dos mais variados ramos do Direito. A necessidade de conformação do uso da *facultas agendi*, portanto, há muito foi percebida como imprescindível a se evitar

---

<sup>3</sup> J. AMERICANO, *Do abuso do direito no exercício da demanda*, São Paulo, Saraiva & Comp., 1932, p. 10.

<sup>4</sup> Tradução livre: “que cada um goze do que é seu e não interfira no que é dos outros”.

soluções aberrantes: o mau exercício da posição outorgada ao titular, mesmo em se tratando de direito absoluto, passou por temperamentos para que o senso de justiça não fosse ferido.

Contudo, adverte Antonio Menezes Cordeiro<sup>5</sup> contra o equívoco de se usar instrumentais atuais à interpretação de dados históricos. Especificamente sobre o tema, pondera que não havia no Direito Romano uma elaboração de uma teoria geral dos atos emulativos; tampouco verificava-se o uso institucionalizado da *exceptio doli* a enfrentar o exercício irregular do direito; nem as limitações jurídicas dos direitos envolvidos no conflito de vizinhança permitiria concluir, linearmente, pela adoção do instituto do abuso do direito como atualmente concebido, sequer de forma embrionária. Haveria, portanto, falta de perspectivação histórica ao se eleger trechos e brocardos sortidos das fontes romanas, elementos parcelares, cuja articulação era mais empírica do que teórica, até mesmo pela própria característica desse sistema, marcadamente casuístico e desvestido de abrangente planificação. Logo, “ainda quando esses institutos tenham enquadrado soluções materiais romanas integráveis, séculos volvidos, nos meandros das condutas abusivas, obedecem a técnicas próprias e a princípios diversos.”<sup>6</sup>

Sem apoio, entretanto, numa construção científica, nos séculos XVIII e XIX observou-se a prevalência da visão da “titularidade absoluta” dos direitos, falando-se, inclusive, em *ius abutendi* (direito de abusar), vale dizer, o titular do direito poderia exercê-lo sem peias, senhor que era da sua posição

---

<sup>5</sup> A. M. CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil*, Coimbra, Almedina, 2021, p. 673 ss.

<sup>6</sup> A. M. CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil*, cit., p. 677.

jurídica. Afinal, entendia-se que a ninguém prejudica aquele que usa do seu direito – *neminem laedit qui iure suo utitur*<sup>7</sup>. Mas a noção do abuso do direito “vegetou [...] obscuramente nos costumes, infiltrando-se em grande número de instituições”, até reaparecer tratada pela doutrina<sup>8</sup>.

O esforço doutrinário de delimitação da legitimidade do exercício do direito parte da noção medieval dos atos emulativos, inspirado, portanto, na verificação do móvel da conduta do agente. As teorias que buscaram na *intenção* o critério distintivo foram denominadas de subjetivas ou subjetivistas. Nessa vertente, dois critérios são apresentados: o intencional e o técnico. O primeiro caracteriza-se pelo ânimo de prejudicar (dolo); o segundo, no exercício culposo<sup>9</sup>. A culpa consistiria no exercício do direito pelo titular, embora sem a intenção de lesar, de tal maneira que não lhe houvesse interesse apreciável, o “ato praticado é economicamente mau e condenável. É uma culpa de ordem econômica.”<sup>10</sup>.

Paulatinamente, surgem vozes a defender a chamada teoria objetiva. Enxergam o abuso no exercício anormal do direito, contrário à sua destinação econômica ou social, reprovado pela consciência pública e, excedendo, por consequência, seu conteúdo. O critério psicológico, portanto, deve ser substituído, pois o ato intencional de lesar atenta, objetivamente, contra os bons costumes. Dois critérios

---

<sup>7</sup> J. O. ASCENSÃO, *Direito civil: teoria geral*, Vol. III, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 266; F. AMARAL, *Direito Civil: Introdução*, Rio de Janeiro, Renovar, 2008, p. 243.

<sup>8</sup> J. AMERICANO, *Do abuso do direito*, cit., p. 13.

<sup>9</sup> O. GOMES, *Introdução ao direito civil*, Rio de Janeiro, Forense, 1993, p. 137.

<sup>10</sup> A. LIMA, *Culpa e risco*, cit., p. 225.

sobrelevam nessa análise: o econômico e o teleológico, caracterizando-se o primeiro pelo exercício do direito sem interesse legítimo e o segundo desconformidade com sua destinação social<sup>11</sup>.

O Direito brasileiro não ficou imune à controvérsia que se instaurou na doutrina estrangeira, pela lógica razão de que a gradual consolidação da teoria do abuso do direito e os debates travados são a fonte da incorporação do instituto em nosso ordenamento. A percepção da insuficiência dos atos ilícitos como mecanismo de repressão de condutas antissociais ou mesmo imorais, ainda que formalmente amparadas em algum preceito legal, ensejou a paulatina acomodação e alargamento da noção de ato abusivo no sistema brasileiro.

Anteriormente ao Código Civil de 1916 (CC/16), o tema não era tratado de forma sistemática ou dotado de norma geral<sup>12</sup>. A exemplo do direito romano e dos demais

---

<sup>11</sup> O. GOMES, *Introdução*, cit., p. 137.

<sup>12</sup> M. TAKAOKA, *Do ato emulativo ao abuso do direito*, São Paulo, Quartier Latin, 2016, p. 106, chama a atenção para o fato de que a figura do abuso do direito, apesar de não sistematizada, não era de todo estranha ao antigo direito luso-brasileiro, o que, por vezes, não é ressaltado pelos autores nacionais: “É curioso que, ao tratar do tema do abuso do direito, os autores brasileiros geralmente se lembrem da origem romana da figura, citando a famigerada máxima ‘*male enim nostro iure uti non debemus*’, ou ‘*malitiis non est indulgendum*’, mas depois passem a tratar, de imediato, da sua elaboração moderna, à francesa, como se o antigo direito luso-brasileiro tivesse desconhecido, em absoluto, a proibição do ‘exercício’ imoderado dos direitos. No entanto, a esquecida Ord. Filip. 4, 107 pr. dispunha: ‘Porque a Nós pertence prover, que ninguém use mal do que tem, querendo supprir a fraqueza do entender das mulheres viúvas, que depois da morte de seus maridos desbaratam o que tem, e ficam pobres e necessitadas, e querendo outrosi prover como seus sucessores não fiquem

que lhe sucederam, excessos era contidos pontualmente e restritos a tópicos específicos, jungidos a preceitos milenares (por exemplo, *summum jus summa injuria*) e informados pelo senso de justiça que nunca faltou ao Direito; afinal, sua razão de ser. Os temperamentos eram trazidos pelos costumes, pelos pensamentos elevados dos filósofos ou mesmo por jurisconsultos, todos embebidos na ideia moral de solidariedade humana<sup>13</sup>. Na tradição do direito brasileiro, para além da lide temerária, tinha-se o direito de vizinhança, inscrito no regime da posse, com as limitações sobreviventes do direito clássico. O direito de construir, absoluto, era limitado objetivamente e, também, por critérios absolutos<sup>14</sup>.

Com a promulgação do Código Beviláqua, extraiu-se do seu art. 160, I, o que seria a primeira positivação de norma geral sobre o tema: “Não constituem atos ilícitos: I

---

danificados; mandamos que se for provado, que ellas maliciosamente ou sem razão desbaratam, ou alheam seus bens, as Justiças dos lugares, onde os bens estiverem, os tomem todos, e os entreguem a quem delles tenha cargo, até verem nosso mandado, e ellas façam dar mantimento, segundo as pessoas forem, e os encargos que tiverem. E façam-o saber a Nós, para mandarmos prover nesses bens, em maneira, que os que os houverem de herdar, não recebam dano.’ Naturalmente, não se trata de teoria completa do abuso do direito, pois que a regra se volta apenas à limitação da propriedade das mulheres viúvas, que desbaratam seus bens (com a disposição visava-se preservar os interesses delas e também dos seus herdeiros). Mesmo assim, é um antecedente de relevo da proibição do ato abusivo, fundado não só em critério subjetivo, como seria de esperar-se, mas também objetivo (‘maliciosamente ou *sem razão*’).”

<sup>13</sup> C. BEVILÁQUA, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, vol. I, Rio de Janeiro, Livraria Francisco Alves, 1956, p. 347.

<sup>14</sup> P. B. MARTINS, *O abuso do direito e o ato ilícito*, Rio de Janeiro, Forense, 1997, p. 92.

– os praticados em legítima defesa, ou no exercício regular de um direito reconhecido.” Em que pese não contemplado expressamente, grande parte da doutrina<sup>15</sup> deduziu a interdição do abuso valendo-se da interpretação *a contrario sensu*: o exercício “irregular” de um direito constituiria ato ilícito, estaria proscrito e culminaria no dever de indenizar<sup>16</sup>.

No Código Civil de 2002 (CC/02), o instituto veio expressamente previsto no art. 187, prevalecendo na doutrina nacional a concepção finalista, entendendo o abuso do direito como o exercício contrário à destinação social, econômica ou à finalidade da norma. Trata-se de concepção mais consentânea com a noção de abertura de sistema,<sup>17</sup> que acabou por assumir relevância ao longo do século XX.

Não encontra o abuso do direito sua autonomia dogmática em eventual distinção de efeitos ou de regime repressivo sancionatório. O ato abusivo ou o ilícito podem culminar no dever de reparar se gerarem danos. Da mesma forma, podem implicar na mera declaração de nulidade ou na obrigação de fazer, prestação *in natura*. Nesse sentido, propõe

---

<sup>15</sup> Em divergência, C. M. DA SILVA PEREIRA, *Instituições de direito civil*, vol. I, Rio de Janeiro, Forense, 2004, p. 674, não vislumbrou norma geral de abuso do direito no art. 160, I, do CC de 1916.

<sup>16</sup> G. TEPEDINO, H. H. BARBOZA, M. C. B. de MORAES, *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, vol. I, Rio de Janeiro, Renovar, 2004, p. 341 s.; R. F. PINHEIRO, *O abuso do direito e as relações contratuais*, Rio de Janeiro, Renovar, 2002, p. 288.

<sup>17</sup> De acordo com C.-W. CANARIS, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 103 ss., falar em sistema aberto indica o reconhecimento de sua incompletude e sua capacidade de evolução e modificação, o que implica na adoção de novos institutos ou princípios.

Fernando Augusto Cunha de Sá<sup>18</sup> que a distinção entre as figuras dar-se-ia, no abuso, pela referência ao elemento valorativo e, no ilícito, pela conexão com o elemento estrutural. Em ambas as hipóteses estar-se-ia diante de um comportamento materialmente estranho ao exercício de um direito subjetivo ou prerrogativa jurídica. Contudo, a ilicitude consiste na direta e frontal violação formal do direito ou prerrogativa; o abuso finge a aparência estrutural, mas encobre a violação da intenção normativa do direito ou prerrogativa. Vale dizer, o primeiro consiste no desrespeito dos limites lógico-formais e o segundo no desrespeito aos limites axiológico-materiais. Em que pese substancialmente distintos em sua configuração, os efeitos sancionatórios podem confundir-se, porque persiste a identidade de contrariedade ao Direito. Em se reconhecendo a diferença de natureza, irrelevante a taxonomia que se lhe empresta em sinonímia: ilícito material x ilícito formal<sup>19</sup> ou ato ilícito x ato ilegal<sup>20</sup>.

O ato abusivo, portanto, vincula-se à análise valorativa, enquanto o ilícito refere-se à estrutura. Nesse ponto, relevante distinguir os conceitos de estrutura e função dos fatos jurídicos. O primeiro diz respeito à conformação do fato – como é –, número de partes necessárias para perfectibilizar

---

<sup>18</sup> F. A. C. DE SÁ, *Abuso do direito*, Coimbra, Almedina, 1973, p. 633 ss.

<sup>19</sup> Nomenclatura proposta por A. CASTANHEIRA NEVES, *Questão-de-fato questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade: ensaio de umareposição crítica*, Coimbra, Almedina, 1967; cf. T. A. LOPEZ, *Exercício do direito e suas limitações: abuso do direito*, in *Revista dos Tribunais*, vol. 885/2009, p. 49 ss., jul. 2009, item 4.

<sup>20</sup> Nomenclatura proposta por C. A. SOARES LEVADA (*Anotações sobre o abuso do direito*, in *Revista dos Tribunais*, v. 667, 1991, p. 48 s.); cf. I. de CARVALHO NETO, *Abuso do direito*, Curitiba, Juruá, 2015, p. 184.



um ato apto a produzir seus regulares efeitos jurídicos: são os elementos que o enformam. O segundo refere-se à utilidade do fato – para que serve –, devendo-se considerar os princípios e valores que o informam: “ao valorar o fato, o jurista identifica a função, isto é, constrói a síntese global dos interesses sobre os quais o fato incide. [...] Não basta qualificar um fato como produtivo, modificativo ou extintivo de efeitos: é necessário compreender a razão justificadora da constituição, modificação ou extinção.”<sup>21</sup>.

Em se referindo ao perfil funcional da situação jurídica, não é possível circunscrever o instituto do abuso do direito a alguns perfis estruturais, abrangendo, portanto, qualquer situação jurídica, porque dotada de função<sup>22</sup>. Abuso “do direito”, por conseguinte, é expressão que retrata menos do que abrange. Não apenas “direitos” são passíveis de abuso. Isso porque a relação jurídica é vínculo que se estabelece entre pessoas ou grupos, atribuindo-lhes poderes e deveres, a respeito de bens ou situações jurídicas, concebida em perspectiva dinâmica, como um processo que se desenvolve em face de um determinado objetivo<sup>23</sup>.

Naturalmente, há de se ter cautela para que a excessiva expansão do instituto não implique em seu esvaziamento

---

<sup>21</sup> P. PERLINGIERI, *O direito civil na legalidade constitucional*, trad. M.C. De Cicco, Rio de Janeiro, Renovar, 2008, p. 642.

<sup>22</sup> E. N. DE SOUZA, *Abuso do direito: novas perspectivas entre a licitude e o merecimento de tutela*, in *Revista trimestral de direito civil*, vol. 50, abr.-jun. 2012, p. 35 ss., p. 63.

<sup>23</sup> A. P. R. LÊDO, I. C. SABO, A. C. C. Z. M. AMARAL, *Existencialidade humana: o negócio jurídico na visão pós-moderna*, in *Civilistica.com*, a. 6, n. 1, 2017. Disponível em: <<http://civilistica.com/existencialidade-humana-o-negocio-juridico/>>. Acesso em 16 out. 2021. p. 5-6.

conceitual. Nesse ponto, cumpre analisar os requisitos legais positivados em nosso Código.

O fim econômico ou social estampado no art. 187 do CC/02 guarda relação com o que previsto no art. 5º do Decreto-lei nº 4.657/42 – Lei de introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB): dessa forma, não se mostra possível ler a norma jurídica de forma descontextualizada, desconsiderando as circunstâncias que envolvem sua aplicação.<sup>24</sup> Parte-se do pressuposto que toda atribuição jurídica é também realizada para utilidade social, portanto o exercício do direito não pode afrontar essa destinação básica. Os direitos subjetivos [*rectius* situações jurídicas subjetivas] são instrumentos para a realização de interesses, que não podem ser contrariados em seu exercício<sup>25</sup>. Não significa, contudo, que a finalidade social ou econômica seja condicionante do exercício de determinada posição jurídica, pois, a depender do caso, não se vislumbra de imediato alguma. O que o ordenamento interdita é o exercício que viole a razão de ser norma. Não há, por conseguinte, supressão da liberdade individual no uso das faculdades jurídicas, apenas sua modulação, caso exorbite a finalidade de sua instituição.

Como corolário lógico, deve-se perscrutar o duplo aspecto de cada instituto jurídico: de um lado seu objetivo – para que serve –, a serventia que lhe é dada; de outro seu sentido – em nome de quê –, que lhe atribui significância dignificante, cujo importância reside em demarcar seus pressupostos ético-axiológicos. O abuso verificar-se-ia quando

---

<sup>24</sup> F. P. BRAGA NETTO, C. C. DE FARIAS, N. ROSENVALD, *Novo Tratado de Responsabilidade Civil*, São Paulo, Saraiva Educação, 2019, p. 274.

<sup>25</sup> J. O. ASCENSÃO, *Direito civil*, cit., p. 270; F. AMARAL, *Direito Civil*, cit., p. 246.

o exercício do direito encontre dissonância com seu sentido<sup>26</sup>. O critério refere-se ao exercício disfuncional, o que não guarda correspondência perfeita com a função econômico-social, mas muito se aproxima, o que explica a opção do legislador pelo índice positivado. Alguma objetividade e segurança pode-se extrair ao se fazer remissão à tábua axiológica constitucional, servindo a Carta como parâmetro orientador, pois fixa as bases econômicas e sociais do país, conforme, inclusive, assentado na Memória Justificativa do Anteprojeto do Código Civil<sup>27</sup>.

A boa-fé, por sua vez, assume caráter multifuncional<sup>28</sup> e encontra-se positivada em outras normas do CC/02, a

---

<sup>26</sup> F. A. DE S. MUNIZ, *Abuso do direito de ação e responsabilidade civil: uma análise sob a ótica dos ordenamentos luso-brasileiro e norte-americano*, in M. M. Barbosa, N. Rosenvald, F. Muniz (coord.), *Desafios da nova responsabilidade civil*, São Paulo, JusPodivm, 2019, p. 111 ss., p. 116 s.

<sup>27</sup> E. N. DE SOUZA, *Abuso do direito*, cit., p. 52 s.: “O conceito de abuso de direito como seu exercício anti-social abre larga margem ao poder de apreciação do juiz, oferecendo o risco, assinalado por Amiaud, de que o fim econômico ou social de um direito seja interpretado na conformidade das ideias e mesmo das paixões políticas do dia, a que não estão imunes os juízes. Mas esse perigo reduz-se enormemente onde tais ideias ou paixões encontram freio em disposições constitucionais que fixam as bases da ordem econômica e social do país, mediante princípios que a consciência média do povo tem como indispensáveis à normalidade dessa ordem.”

<sup>28</sup> C. L. MARQUES, *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, p. 215: “Efetivamente, o princípio da boa-fé objetiva na formação e na execução das obrigações possui muitas funções na nova teoria contratual: 1) como fonte de novos deveres especiais de conduta durante o vínculo contratual, os chamados deveres anexos; 2) como causa limitadora do exercício, antes lícito, hoje abusivo, dos direitos subjetivos; e 3) na concreção e interpretação dos contratos.”

exemplo do art. 113<sup>29</sup> e 422<sup>30</sup>. Consubstancia um padrão de comportamento, um dever de agir de acordo com a lealdade e confiança, não se podendo frustrar legítimas expectativas, mesmo sem qualquer propósito de prejudicar. Envolve, portanto, não apenas limitações negativas – interdição de determinados comportamentos –, mas também deveres positivos, como o de cooperação<sup>31</sup>.

Já referido como “um mar sem margens”<sup>32</sup>, o princípio da boa-fé representa o valor da ética e evoca uma amplitude de irradiação difusa sobre todo ordenamento, repercutindo, inclusive, sobre os demais princípios<sup>33</sup>. Nesse sentido, a boa-fé deve ser observada tanto nas relações contratuais quanto nas relações sociais (extracontratuais), porquanto em ambas se tem contato social ou contato na sociedade, jungidos pelos deveres gerais de conduta, sendo, portanto, um parâmetro objetivo, genérico, independentemente da intenção do agente (da boa-fé subjetiva). *Fides* significa o hábito de firmeza e de coerência de quem sabe honrar os compromissos assumidos, que são

---

<sup>29</sup> “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.”

<sup>30</sup> “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

<sup>31</sup> F.P. BRAGA NETTO, C. C. DE FARIAS, N. ROSENVALD, *Novo Tratado*, cit., p. 275.

<sup>32</sup> T. NEGREIROS, *Teoria dos contratos: novos paradigmas*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 115: “O princípio da boa-fé, tanto quanto o princípio do equilíbrio econômico e o princípio da função social, não se sujeita a uma única definição. Quanto mais se sabe acerca da boa-fé, mais correta parece ser a ‘definição’ de Simone David-Constant: ‘*La bonne-foi: une mer sans rivages*’, e se compreende que alguns identifiquem na atual difusão do princípio uma marca da pós-modernidade jurídica.”

<sup>33</sup> T. NEGREIROS, *Teoria dos contratos*, p. 116.

mais do que os expressamente estipulados e abrangem o respeito às expectativas alheias ou reciprocamente confiadas<sup>34</sup>.

Os bons costumes, por fim, compreendem concepções ético-jurídicas dominantes na sociedade, enquanto conjunto de regras de convivência que, em dado momento e ambiente, são tidos como corretos. Afrontar os bons costumes seria contrariar a ética predominante<sup>35</sup>. Naturalmente, a remissão à moral não resolve de todo a concretização do que se entende por esse índice, na medida em que, “para além das [dificuldades] atinentes à determinação do que se tenha por ‘Moral’, acresce que, por intuição imediata, apreende-se a existência de muitas regras morais estranhas, em absoluto, ao Direito.”<sup>36</sup>.

A definição de bons costumes enquanto categoria jurídica científica é problema que há muito vem sendo relegado pela doutrina. Ao passar em revista a posição de parte dos autores clássicos, Georges Ripert<sup>37</sup> denuncia a resistência dos doutrinadores para com o tema. Há uma certa desconfiança pela liberdade que esse conceito aberto outorga aos magistrados, que poderiam, sob o pretexto de controle de licitude, exercer verdadeira censura sobre os atos postos a julgamento. Alguns autores recorrem a um “empirismo fácil” – “há em cada época da vida da humanidade uma doutrina sobre a moral que a consciência geral aceita [...]” –; outros constatariam “melancolicamente” que a ordem pública e os

---

<sup>34</sup> C. L. MARQUES, *Contratos*, cit., p. 216 e 218.

<sup>35</sup> S. CAVALIERI FILHO, *Programa de Responsabilidade Civil*, São Paulo, Atlas, 2010, p. 171 s.

<sup>36</sup> A. M. CORDEIRO, *Da boa fé*, cit., p. 1216.

<sup>37</sup> G. RIPERT, *A regra moral nas obrigações civis*, trad. Osório de Oliveira, São Paulo, Livraria acadêmica, 1937, p. 76 ss.

bons costumes são “noções variáveis no tempo e no espaço”; outros tantos, influenciados pelo sociologismo, repudiam um ideal religioso ou filosófico e tentam buscar no fato social – a opinião pública comum – o parâmetro de censura. Repudia, em conclusão, todas as tentativas de retirar o caráter de ideal humano ou divino à regra moral, rebaixando-a aos hábitos ou práticas prevalecentes, mesmo que manifestamente contrários a séculos de desenvolvimento da moralidade cristã.

Sua previsão no CC/02 foi denunciada como “particularmente extemporânea num cenário pós-positivista, no qual os valores sociais juridicamente relevantes se encontram consignados em sede constitucional.”<sup>38</sup>. A aplicação da cláusula não se mostraria tão promissora dado o caráter vago e indeterminado dos bons costumes, prevalecendo, a exemplo do que se verificou na aplicação do § 826 do BGB, o recurso à boa-fé, noção mais desenvolvida e melhor delineada<sup>39</sup>.

Não obstante, a verificação da ocorrência do abuso do direito pela análise objetiva do comportamento do agente encontra-se amplamente sedimentada na doutrina e jurisprudência nacionais, coadunando-se com sua evolução histórico-dogmática. Assim, “[...] a aferição de abusividade no exercício de um direito deve ser exclusivamente objetiva, ou seja, deve depender tão-somente da verificação de desconformidade concreta entre o exercício da situação jurídica e os valores tutelados pelo ordenamento civil-constitucional.”<sup>40</sup>. Nesse sentido, inclusive, o enunciado 37 da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: “A responsabilidade

---

<sup>38</sup> E. N. DE SOUZA, *Abuso do direito*, cit., p. 60.

<sup>39</sup> R. S. DE F. LIMA, *Pautas para interpretação do art. 187 do novo código civil*, in *Revista dos Tribunais*, vol. 838/2005, p. 11 ss., 2005, item 3.2.

<sup>40</sup> G. TEPEDINO, H. H. BARBOZA, M. C. B. DE MORAES, *Código Civil*, cit., p. 342.

civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico.”

De igual maneira, a interditar atos que atentem contra o senso equidade e condutas antissociais, atuando de forma complementar no regime delitual, tem-se o dano imoral, cuja evolução dogmática assemelha-se a do abuso do direito.

3. - O Código Civil alemão (BGB) é dotado de três cláusulas gerais. O § 823 I e II<sup>41</sup> diz respeito à responsabilização civil por danos relativos a direitos subjetivos ou infração de normas protetoras. A terceira cláusula é o § 826<sup>42</sup>, que trata especificamente do dano imoral, consistente no prejuízo causado, de modo contrário aos bons costumes, dolosamente a outrem.

---

<sup>41</sup> Respectivamente: (§ 823 I): “*Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.*” Tradução livre: “Aquele que, dolosa ou culposamente, viole ilicitamente a vida, o corpo, a saúde, a liberdade, a propriedade ou qualquer outro direito de outra pessoa, é obrigado a indenizá-la pelos danos causados.” (§ 823 II): “*Die gleiche Verpflichtung trifft denjenigen, welcher gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt. Ist nach dem Inhalt des Gesetzes ein Verstoß gegen dieses auch ohne Verschulden möglich, so tritt die Ersatzpflicht nur im Falle des Verschuldens ein.*” Tradução livre: “A mesma obrigação se aplica a qualquer pessoa que viole uma lei destinada a proteger outra pessoa. Se, de acordo com o conteúdo da lei, a violação desta for também possível sem culpa, a obrigação de indenizar só ocorre em caso de culpa”.

<sup>42</sup> “*Wer in einer gegen die guten Sitten verstößenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem anderen zum Ersatz des Schadens verpflichtet.*” Tradução livre: “Quem dolosamente causar dano a outrem de forma contrária aos bons costumes é obrigado a indenizar o outro pelo dano.”

Ao contrário do sistema da *common law*, em que se optou pelo aumento do número de *torts* específicos, o alemão arrematou seu regime de responsabilização com essa cláusula “residual”, apta a acomodar a expansão futura e desenvolvimento do regime delitual. A ideia inicial do legislador foi conferir proteção aos danos econômicos e direitos da personalidade, que não estavam abrangidos pelo § 823 I do BGB. Contudo, o desenvolvimento da noção de direito geral da personalidade<sup>43</sup> pelas cortes culminou na

---

<sup>43</sup> O Código Civil alemão não acolheu expressamente a categoria dos direitos da personalidade (A. SCHREIBER, *Direitos da Personalidade*, São Paulo, Atlas, 2014, p. 6). A propósito, a doutrina e jurisprudência alemãs acabaram por desenvolver um *direito geral da personalidade* (*allgemeines Persönlichkeitsrecht*) em seu sistema, conjugando o diploma civil com a Lei Fundamental (D. M. VICENTE, *Direito comparado: introdução, sistemas jurídicos em geral*, vol. I, São Paulo, Almedina, 2018, p. 177). O § 823 I do Código Civil alemão (BGB) estabelece que a violação intencional ou por negligência da vida, o corpo, a saúde, a liberdade, a propriedade ou um outro direito de outra pessoa, importará na obrigação da reparação dos danos decorrentes. A doutrina debateu se a norma positivou direitos da personalidade ou apenas elencou bens jurídicos a serem tutelados, sob o argumento de que ninguém poderia ter direitos sobre si mesmo (L. E. DE A. ZANINI, *A proteção dos direitos da personalidade na Alemanha*, in *Revista Jurídica Luso-Brasileira (RJLB)*, ano 06, n. 2, 2020, p. 731ss., p. 734). Outro fator limitativo do ordenamento alemão decorre do § 253 I do BGB, que estabelece que a compensação por danos extrapatrimoniais somente seria possível nas hipóteses previstas em lei, recebendo a crítica de reduzir a pretensão a poucos casos (K. LARENZ, *Derecho de Obligaciones*, t. I., trad. espanhola de Jaime Santos Briz. Madrid, Editorial de *Revista de Derecho Privado*, 1958, p. 232). Apesar da expressão “ou um outro direito” (*oder ein sonstiges Recht*) estampada no § 823 I do BGB ter dado abertura ao acréscimo de outros bens jurídicos para além dos elencados, a jurisprudência do Tribunal Federal de Justiça (BGH – *Bundesgerichtshof*) estabeleceu um direito geral da personalidade a partir da leitura dos artigos 1º (dignidade



proteção da pessoa em seu aspecto existencial no quadro de incidência do § 823 I<sup>44</sup>.

A lei não distingue o tipo de dano decorrente e, portanto, abrange tanto a lesão patrimonial quanto à moral. O dolo referido no dispositivo não se restringe ao direto, ou seja, para além das hipóteses em que o agente quis intencionalmente causar o prejuízo, a norma incide caso o autor do dano previu e aceitou sua realização. Nem todo dano causado dolosamente, entretanto, é “imoral”: somente aquele que, por sua finalidade, pelo meio empregado ou pela “mentalidade que revela” mostra-se condenável ou reprovável segundo os critérios da moral dos negócios em geral ou das regras usuais de decoro<sup>45</sup>.

A exigência de conduta dolosa foi sendo paulatinamente abrandada pela jurisprudência. Da aceitação do dolo eventual, ampliou-se sua aplicação para algumas formas de imprudência (*Leichtfertigkeit*), notadamente nos casos em que o autor do dano estava ciente que sua conduta era imprudente, o que indicaria suficientemente a “intenção” (*rectius culpa consciente*). Ilustrativamente, cita-se o caso em que um médico atestou a incapacidade de uma pessoa, recomendando sua interdição. Constatou-se que o diagnóstico estava absolutamente errado

---

da pessoa humana) e 2<sup>a</sup> (livre desenvolvimento da personalidade) da Lei Fundamental, o que fora posteriormente confirmado pelo Tribunal Federal Constitucional (BVerfG) (L. E. DE A. ZANINI, *A proteção dos direitos*, cit., p. 738).

<sup>44</sup> B. S. MARKESINIS, J. BELL, A. JANSSEN, *German law of torts: a comparative treatise*. Oxford, Hart, 2021, p. 78; G. WAGNER, *Deliktsrecht*, München, Vahlen, 2021, p. 100.

<sup>45</sup> K. LARENZ, *Derecho de Obligaciones*, t. II., trad. Espanhola de Jaime Santos Briz. Madrid, Editorial de *Revista de Derecho Privado*, 1959, p. 596.

e que o equívoco poderia ter sido evitado com um exame mais cuidadoso. Apesar de não ter tido a intenção de prejudicar o paciente, o perito foi responsabilizado com fundamento no § 826 do BGB<sup>46</sup>.

O dolo – essa noção ampla acima vista – referido na norma deve abranger apenas o interesse primário afetado, não se exigindo a consciência dos prejuízos consequentes, pelos quais, contudo, o agente também responde. Vale dizer, o volume de dano causado e o particular curso ulterior do seu desenvolvimento estão abrangidos nesse tipo de responsabilização, mesmo que não previstos pelo agente<sup>47</sup>. Por exemplo, se a parte intencionalmente descumpre um contrato *contra bonos mores*, provavelmente será responsabilizada pela falência do contratante, mesmo que essa consequência não fosse sua intenção<sup>48</sup>. Em outro julgado, reputou-se suficiente que a contabilidade elaborada erroneamente pelo consulto tributário poderia ser utilizada em negociações de crédito com terceiros, o que lhes causaria danos por confiar nos dados apresentados<sup>49</sup>.

A desaprovação ética não é ditada por rigorosas exigências morais, mas pelo pensamento predominante segundo o qual a conduta decididamente merece censura. Incumbe, naturalmente, à jurisprudência a concreção dessas situações, cuja importância reside em estabelecer, pelos precedentes, linhas gerais de condutas para casos semelhantes

---

<sup>46</sup> C. van DAM, *European Tort Law*, New York, Oxford University Press, 2013, p. 84.

<sup>47</sup> K. LARENZ, *Derecho de Obligaciones*, t. II., cit., p. 596.

<sup>48</sup> C. van DAM, *European Tort Law*, cit., p. 83.

<sup>49</sup> B. S. MARKESINIS, J. BELL, A. JANSSEN, *German law*, cit., p. 79.

e futuros<sup>50</sup>. Adota-se, por conseguinte, a concepção sociológica de moral, referida e critica por Georges Ripert. Contenta-se o ordenamento alemão com a noção média de conduta entendida como adequada no plano social e compatível com o que de regular se espera no concreto contexto relacional. A fluidez, entretanto, deu azo a distorções, notadamente no período do nazismo, no qual entendeu-se que o conteúdo dos bons costumes deveria ser moldado pelo sentimento popular prevalecente desde a revolução, a visão de mundo nacional-socialista. Naturalmente, essa definição foi rapidamente abandonada com o fim do Terceiro *Reich*<sup>51</sup>.

Ressalva Karl Larenz<sup>52</sup> que, em razão da amplitude da noção, não se mostra possível delinear uma ideia geral completa dos danos considerados imorais pela jurisprudência alemã. Mas os casos em que reconhecido o dano imoral são numerosos, trazendo o autor alguns exemplos separados por grupos: a) ataque ao livre desenvolvimento da personalidade, como, por exemplo, uma declaração falsa sobre o estado mental da pessoa a fim de declará-la incapaz; b) proceder ilicitamente no âmbito comercial, como, por exemplo, induzir empregados alheios a cometer abuso de confiança, manifestações difamatórias contra os concorrentes ou seus produtos (quando sejam falsas), imitação exata de produtos para enganar os consumidores ou espionagem industrial; c) abuso da posição de monopólio a fim de impor condições contratuais iníquas. Mas a hipótese que mais interessa ao presente estudo refere-se ao aproveitamento abusivo de uma

---

<sup>50</sup> K. LARENZ, *Derecho de Obligaciones*, t. II., cit., p. 596.

<sup>51</sup> G. WAGNER, *Deliktsrecht*, cit., p. 101; B. S. MARKESINIS, J. BELL, A. JANSSEN, *German law*, cit., p. 80.

<sup>52</sup> K. LARENZ, *Derecho de Obligaciones*, t. II., cit., p. 597.

posição jurídica válida.

A jurisprudência tedesca reconhece o abuso do direito como hipótese de dano imoral. A imoralidade da ação se sobrepõe a sua justificação formal, nomeadamente o exercício de direito subjetivo, tornando-se antijurídica e reprovada pelo ordenamento, subsumindo-se à hipótese do § 826<sup>53</sup>. O princípio *qui jure suo utitur neminem laedit* é limitado por esse dispositivo: onde começa o abuso, termina o direito; onde há dano por ato abusivo, há dano imoral.

A reconhecida amplitude objetiva da hipótese de incidência da norma, desvinculada de anterior tipificação de interesses tutelados ou de leis específicas de proteção, confere ao dispositivo importante função complementar na repressão de atos antijurídicos não abrangidos pelas disposições gerais do § 823 I e II. Cabe ao magistrado, em análise do caso concreto, verificar a ocorrência da violação aos *gute Sitten*. A noção de bons costumes sofreu modificação ao longo do tempo e passou a ter renovado significado com a adoção da Lei Fundamental como base teórica de apoio. Mesmo que não se possa emitir um juízo abstrato sobre sua significação, as linhas principiológicas traçadas na Constituição alemã servem como vetor axiológico informativo mais concreto, espécie de solução intermediária entre o empirismo das práticas correntes e a vagueza das noções análogas de *public policy* (inglesa) ou *ordre public* (francesa)<sup>54</sup>.

Nesse sentido, o BGH já ponderou que a determinação de padrões morais geralmente aplicáveis em uma sociedade pluralista é tarefa problemática. Assim, assevera Gerhard

---

<sup>53</sup> Ibid., p. 598.

<sup>54</sup> B. S. MARKESINIS, J. BELL, A. JANSSEN, *German law*, cit., p. 80.

Wagner<sup>55</sup>, só se poderia chegar a “um terreno seguro” se a imoralidade referida no § 826 do BGB for “especificada exclusivamente no que diz respeito à função da norma”. O comportamento imoral, portanto, seria o abuso da liberdade e dos institutos previstos para exercê-la em detrimento de terceiros. O descolamento da noção corrente de moralidade com a jurídica estampada no dispositivo em estudo vem sendo reconhecida pelo BGH, o qual entendeu, no âmbito do direito de família, que o adultério, por si só, não seria fato desencadeador da responsabilização por esse tipo de dano.

Não obstante em várias áreas mostrar-se possível a resolução de situações antijurídicas recorrendo-se ao espectro principiológico da Lei Fundamental, o § 826 ainda mantém seu caráter original de abranger novas formas de condutas lesivas não previstas inicialmente pelo legislador. É o que se verifica nos casos de *domain grabbing* ou *domain squatting*, prática consistente no registro abusivo de algum domínio de internet pelo não titular do direito marcário a fim de cobrar do legítimo detentor uma “taxa” para recuperar sua marca/ endereço virtual. Tal situação foi enquadrada como violadora dos *bons costumes*, como forma de pressionar indevidamente o real titular da marca, subsumindo-se ao § 826<sup>56</sup>.

A tendência que se verifica, portanto, tanto na doutrina quanto na jurisprudência alemã, é de aproximar a figura do dano imoral com o abuso do direito. E, de fato, a similitude estrutural, funcional e axiológica é revelada pela análise da evolução de ambos os institutos. A explanação do tema será feita a seguir, delineando-se as interseções com o sistema

---

<sup>55</sup> G. WAGNER, *Deliktsrecht*, cit., p. 102-104.

<sup>56</sup> B. S. MARKESINIS, J. BELL, A. JANSSEN, *German law*, cit., p. 81.

brasileiro.

4. - A inspiração ética que marca a evolução do instituto do abuso do direito amplia sua hipótese de incidência e altera gradualmente seus requisitos configuradores. De igual maneira, o dano imoral experimentou, na Alemanha, progressiva modificação, semelhante, em alguns pontos, àquela verificada na concepção do abuso do direito, nomeadamente em três aspectos: estrutural, funcional e axiológico.

No plano estrutural, os requisitos deflagradores do dano imoral foram positivados no § 826 do BGB, exigindo-se inicialmente, dentre eles, a intenção do agente. A exemplo do que se constatou nos atos excessivos, o elemento subjetivo foi sendo paulatinamente flexibilizado, a admitir a culpa *lato sensu* e, especificamente nesses, sua posterior elisão. As razões subjacentes foram informadas por dois motivos: o primeiro, de ordem prática, visou facilitar a tutela da vítima, precisamente naquelas situações em que, mesmo experimentando prejuízo, a comprovação do dolo era dificultosa; o segundo, de ordem ética, visou reprimir condutas antijurídicas que, apesar de merecedoras de censura pelo sentimento moral prevalecente, não eram objeto de tratamento específico pela norma positivada.

A remissão do § 826 do BGB e do art. 187 do CC/02 aos bons costumes desencadeou debate semelhante nas doutrinas alemã e brasileira. A dificuldade de se estabelecer o que se deveria entender por bons costumes é dada pela abertura da noção, cuja fluidez acaba por remeter ao sentimento médio de moralidade vigente em determinada época e lugar. Essa “melancólica” constatação renovou o esforço científico de

delimitação do conceito, porquanto preocupados os juristas com arbitrariedade que poderia ensejar se relegada sua concreção aos magistrados. No caso da Alemanha, o extremo se verificou no período nazista, em que as cortes adotaram o ideal nacional-socialista como vetor informativo. Inobstante esse específico fato histórico, a discussão que o antecedeu e o sucedeu foi marcada pela relação tensional entre a necessidade de se amparar o senso ético dominante e a de se evitar a discricionariedade na aplicação de conceitos abertos.

A técnica legislativa da adoção de cláusulas abertas não raras vezes é objeto de elogio pela maleabilidade e adaptabilidade que confere ao ordenamento. Especificamente sobre os bons costumes, uma das soluções apontadas pela doutrina contemporânea brasileira e alemã é a remissão dessa noção aos valores fundamentais estampados na Constituição da República e na Lei Fundamental respectivamente. Dessa forma, atende-se à abertura conceitual necessária ao desenvolvimento do sistema em compasso com inéditas situações conflituosas a que se tem que emprestar solução, mas com balizamento objetivo e juridicamente controlável, a evitar-se o perigo da projeção de valores pessoais por parte do magistrado quando da decisão do caso.

Ainda em consonância estrutural, no dano imoral há que se perquirir o eventual abuso da liberdade de ação mirando-se a função da norma regente da situação, o que, a exemplo da solução acima, confere maior segurança jurídica na avaliação do caso e na constatação da violação aos bons costumes. O tratamento dado pela jurisprudência alemã ao que inicialmente poderia ser visto como sobreposição de normas – nomeadamente os §§ 226, 242 e 826 do BGB – foi conciliar a matriz ética que informa esses dispositivos, interditando o

exercício do direito ou a atuação que fosse contrária à boa-fé objetiva (*Treu und Glauben*), à equidade (*Billigkeit*) ou desvestida de interesse (*ohne jedes eigene Interesse*)<sup>57</sup>. A remissão do dano imoral à função da norma e o seu tratamento conjunto com

---

<sup>57</sup> O Código Civil alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch – BGB*) estabelece em seu § 226 – sito no título 06 da parte geral (exercício dos direitos, legítima defesa e autotutela) – a inadmissibilidade do exercício de um direito quando a finalidade exclusiva é causar dano a outrem. Aponta-se, dessa forma, pelo menos em uma primeira leitura, a adoção da teoria subjetiva pelo ordenamento teutão. Trata-se de cláusula geral aplicável a toda classe de direitos, previstos ou não no Código, fundada em mandado de ética social. Não se proíbe, em verdade, o exercício de direito que cause lesão a terceiro, mas sim o uso da *facultas agendi* em contexto tal que não exista não interesse legítimo ao titular e cuja finalidade não seja outra senão causar o dano (A. LIMA, *Culpa*, cit., p. 242). A ausência de interesse faz presumir o *animus nocendi*, facilitando-se a prova para o terceiro lesado, que não precisará demonstrar de forma cabal a intenção exclusiva em prejudicar, apontando apenas as circunstâncias concretas que permitam chegar-se a essa conclusão (M. TAKAOKA, *Do ato emulativo*, cit., p. 17). O § 242 do BGB limita especificamente o exercício dos direitos contratuais aos ditames da boa-fé (*Treu und Glauben*). O § 826, por sua vez, prevê a responsabilização civil de quem causa dano a outrem dolosamente pela prática de ato contrário aos bons costumes. M. TAKAOKA (*Do ato emulativo*, cit., p. 17 s.) considera “supérflua” a disposição do § 226 em vista do que previsto no § 826, indicando eventual superposição de normas. Pontua que a imperfeição legislativa resultou, historicamente, do projeto original do BGB, em que se estabelecia redação diversa ao § 826, alterada com a supressão da frase “que não cause no exercício de um direito que lhe pertence”. Posteriormente, o § 226 foi acrescentando, culminado em *bis in idem*. De todo modo, conclui, a jurisprudência alemã combinou as três previsões e interditou o exercício do direito que fosse contrário à boa-fé objetiva (*Treu und Glauben*), à equidade (*Billigkeit*) ou desvestido de interesse (*ohne jedes eigene Interesse*), vedando, em última análise, o abuso do direito (*Rechtsmissbrauch*).



institutos análogos informados também por critérios éticos é mais um fator de aproximação com o instituto do abuso do direito, que, no Direito brasileiro, é definido legalmente pelo desrespeito aos limites impostos pela função econômico-social, pela boa-fé ou *bons costumes*.

Percebe-se, portanto, em ambos os institutos, a referência ao elemento valorativo, índice de um comportamento materialmente estranho ao exercício de um direito, de uma posição jurídica ou de uma liberdade de agir (imanente ao Direito Privado), consistente no desrespeito aos limites axiológico-materiais que os informam.

No plano funcional, o dano imoral foi positivado com o escopo de abranger situações lesivas não contempladas pelo § 823 I e II do BGB, sobretudo as que afetassem direitos absolutos. Após a outorga da Lei Fundamental em 1949, o BGH conjugou a interpretação desses dispositivos com os arts. 1º e 2º da Carta Constitucional, a conferir tratamento sistemático aos direitos da personalidade, cuja tutela pelo § 823 I do BGB era controversa na doutrina. Não obstante, o § 826 continuou a exercer importante papel complementar no plano geral de responsabilização do BGB, abrangendo inéditos tipos de lesões. Daí porque falar-se no caráter *residual* do dispositivo, o que não parece de todo adequado, pois, como visto, em verdade foi-lhe conferida amplitude de incidência considerável.

De igual maneira, a evolução histórica do abuso do direito e a sedimentação desse instituto se deu justamente pela necessidade de “complementação” do regime de responsabilização civil, cujos requisitos desencadeadores da pretensão indenizatória exitosa mostraram-se insuficientes a solucionar situações que, pese serem formalmente lícitas,

causavam repúdio ao sentimento de justiça que inspira toda ordem jurídica<sup>58</sup>. Essa função é observada independentemente da posituação legal. Nos países em que não se previu preceito genérico, a exemplo da França e da Itália, a jurisprudência incumbiu-se de tolher o uso imoderado de posições jurídicas, informada pelo sentimento de equidade<sup>59</sup>. Nos ordenamentos

---

<sup>58</sup> Na França, berço da teoria no século XIX, o abuso do direito estaria fora do domínio dos delitos ou quase-delitos tratados pelo art. 1.382 do Código Civil francês, uma vez que essa disposição pressupõe a violação de uma obrigação pré-existente, legal ou convencional. O ato abusivo se dá dentro dos limites objetivos da norma e sua sanção escapa à previsão geral da responsabilidade aquiliana. Além dos referidos limites, existem os de ordem teleológica ou social, que ultrapassam a legalidade expressa, sob a influência da equidade, da boa-fé e do bem comum. Logo, fala-se não mais em direito-poder (prerrogativa soberana concedida ao indivíduo), mas sim em direito-função, cuja concepção encerra a preocupação de não se ofender interesses da comunhão social; cf. A. LIMA, *Culpa*, cit., p. 217. O abuso do direito para Josseland, portanto, seria o desvio da lei de sua função, contrário ao seu espírito e sua finalidade, à razão de ser de sua instituição; cf. G. MORIN, *La révolte du droit contre le code: la révision nécessaire des concepts juridiques*, Paris, Librairie du recueil sirey, 1945, p. 101.

<sup>59</sup> A. M. CORDEIRO, *Da boa fé*, cit., p. 671: “As primeiras decisões judiciais do que, mais tarde, na doutrina e na jurisprudência, viria a ser conhecido por abuso do direito, datam da fase inicial da vigência do Código Napoleão. Assim, em 1808, condenou-se o proprietário duma oficina que, no fabrico de chapéus, provocava evaporações desagradáveis para a vizinhança. Doze anos volvidos, era condenado o construtor de um forno que, por carência de precauções, prejudicava um vizinho. Em 1853, numa decisão universalmente conhecida, condenou-se o proprietário que construía uma falsa chaminé, para vedar o dia a uma janela do vizinho, com quem andava desavindo. Um ano depois, era a vez do proprietário que bombeava, para um rio, a água do próprio poço, com o fito de fazer baixar o nível do vizinho. Em 1861, foi condenado o proprietário que, ao proceder a perfurações no seu prédio, provocou, por falta de cuidado, desabamentos

que adotaram cláusula repressora dos atos excessivos, como o nosso, os conceitos abertos não engessaram a aplicação do instituto, mantendo-se incólume seu papel *amortecedor* entre a lei e a realidade e sua maleabilidade a contemplar comportamentos novos<sup>60</sup>. Por conseguinte, extrai-se tanto do abuso quanto do dano imoral a precípua função, dada pela elasticidade das fórmulas, de se reprimir atuações que não se coadunam com os novos sentidos que vão sendo incorporados ao que se entende por adequados socialmente. No plano axiológico, a inspiração dos dois institutos é marcadamente ética. Ambos evoluíram de uma inicial concepção sociológica, que primava pela repulsa a atos que não fossem compatíveis com a moral social dominante, para ganharem corpo na acepção jurídica, fulcrada em valores constitucionais. O progressivo deslocamento do referencial da norma não implicou na desconsideração por completo dos bons costumes como valores sociais de convivência, notadamente em algumas áreas do âmbito familiar, sexual ou deontológico-profissional. A remissão à Constituição veio em complemento, a densificar

---

no do vizinho. Seguir-se-iam, ainda, numerosas decisões similares, com relevo para a condenação, em 1913, confirmada pela Cassação, em 1915, por abuso do direito, do proprietário que erguera, no seu terreno, um dispositivo dotado de espigões de ferro, destinado a danificar os dirigíveis construídos pelo vizinho.”

<sup>60</sup> O. GOMES, *Introdução*, cit., p. 138: “A concepção do *abuso de direito* é construção doutrinária tendente a tornar mais flexível a aplicação das normas jurídicas inspiradas numa filosofia que deixou de corresponder às aspirações sociais da atualidade. Trata-se de um *conceito amortecedor*. Sua função precípua é aliviar os choques freqüentes entre a lei e a realidade. No fundo, técnica de reanimação de uma ordem jurídica agonizante, fórmula elástica para reprimir toda ação discrepante do novo sentido que se empresta ao comportamento social.”

juridicamente o conceito, mas sem excluir sua original relação com o padrão médio de conduta tido por aceitável. O abuso do direito e o dano imoral transitam na desvanecida fronteira entre a moral, a boa-fé e a ordem pública. Apesar da distinção feita por Antonio Menezes Cordeiro<sup>61</sup>, grande parte da doutrina trabalha com referências mútuas quando discorre sobre essas noções<sup>62</sup>. Por dizer respeito a normas de

---

<sup>61</sup> A. M. CORDEIRO, *Da boa fé*, cit., p. 1.223-1.224: “Depreende-se a existência de diferenças profundas entre boa fé, bons costumes e ordem pública. A primeira prescreve condutas, nos termos já reconhecidos, ou pode fazê-lo e intervém de modo preferencial, em relações específicas; os segundos vedam apenas certos comportamentos e concretizam-se, em absoluto, sem dependência de um relacionamento particular. Além disso, no que tem um significado profundo, boa fé e bons costumes apresentam origens históricas diferentes, evoluções diversas e sentidos jusculturais distintos, colocando, na Ciência do Direito, temas próprios de discussão e aprofundamento. Em consequência, têm conteúdos inconfundíveis: os bons costumes exprimem a Moral social, nas áreas referidas da actuação sexual e familiar e da deontologia profissional, proibindo os actos que a contrariem, enquanto a boa fé, mais complexa, manda assumir uma série de atitudes correspondentes a exigências fundamentais do sistema. Esta noção de boa fé, que tem vindo a ganhar corpo ao longo deste estudo, poderia levar à sua confusão com a ordem pública. Não é assim. A ordem pública abrange numerosas regras expressas que não correspondem à boa fé. Esta, por seu turno, implica, com predominância, regulações supletivas, estranhas, por definição, ao *ius cogens* integrante da ordem pública. Têm funções diferentes e manifestações diversas: a primeira visa a reprodução do sistema e impõe actuações; a segunda, a sua preservação, proibindo, apenas. O conteúdo materialmente heterogéneo da ordem pública possibilita-lhe abarcar regras sediadas na boa fé: isso sucede quando estas assumam uma relevância que imponha a sua inderrogabilidade, interna ou, até, internacional. Também aqui a diferença é compatível com zonas de sobreposição, mantendo embora perspectivas próprias.”

<sup>62</sup> Ilustrativamente, cf. E. ESPINOLA, E. ESPINOLA FILHO, *A lei de*

*introdução ao código civil brasileiro*, Rio de Janeiro, Renovar, 1999, p. 400 s.: “Como a de ordem pública, considera CLÓVIS BEVILAQUA noção um tanto flutuante a de bons costumes, a cujo respeito escreve: ‘Bons costumes são os que estabelecem as regras de proceder, nas relações domésticas e sociais, em harmonia com os elevados fins da vida humana. São preceitos de moral. Nem todos eles terão força para impedir a aplicação da lei estrangeira, a execução das sentenças, ou a eficácia das convenções. Têm-na, porém, os que se referem, mais diretamente, à honestidade das famílias, ao recato do indivíduo e à dignidade social.’ CARVALHO SANTOS formulou, porém, o reparo de que o próprio CLOVIS reconhece, indiretamente, que os bons costumes são coisa diferente da moral, com ela não se podendo confundir, porque a moral toca de perto os sentimentos interesses, ao passo que, para caracterização dos bons costumes, é de invocar a noção de HUC: ‘são os hábitos adquiridos para o bem, enquanto são protegidos ou determinados pelas leis positivas.’ A propósito, lembre-se a cintilante página, em que CHIRONI e ABELLO sustentam ser bem legítima a ressalva dos bons costumes, ‘porque, não obstante dizer-se, geralmente, que ela não tem valor positivo, em face do direito, é certo que o caráter diverso e a diversa condição de cada povo se revela no conteúdo e na extensão da moral.’ Acrescentam ser verdade que se trata de um limite menos determinado que o de ordem pública, porque, se há disposições especiais, cujo fundamento é a garantia do bom costume, outras, gerais, existem, entretanto, as quais deixam, necessariamente, ao magistrado o poder de decidir, nos casos singulares, como se determine e manifeste a oposição aos princípios da moral ou do bom costume, que, nas normas, a lei estatui e tutela. E concluem: ‘Do mesmo modo que a prevalência absoluta das leis territoriais de ordem pública é imposta pela própria existência do grupo, como entidade político-jurídica independente, assim o império das leis, inspiradas na moral e no bom costume, é reclamada, pela existência do grupo, como organismo ético. Nesse conceito está todo o império da lei, é esse o critério que a coordena com o império permitido do direito pessoal, que não pode ser tolerado, quando tolerá-lo significa ofensa à existência independente do grupo, cujo legítimo e natural interesse de viver e desenvolver, segundo as condições, que lhe são próprias, e prevalente.’ No Código do Montenegro se determinou, com acuidade, que, como regras de bons costumes e de probidade, se

conduta, formas autorizadas ou estimuladas de proceder, há inegavelmente pontos secantes.

O abuso do direito é tratado no sistema alemão como uma das hipóteses de dano imoral. Contudo, vislumbra-se que a imbricação dos institutos vai além da singela relação continente-conteúdo. Mesmo que não haja identidade entre eles, analisados nos três planos acima expostos, verifica-se uma aproximação muito maior do que a de gênero-espécie; não obstante, os institutos mantêm sua autonomia.

Apesar de não referenciado expressamente pela doutrina, o dano imoral também está positivado no nosso Código Civil. Basta fazer-se a leitura conjugada do art. 927, *caput*, com o art. 187 do CC/02 para se chegar à redação idêntica do § 826 do BGB: aquele que, por conduta dolosa (ou culposa), violar os bons costumes (exceder manifestamente seus limites), é obrigado a reparar o dano decorrente.

A diferença de tratamento legislativo se deu pelo sistema aberto de responsabilização civil – inspirado no francês – adotado no Brasil, o que tornou despicienda – seria, na verdade, inadequada – a previsão consolidada em uma cláusula apenas. Na Alemanha, em razão do regime da tipicidade delitual<sup>63</sup>, fez-se necessário a inclusão de dispositivo

---

entendem as de honorabilidade e retidão comuns, a cuja observância, em geral, não se pode, sempre, ser coagido pela autoridade, de modo direto, sendo, entretanto, sempre condenados os contraventores pelo sentimento público.”

<sup>63</sup> O primeiro esboço do BGB continha duas regras gerais de responsabilização civil, delineando verdadeiro sistema aberto de imputação, em desenho próximo ao *Code* francês. Tal conformação, no entanto, foi criticada e rechaçada, pelo receio gerado em razão da insegurança que a excessiva abertura implicaria. O elemento político

próprio a exercer a função de complementação das cláusulas gerais (§ 823 I e II), haja vista que nessas já há a identificação dos interesses tutelados pelo ordenamento. Ademais, o § 226 interdito o uso abusivo de posições jurídicas, sem, contudo, enquadrá-lo como ato ilícito.

Em nosso Código, diferentemente, o legislador limitou-se a conceituar ato ilícito *stricto sensu* (art. 186) e abuso do direito (art. 187), para prever, em dispositivo distinto, a ressarcibilidade dos prejuízos deles decorrentes (art. 927).

---

também se fez presente, na medida em que os traços fundamentais do BGB foram concebidos quando da conflagração da Guerra Franco-prussiana, aflorando o sentimento nacionalista dos alemães, os quais repeliram a incorporação de algumas noções do *Code* inimigo. Por outro lado, mostrava-se inviável a adoção de regras específicas e hipóteses típicas fechadas de responsabilização, tal como no sistema inglês, o que culminou na eleição de um modelo intermediário, dotado de três regras gerais com escopo de aplicação bem delimitado (cf. C. van DAM, *European Tort Law*, cit., p. 79; A. FRAZÃO, *Pressupostos e funções da responsabilidade civil subjetiva na atualidade: um exame a partir do direito comparado*, in *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, vol. 77, n. 4, p. 17-43, out./dez. 2011, p. 22). Tais regras estão previstas nos § 823 I, § 823 II e § 826 do BGB. Desses três dispositivos, extraem-se os requisitos para a responsabilização civil: violação a uma norma positivada (*Tatbestandswidrigkeit*), ilicitude (*Rechtswidrigkeit*), culpabilidade (*Verschulden*),nexo de causalidade (*Kausalität*) e dano (*Schaden*). O primeiro requisito (*Tatbestand*) implica na impossibilidade de se reclamar exitosamente indenização apenas com fundamento em conduta dolosa ou negligente, dano enexo causal. Há de se demonstrar que o prejuízo alegado decorre da violação de alguma hipótese positivada no BGB. Assim, a aplicação do § 823 I pressupõe a vulneração de algum dos direitos (*rectius* bens jurídicos) ali tutelados: corpo, vida, liberdade, propriedade, saúde ou outro direito da pessoa. O § 823 II, por sua vez, somente se aplica em se comprovando a violação à alguma lei (norma) destinada à proteção da vítima. O § 826, por fim, demanda conduta dolosa vulneradora dos bons costumes (*contra bonos mores*).

Em sendo idêntica a previsão legal – tratada apenas com técnica redacional distinta –, a função que o dano imoral exerce no Direito brasileiro e seu lugar dentro do regime de responsabilização civil assemelha-se com o que se verifica na Alemanha. Isso significa, na esteira do quanto explanado acima, que o dano imoral é instituto autônomo no quadro da nossa ciência jurídica e que, apesar de se aproximar do abuso do direito em vários aspectos, com ele não se confunde.

Evidentemente, nem todo abuso do direito gera dano imoral, pelo singelo e abordado fato de que a conduta abusiva não pressupõe dano para sua caracterização. Os exemplos comumente tratados na doutrina de atos emulativos que não geram danos, mas são interditados pelo ordenamento, são suficientes a demonstrar essa conclusão<sup>64</sup>. Por outro lado, há de se perquirir se todo dano imoral é abuso do direito, em razão do enquadramento jurídico, no nosso sistema, dos atos excessivos como ilícitos (*lato sensu*). A resposta também

---

<sup>64</sup> Na França, como visto, na falta de previsão expressa no *Code*, coube à jurisprudência a tarefa de delimitar a *regularidade* no exercício dos direitos. Os casos paradigmáticos e amplamente noticiados na doutrina são os da chaminé falsa e o das hastes de ferro (*Clément-Bayard*). No primeiro, o proprietário ergueu uma chaminé sem qualquer utilidade apenas e tão somente para fazer sombra no imóvel do vizinho. A Corte de Colmar (1855), ao apreciar o caso, ponderou que, embora o direito de propriedade seja absoluto, tem como limite a satisfação de um interesse sério e legítimo. O segundo, analisado pela Corte de Compaña (1913), refere-se ao proprietário que construiu imensas armaduras de madeira com hastes de ferro (com 16 metros de altura) a fim de prejudicar o vizinho que fabricava dirigíveis. Mais uma vez, o critério utilizado no julgamento para identificação do abuso do direito foi o da *antissocialidade*. Nesse sentido, cf. I. DE CARVALHO NETO, *Abuso do direito*, cit., p. 36 s.; R. F. PINHEIRO, *O abuso do direito*, cit., p. 38 s.; E. N. DE SOUZA, *Abuso do direito*, cit., p. 43.



é negativa. O abuso do direito pressupõe a titularidade e exercício de um direito (*rectius* posição jurídica) para sua caracterização, por ampla que seja a noção emprestada a esse elemento. Possível, contudo, que a conduta que viole os bons costumes não constitua propriamente o exercício de uma posição jurídica, bastando que caracterize um dano injusto. O conceito de dano sofreu importante evolução na ciência jurídica, notadamente a partir da Sentença nº 500 de 1999 da Suprema Corte de Cassação italiana, sendo certo que a doutrina nacional incorporou essa ideia a fim de delimitar os prejuízos indenizáveis<sup>65</sup>. Por conseguinte, mesmo que não

---

<sup>65</sup> J. B. DE MENEZES, R. T. CARDOSO, *A figura do dano injusto na doutrina e a sua aplicação pelos tribunais superiores do Brasil*, in M. C. de Sena (org.), *Responsabilidade civil: aspectos gerais e temas contemporâneos*, Campo Grande, Contemplan, 2020. p. 187-208, p. 193: “Na decisão ficou assentado que tanto a lesão a um interesse legítimo quanto a um direito subjetivo ou a outro interesse legalmente relevante justificaria a responsabilidade aquiliana (ou responsabilidade extracontratual nos termos do Artigo 2043 do Código Civil) e seria suficiente qualificar o dano como injusto. Observa-se que a decisão não representa uma rendição indiscriminada da responsabilidade civil aos danos derivados da violação aos interesses legítimos como categoria geral. Exige-se ainda que tal interesse seja digno de proteção constitucional e que a atividade administrativa lesante seja considerada ilegítima. O dever de indenização deriva do caráter de injustiça do dano e não da ilicitude da conduta, pois a função primordial da responsabilidade civil é compensar o dano sofrido. Em termos conclusivos, para qualificar o dano injusto é necessário transcender essas categorias qualificativas da conduta lesiva para apreciar a lesão sofrida pela vítima. Se esta atinge um interesse merecedor de tutela, gera uma assimetria em desfavor da vítima e, em nome da solidariedade social, justifica a indenização. Por meio desse raciocínio afasta-se a ideia de que apenas a ilicitude (*stricto sensu*) da conduta seria o pressuposto para a responsabilidade civil. Importa atribuir relevância ao dano-consequência e não apenas ao dano-evento.

decorrentes de ato ilícito *stricto sensu* ou abuso do direito, em sendo afetado algum aspecto da dignidade da pessoa humana ou qualquer outro interesse juridicamente relevante, possível desencadear-se a responsabilização civil do agente.

A importância científica de se reconhecer o dano imoral em nosso ordenamento reside na delimitação do instituto no quadro das categorias jurídicas disponíveis aos operadores, o que representa mais instrumento de tutela da pessoa e seus interesses. O ganho prático guarda relação direta com o aspecto funcional da figura, válvula de complementação da responsabilidade civil a abranger novos tipos de lesões – mas não apenas – sem a necessidade de alteração legislativa.

Naturalmente, em se adotando cláusula geral aberta de responsabilização civil no Direito brasileiro, pode-se questionar se a conjugação de sua aplicação com a noção de *dano injusto* não seria suficiente a exercer papel revitalizador do

---

Este decorre diretamente do ilícito lesivo, parte da ideia de que é proibido lesar, do já citado princípio *neminem laedere*. Já o dano-consequência é o dano que agrava a lesão originária ou produz uma outra lesão de interesse protegido. Essa distinção de dano-evento e dano-consequência favorece a compreensão de que acontecimentos danosos não são necessariamente de correntes de atos ilícitos (*stricto sensu*) ou de abuso de direito. As pessoas lesadas devem ser protegidas não porque o ato do agente é ilícito ou abusivo, mas porque atenta contra a unidade do sistema jurídico ainda no que diz respeito às consequências do dano causado por sua conduta.” Houve, portanto, a desvinculação da noção de dano injusto com a de ilicitude; cf. M. C. B. DE MORAES, *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*, Rio de Janeiro, Editora Processo, 2017, 2ª ed. Revista, p. 179: “o dano será injusto quando, ainda que decorrente de conduta lícita, afetando aspecto fundamental da dignidade da pessoa humana, não for razoável, ponderados os interesses contrapostos, que a vítima dele permaneça irressarcida.”

ordenamento frente a inéditas situações lesivas. Sem dúvida alguma a abertura conceitual trazida pela noção normativa de dano – que possibilitou a ressarcibilidade do dano moral –, a adoção de preceito genérico a interditar o abuso do direito e a elevação da boa-fé objetiva como vetor axiológico, limitador de conduta, criador de deveres anexos e interpretativo de todo sistema privado, são elementos que outorgam ao nosso ordenamento importantes meios de oxigenação<sup>66</sup>. quebrando a rigidez historicamente denunciada das codificações. Entretanto, princípio elementar da hermenêutica jurídica, não se pode admitir palavras inúteis na lei<sup>67</sup>.

Um dos índices de adequação de conduta adotado pelo legislador no art. 187 do CC/02, não tem recebido tratamento adequado pela doutrina e jurisprudência. Ao se tratar do abuso do direito, os *bons costumes* acabam sendo abordados apenas *en passant*, ocupando-se a jurisprudência, majoritariamente, da boa-fé objetiva como fundamento da caracterização do comportamento proibido.<sup>68</sup> Não parece satisfatório

---

<sup>66</sup> “Daí por que, no mundo atual, não cabe mais pensar no juiz como mero locutor oficial da lei, mas sim, como participante da integração dos valores expressos nos princípios gerais, da dignidade da pessoa humana, da solidariedade social e nas formulações das cláusulas gerais, como da boa-fé objetiva, que ensejam a atualização e oxigenação permanente do ordenamento.” (R. LOTUFO, *A responsabilidade civil e o papel do juiz no código civil de 2002*, in R. M. de A. Nery, R. Donnini (coords.), *Responsabilidade civil: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009, p. 448 ss., p. 458).

<sup>67</sup> Nesse sentido, cf. C. MAXIMILIANO, *Hermenêutica e aplicação do direito*, Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1957, p. 311: “As expressões do Direito interpretam-se de modo que não resultem frases sem significação real, vocábulos supérfluos, ociosos, inúteis.”

<sup>68</sup> É o que se verifica ao se pesquisar a jurisprudência do Superior Tribunal

desprezar esse rico elemento, tachando-o singelamente de “extemporâneo”<sup>69</sup>. Em verdade, o reconhecimento do dano

---

de Justiça (STJ) sobre o tema. Os acórdãos que tratam do abuso do direito, em que pese fazer menção ao seu conceito legal, não apresentam a densificação do que se entende por “bons costumes”. As soluções dadas aos casos ora pautarem-se na transgressão dos limites razoáveis do exercício do direito, ora na violação da boa-fé, ao se reconhecer a abusividade da conduta. Nesse sentido, ver-se Recurso Especial nº 1.594.865/RJ, Min. Rel. Luis Felipe Salomão, j. 20.6.2017; e Recurso Especial nº 1.555.202/SP, Min. Rel. Luis Felipe Salomão, j. 13.12.2016. No tratamento dispensado pelo Supremo Tribunal Federal, percebe-se a mesma forma de abordagem, em que o abuso do direito é reconhecido em casos de violação da boa-fé objetiva, sem valer-se o Tribunal do critério dos *bons costumes* à solução das causas analisadas, mencionando-o apenas *en passant*, desinteressando-se por aprofundar a ideia. Nesse sentido, cf. os seguintes julgados: ARE nº 1040334, Min. Rel. Marco Aurélio, j. 14.12.2017; ARE nº 1393251, Min. Rel. Alexandre de Moraes, j. 23.08.2022; Rcl nº 41487, Min. Rel. Ricardo Lewandowski, j. 13.09.2022.

<sup>69</sup> Há quem defenda, inclusive, que tal índice nem deveria estar previsto na lei; cf. F. P. BRAGA NETTO, C. C. DE FARIAS, N. ROSENVALD, *Novo Tratado*, cit., p. 276: “*Bons costumes* é uma expressão cujo conteúdo nos remete a uma moral oficial, linear e preconceituosa. Andaria melhor o Código de 2002 se não a trouxesse, limitando a referência à boa-fé e aos fins econômicos e sociais do direito. A jurisprudência, no entanto, saberá interpretar o termo em consonância com a Constituição, traduzindo os padrões comportamentais plurais da sociedade contemporânea.” A fim de conferir utilidade ao termo, sugerem os mesmos autores (*Ibid.*, p. 277 s.): “Enfim, devemos ler os bons costumes como padrões ético-sociais de razoabilidade, de respeito recíproco, de convivência possível.” Por outro lado, a tentar emprestar significação mais concreta ao que se deve entender por bons costumes, tem-se o Enunciado nº 413 do Conselho da Justiça Federal (V Jornada de Direito Civil): “Os bons costumes previstos no art. 187 do CC possuem natureza subjetiva, destinada ao controle da moralidade social de determinada época, e objetiva, para permitir a sindicância da violação dos negócios jurídicos em questões não abrangidas

imoral traz o ganho dogmático de reavivar as cores desse referencial legal no quadro do sistema de responsabilização civil, para além de trazer maior precisão científica ao regime delitual.

Ilustrativamente, tome-se o caso de rompimento de noivado, analisado pela 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na Apelação Cível nº 1006802-12.2018.8.26.0084, Rel. Des. Clara Maria Araújo Xavier, j. 14.07.2021. O fundamento lançado para se admitir a ressarcibilidade do dano material pleiteado se deu pelo reconhecimento da ocorrência de ato ilícito, na medida em que a dissolução do relacionamento - “exercício regular do direito” - se deu às vésperas da celebração do casamento, o que constituiria “abuso do direito”.

Ao contrário do Direito alemão, que regula expressamente o noivado nos §§ 1.297 a 1.302 do BGB, nosso Código Civil regula apenas o casamento e a união estável. Por opção do legislador, esse fato social, assim como o namoro ou a amizade, não foi objeto de instituição de direitos e deveres positivados na lei. As pessoas gozam, portanto, de ampla liberdade de conformação de suas condutas, limitadas, a princípio, apenas pelos comportamentos expressamente vedados pelo ordenamento. Noivado, namoro ou amizade não são institutos jurídicos que conferem aos participantes direitos e deveres decorrentes da relação em si mesma. Toda

---

pela função social e pela boa-fé objetiva.” A primeira parte do enunciado reproduz o conceito sociológico amplamente mencionado pela doutrina há mais de um século; a segunda parte limita a aplicação do índice de conformação comportamental aos negócios jurídicos, o que não encontra assento na posituação legal, haja vista previsto no dispositivo que trata de abuso do direito.

relação obrigacional que surja nesse contexto advém de fatos jurídicos outros que não o liame interpessoal.

Assim, não parece adequado falar-se em “direito” ao rompimento do relacionamento, uma vez que, a toda evidência, não se trata de um direito subjetivo; da mesma forma que não se pode falar em direito potestativo, haja vista que não se está diante de uma “[...] situação subjetiva que permite ao titular unilateralmente constituir, modificar ou extinguir uma relação jurídica, interferindo na esfera jurídica de outro sujeito [...]”<sup>70</sup>. O rompimento de noivado, a exemplo da extinção de amizade, é fato social indiferente ao Direito, que não traz quaisquer consequências jurídicas às partes. Daí porque não se pode falar tecnicamente de abuso do direito ao se tratar do tema: não há posição jurídica sendo exercida, donde se conclui pela impossibilidade de se vislumbrar excesso.

Em não sendo uma relação jurídica<sup>71</sup>, eventual vínculo

---

<sup>70</sup> A. SCHREIBER, *Manual de direito civil contemporâneo*, São Paulo, SaraivaJur, 2022, p. 45.

<sup>71</sup> E. BETTI, *Teoria geral do negócio jurídico*, trad. por Servanda Editora, Campinas, Editora Servanda, 2008, p. 26 s.: “A *relação jurídica*, no campo do direito privado, pode caracterizar-se, precisamente, como uma relação que o direito objetivo estabelece entre uma pessoa e outra pessoa, na medida em que confere a uma um poder e impõe à outra um vínculo correspondente. Ao mesmo tempo que se diferencia uma grande variedade de tipos, ela constitui a espécie saliente, e mais completamente desenvolvida, do gênero ‘situação jurídica’, entendida esta expressão no seu significado mais lato, e exprime, com a bilateralidade que lhe é própria, a correlação necessária que ocorre entre poder e vínculo, entre posição ativa e posição passiva. Sem descer a um exame pormenorizado dos vários tipos de poderes que se denominam direitos subjetivos, e das posições passivas que lhes correspondem (obrigação, sujeição, exclusão) – exame que não

obrigacional entre as partes há necessariamente de surgir por fato estranho ao noivado em si mesmo. O rompimento do relacionamento às vésperas do casamento, mesmo não constituindo ato ilícito *stricto sensu* ou abuso do direito, sem dúvida gera uma quebra de expectativa legítima na outra parte. A boa-fé objetiva veda esse tipo de comportamento no âmbito dos negócios jurídicos (arts. 113 e 422 do CC/02) – o que a toda evidência não se aplica ao caso – bem como no exercício de posições jurídicas (art. 187 do CC/02) – o que, tampouco, como visto, mostra-se pertinente. Portanto, para se extrair fundamento idôneo ao surgimento de vínculo obrigacional na hipótese há de se recorrer a outro índice norteador de conduta. Os *bons costumes* são mais abrangentes que a boa-fé objetiva por opção do próprio legislador, que

---

poderia ter o seu lugar neste estudo –, bastará, aqui, chamar a atenção para a necessidade de distinguir entre as relações jurídicas e as *fatispécies* que constituem o seu pressuposto. As relações jurídicas têm o seu substrato em relações sociais já anteriormente existentes, e até estranhas à ordem jurídica: relações que o direito não cria, mas que encontra na sua frente, prevê e orienta, de acordo com qualificações e valorações normativas. Só mercê da valoração, da disciplina e sanção que lhes dá o direito, as relações sociais e os fatos que as determinam são elevados à categoria de *fatispécies*, relevantes para a vida e para as vicissitudes das relações jurídicas. Só se elevam a tal nível no grau e na medida em que, através de uma configuração preventiva por tipos, constituam matéria de valoração e de disciplina jurídica.” No sentido do que sustentado, cf. F. AMARAL, *Direito Civil*, cit., p. 198: “Todavia, nem todas as relações de homem a homem entram no domínio do direito, nem todas têm necessidade, nem todas são suscetíveis de serem determinadas por uma regra de tal gênero. Cabe, pois, distinguir três casos: ora a relação está inteiramente dominada por regras jurídicas, ora está somente em parte, ora escapa a elas por completo. A propriedade, o matrimônio e a amizade podem servir como exemplo dos três diferentes casos.”

não limitou seu campo de incidência ao exercício de posições jurídicas ou ao espectro negocial. Da leitura dos arts. 4º e 5º do Decreto-lei nº 4.657/42 (LINDB), extrai-se que, na omissão da lei, o juiz julgará conforme os costumes, bem como que na aplicação dela atenderá às exigências do bem comum – o que foi reiterado pelo art. 8º da Lei nº 13.015/2015 – CPC/15. Trata-se de noções que espelham padrões de comportamento comumente verificados e o senso corrente de conduta aceitável pela moralidade média no âmbito da socialidade. Em arremate, dispõe o art. 17 da LINDB que as leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem os bons costumes. Esse índice foi eleito, portanto, que norteador geral do sistema jurídico como um todo. De se ressaltar que o Enunciado nº 413 do Conselho da Justiça Federal (V Jornada de Direito Civil) indica a aplicação dos bons costumes na sindicabilidade de atos em questões não abrangidas pela boa-fé objetiva<sup>72</sup>.

Para além da maior abrangência, a definição mesma de bons costumes adequa-se em maior medida à regulação de fatos sociais que não representem relações jurídicas. Isso porque a boa-fé objetiva é instituto marcadamente científico<sup>73</sup>,

---

<sup>72</sup> Ver nota n. 69.

<sup>73</sup> A boa-fé, enquanto instituto jurídico, foi criada pelos juristas e para o Direito: “Sendo uma criação do Direito, a boa-fé não opera como um conceito comum. Em vão se procuraria, nas páginas que seguem, uma definição lapidar do instituto: evitadas, em geral, pela metodologia jurídica, tentativas desse gênero seriam inaptas face ao alcance e riqueza reais da noção. A boa fé traduz um estágio juscultural, manifesta uma Ciência do Direito e exprime um modo de decidir próprio de certa ordem sócio-jurídica. A natureza juscultural da boa fé implica o seu assumir como



cuja consolidação se deu, sobretudo, no âmbito negocial<sup>74</sup>. Os bons costumes, por outro lado, guardam relação próxima com a eticidade social e senso de moralidade médio, que, apesar de albergados pelo ordenamento, não foram criados pela dogmática jurídica nem se esgotam no Direito. Assim, em que pese a quebra de legítima expectativa ser tipo de conduta vedada pela boa-fé objetiva, mais adequado, nos casos de rompimento de noivado às vésperas do casamento, usar-se o referencial dos bons costumes para se extrair a antijuridicidade da conduta, a ensejar o desencadeamento da responsabilização civil. Afinal, trata-se de comportamento que viola os “padrões ético-sociais de razoabilidade, de respeito

---

criação humana, fundada, dimensionada e explicada em termos históricos. Os jurisprudentes romanos intentaram descobrir, num mar de decisões empíricas, encontradas na busca de um equilíbrio, capaz de suscitar consenso, manifestações de regularidade que, permitindo tratar o igual, por igual, e o diferente, de modo diferente, de acordo com a medida da variação, tornassem previsíveis as saídas para litígios futuros. Fazendo-o, fundaram a Ciência do Direito onde, de imediato, se incluiu a boa fé. A tradição romanística evoluiu ao longo de séculos, recebeu contributos cristãos e germânicos e foi inflectida pelos germes cientificadores que, desde o século XVI, dariam à cultura do Ocidente um cunho que conserva. No Direito, isso traduziu-se pelo domínio do pensamento sistemático consciente, em progressão, até hoje. Para enquadrar e conhecer esta sequência, explicando a situação actual, vai apresentar-se uma interpretação crítica da História e uma teoria da evolução dos sistemas e da sua aplicação.” (A. M. CORDEIRO, *Da boa fé*, cit., p. 17s.).

<sup>74</sup> “A boa-fé objetiva, cujo campo de aplicação precípua é o do direito das obrigações, é uma pauta institucional de conduta, um princípio que agrupa certas regras que exigem uma determinada atuação das partes em suas relações, determinando uma postura ética e socialmente valorada de cooperação e lealdade, para alcançar um fim comum.” (R. S. DE F. LIMA, *Pautas*, cit., item 3.2).

recíproco, de convivência possível”<sup>75</sup>, no âmbito de relação, a princípio, indiferente ao Direito (fato social).

Por conseguinte, em se reconhecendo a causação de um dano injusto por violação aos bons costumes, estar-se-ia diante de uma hipótese de dano imoral, decorrente da conjugação do art. 187 e 927, *caput*, do CC/02, autorizando-se o reconhecimento de ato ilícito *lato sensu*, a ensejar a reparação dos prejuízos dele advindos, materiais e morais – estes últimos a depender das circunstâncias concretas do caso.

5. - Não obstante previsto desde a edição original do BGB, o dano imoral somente teve seu pleno desenvolvimento dogmático assentado posteriormente à consolidação da noção de dano normativo, mantendo-se, contudo, em seu aspecto funcional, o papel de complementação do regime delitual (típico) alemão. Tendo como índice legal de caracterização os *bons costumes*, a esse instituto foi atribuído amplo campo de aplicação, notadamente no que se refere a novas situações lesivas ou, quando não inéditas, àquelas não abrangidas pelas outras duas cláusulas gerais de responsabilização civil.

A leitura conjunta dos arts. 187 e 927, *caput*, do CC/02, permite inferir a adoção do instituto do dano imoral pelo nosso sistema. Justamente porque sedimentada a noção de dano injusto, sua conjugação com o índice legal dos *bons costumes* inaugura mais um instrumento de tutela de interesses juridicamente relevantes não abrangidos cientificamente pela boa-fé objetiva.

O reconhecimento do dano imoral apresenta a dupla vantagem de, por um lado, delimitar o instituto no quadro

---

<sup>75</sup> Ver nota n. 69.

das categorias jurídicas disponíveis aos operadores, o que representa mais um instrumento de tutela da pessoa e seus interesses; por outro, no aspecto prático, estabelecer mais uma válvula de complementação da responsabilidade civil a abranger novos tipos de lesões – mas não apenas – sem a necessidade de alteração legislativa.

Trata-se de solução consentânea com o contemporâneo movimento de ampliação do sistema de responsabilização civil, a fim de se tutelar a pessoa e seus legítimos interesses na maior e mais adequada medida possível, sem se perder de vista, naturalmente, a necessidade de delimitação dos prejuízos indenizáveis, a se evitar o fenômeno da hiperresponsabilização.

Daí porque a importância de se debruçar sobre os delineamentos do conceito de bons costumes, que, para além de inapelavelmente se referirem ao senso médio de moralidade – o que não se mostra inadequado, em vista do caráter deontológico do Direito –, podem ser remetidos aos valores albergados no seio da Constituição da República, em compasso com o contexto do Direito Civil na legalidade constitucional, emprestando-se tutela mais abrangente à pessoa.

### **Resumo**

O instituto do dano imoral está previsto no sistema brasileiro, conjugando-se os arts. 927, *caput*, e 187 do Código Civil. O reconhecimento do dano imoral apresenta a dupla vantagem de delimitar o instituto no quadro das categorias jurídicas disponíveis aos operadores, o que representa mais um instrumento de tutela da pessoa e seus interesses; e, no aspecto prático, estabelecer mais uma válvula de complementação da responsabilidade civil a abranger novos tipos de lesões.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Abuso do direito. Dano imoral.

**Abstract**

The institute of immoral damage is stated in the Brazilian system, combining arts. 927, *caput*, and 187 of the Civil Code. The recognition of immoral damage has the double advantage of delimiting the institute within the framework of the legal categories available to operators, which represents yet another instrument of protection of the person and his interests; and, in the practical aspect, to establish yet another valve for complementing civil liability to cover new types of injuries.

Keywords: Liability. Abuse of Rights. Immoral damage.

**Londrina/PR, maio de 2023.**

ARTHUR LUSTOSA STROZZI\*

DANIELA BRAGA PAIANO\*\*

*Pacto ou contrato de convivência? Por uma Interpretação  
à Luz do Direito Civil na Legalidade Constitucional*

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. – 2. Da constituição sem vencedores ao Código Civil que nasceu velho: por um sistema capaz de contemplar as situações familiares existenciais. – 3. Contrato ou pacto de convivência? A terminologia adequada e as cláusulas existenciais. – 4. Considerações Finais.

1. - O tema do presente trabalho concentra-se na busca da melhor terminologia a ser adotada para o instrumento previsto no artigo 1.725 do Código Civil brasileiro: pacto ou contrato de convivência? A partir de tal questionamento, o artigo realiza uma breve releitura do contexto da Assembleia Constituinte, a fim de demonstrar os desafios da interpretação constitucional ao considerar que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não possui vencedores. Pretende-se, com isso, explorar a importância dos reflexos do Texto Constitucional no Direito Civil.

---

\* Doutorando em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL).

\*\* Pós-doutora e Doutora em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP).

Para isso, no primeiro tópico, o artigo verificará que a formação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 ocorreu em um momento marcado por uma crise de hegemonia, resultante da pluralidade social decorrente do fim da ditadura militar e da redemocratização do país. O contexto permitiu que a sociedade participasse diretamente e de modo intenso nas comissões responsáveis pela elaboração do texto constitucional, resultando em uma Constituição extensa, que consagrou princípios contraditórios e de difícil organização sistêmica e coerência unificada. Ao longo das décadas seguintes, observou-se um aumento significativo no número de estudos e escritos sobre interpretação do direito civil na legalidade constitucional, ao mesmo tempo em que os conflitos em torno da interpretação da Constituição foram intensificados.

À medida que o Código Civil começou a perder seu protagonismo, ocorreu uma migração dos princípios gerais e regras relativas às instituições privadas para a Constituição Federal, que assumiu o papel de reunificar o sistema jurídico. Nesse processo, a Constituição passou a delimitar os limites da autonomia privada, da propriedade, do controle de bens e da proteção dos núcleos familiares, entre outros aspectos. Isso fez com que o movimento denominado Direito Civil Constitucional ganhasse terreno no Brasil, passando a exigir dos juristas uma postura crítica e reflexiva. Busca-se, assim, um direito civil eficaz capaz de defender, tutelar e proteger a vida humana em sua essência e integralidade, ao mesmo tempo em que garante a consecução do bem comum, na forma dos ditames constitucionais.

No segundo tópico, o artigo irá explorar a diferenciação entre contrato e pacto e realizar uma releitura à luz de doutrinadores clássicos do Brasil, Itália, Portugal e Alemanha. Poste-

riormente, se constatará que, em uma visão contemporânea, o contrato vincula-se prioritariamente a uma obrigação patrimonial, enquanto o pacto não é um contrato da mesma natureza dos regulados no Livro das Obrigações. Apesar de inegavelmente possuir – também – caráter patrimonial, o pacto de convivência deve ser visto como meio apto a receber outras regras de convivência, para a plena realização das potencialidades da pessoa humana e de seus interesses não patrimoniais, incidindo nas situações jurídicas subjetivas situadas na esfera da expatrimonialidade.

Por fim, conclui-se que, apesar da pulverização da utilização da expressão “contrato de convivência”, verificou-se que a nomenclatura “pacto de convivência” é a mais adequada, pois, à luz da hermenêutica do direito civil na legalidade constitucional, é necessário dar tratamento jurídico às famílias, de modo a lhes assegurar plena liberdade nas escolhas, não somente patrimoniais mas também existenciais, proporcionando o pleno desenvolvimento da personalidade de seus integrantes.

2. - Na formação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, presenciou-se um contexto de crise de hegemonia<sup>1</sup> em razão da pluralidade social proveniente do fim da ditadura militar e da redemocratização, fato que permitiu a intensa participação da sociedade nas comissões responsáveis pela elaboração de inúmeros trechos do texto constitucional.

Foram encaminhadas ao Congresso Nacional emendas populares e sugestões de cidadãos e organizações da socieda-

---

<sup>1</sup> M. NOBRE, *Indeterminação e estabilidade*, in *Novos Estudos*, n. 82, 2008, p. 98.

de civil, em um número aproximado de 120 textos assinados por mais de 12 milhões de pessoas, conforme relata Barbosa Pinto<sup>2</sup>. Além disso, mais de 180 audiências públicas foram realizadas com as mais variadas instituições, que comparecem para debater as partes do Texto Constitucional que eram de seu interesse e de direito. Em quase dois anos de debates, mais de 6 mil emendas foram apresentadas nas subcomissões temáticas, 7 mil nas comissões especiais e 20 mil na comissão de sistematização. Com representação de variados grupos, inclusive de empresários como, por exemplo, a União Brasil dos Empresários, a Constituinte caracterizou-se por um processo aberto e disputado, sem coalizões estáveis e cuja participação dos partidos políticos ocorreu de forma fragmentada.

O resultado foi uma longa Constituição, que consagrou princípios contraditórios que dificilmente podem ser organizados sistematicamente com coerência em unicidade. Isso gerou o que José Rodrigo Rodriguez denomina de *constituição sem vencedores*: “um texto constitucional que acolheu todos os conflitos sociais brasileiros sem decidir nenhum deles com a finalidade de oferecer à sociedade instrumentos para mediar suas disputadas mediadas por meio do direito, mas sem conceder vitória final a nenhum grupo social”<sup>3</sup>. Prova disso é o artigo 170 e seus princípios da Constituição da República Federativa do Brasil, quando estabelece que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, com observância dos princípios

---

<sup>2</sup> M. B. PINTO, *Constituição e Democracia*, Rio de Janeiro, Renovar, 2009, p. 81.

<sup>3</sup> J.R. RODRIGUEZ, *Direito das Lutas: democracia, diversidade, multinormatividade*, São Paulo, Liber Arts, 2019, p. 172.



da (i) soberania nacional, (ii) propriedade privada, (iii) função social da propriedade, (iv) livre concorrência, (v) defesa do consumidor, (vi) defesa do meio ambiente, (vii) redução das desigualdades regionais e sociais, (viii) busca do pleno emprego e (ix) tratamento favorecido para empresas de pequeno porte. Da interpretação do mencionado artigo 170, percebe-se que o estímulo livre-iniciativa faz-se à luz das garantias de uma série de direitos sociais.

Com o passar das décadas, verificou-se o aumento de escritos sobre a análise do direito civil na legalidade constitucional, isso se deu em detrimento da possibilidade da interpretação em uma área de indeterminação que permite ao intérprete preencher com fundamentação determinados elementos, afinal de contas, “cada conjunto de fatos concretos que se pretende qualificar juridicamente é dotado de característica singulares as quais podem não se enquadrar com total precisão no tipo abstrato descrito na norma”<sup>4</sup>. Isso ocorre em razão de uma constatação: nenhum contrato de compra e venda, assim como nenhum casamento, por exemplo, é igual a outro.

A existência das grandes dicotomias em direito sempre permitiu a sistematização sob o prisma da análise do ordenamento jurídico. A distinção entre Direito Público e Direito Privado não é apenas um método de classificação, mas sim um instrumento de sistematização. Presente no *Corpus Juris Civilis* de Ulpiano, 1.1.1.2<sup>5</sup>, houve a divisão do direito em *jus publi-*

---

<sup>4</sup> J.R. RODRIGUEZ, *Direito das Lutas*, cit., p. 176.

<sup>5</sup> “Dois são os aspectos deste estudo: o direito publico e o direito privado. Por direito publico entende-se tudo o que diz respeito acoisa publica romana; privado, o que atende ao interesse de indivíduos: de fato, algumas coisas são de utilidade publica, outras, de utilidade privada. O direito público

*cum* e *jus privatum*: se a lei fosse de utilidade pública, estar-se-ia distante de uma lei de Direito Público; por sua vez, se fosse de utilidade particular, seria uma lei de Direito Privado.

Tal critério de utilidade estrita desde o início foi contestado, chegando-se à conclusão de que, na verdade, o critério para classificação da lei era baseado na utilidade preponderante da lei, uma vez que as utilidades de uma norma não ficam circunscritas a um único interesse, seja do Estado ou de determinado particular, mas acabam se interrelacionando, de modo que a norma de uma natureza exerce influência em outra de natureza distinta.

Embora alguns entendam que a divisão entre público e privado é inútil do ponto de vista prático, é fundamental indicar que ela é útil e necessária, não só sob o prisma da ciência do direito, mas também do ponto de vista didático. Contudo, não há uma linha que delimite o que é o público e o que é o privado. Para Jürgen Habermas, esta aproximação do âmbito privado ao público é evidenciada, em que pese tal movimento não gerar a exclusão de ambas as naturezas. A derivação fática da proximidade deve-se, em especial, ao novo delineamento de uma esfera de atuação dos indivíduos que mescla tanto o direito público quanto o privado, Jürgen Habermas entende

---

refere-se a coisas sagradas, a sacerdotes e magistrados. O direito privado compõe-se de três partes, conforme e deduzido de preceitos naturais, de preceitos das gentes ou de preceitos civis”. Tradução livre de: “*Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum ius est, quod ad statum rei Romanae spectat, privatum, quod ad singulorum utilitatem; sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim. Publicum ius in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit. Privatum ius tripartitum est; collectum etenim est ex naturalibus praeceptis, aut gentium, aut civilibus*”. in *Corpus Iuris Civilis: Digesto*. Coord. e trad. de E. A. CUNHA; A. A. C. ALVES [et. al], Brasília, TRF1, ESMAF, 2010.

que, com a evasão do Estado do direito público, observa-se também a transferência de tarefas da administração pública para empresas, entidades, corporações e gestores semioficiais de direito privado. Isso revela o outro lado de uma aplicação do direito privado ao âmbito público, ou seja, a privatização do direito público. Os critérios tradicionais do direito público tornam-se insignificantes, especialmente quando a própria administração pública utiliza meios de direito privado em suas atividades de distribuição, assistência e fomento. Portanto, a estrutura de direito público não impede, por exemplo, que um fornecedor municipal estabeleça uma relação de direito privado com seu “cliente”. Além disso, uma ampla regulamentação dessa relação jurídica não exclui sua natureza de direito privado. Uma classificação com base no direito público não é necessária nem devido à posição de monopólio e ao contrato coercitivo, nem porque a relação jurídica é fundamentada em um ato administrativo. Nesse sentido, o momento de interesse público torna-se vinculado ao momento de formulação contratual do direito privado, à medida que uma nova esfera surge com a concentração de capital e o intervencionismo decorrentes do processo de socialização do Estado e estatização da sociedade: “essa esfera não pode ser entendida plenamente nem como uma esfera puramente privada nem como uma esfera genuinamente pública, e não pode ser univocamente classificada no domínio do direito privado ou público”<sup>6</sup>.

O Direito Público tem como finalidade a ordem e a segurança, nos termos estabelecidos, inclusive, pelo próprio

---

<sup>6</sup> J. HABERMAS, *Mudança estrutural da esfera pública: investigações sobre uma categoria da sociedade burguesa*, trad. de Denilson Luís Werle, São Paulo, Unesp, 2014, p. 344 s.

pensamento contratualista, ao passo que o Direito Privado rege-se-ia ela liberdade negativa e pela igualdade. Enquanto o Direito Público possui como critério de validade aquilo que está autorizado pela norma, no Direito Privado é válido tudo aquilo que não está proibido pela norma. Apesar disso, diante da complexidade das relações públicas e privadas das sociedades contemporâneas, não é possível afirmarmos que essa dicotomia é algo intransponível, considerando que quase nada é absoluto hodiernamente.

Por tais motivos, o caminho metodológico do Direito Civil Constitucional proveniente do pensamento civilístico italiano é tão bem-vindo. Pietro Perlingieri, no início de sua obra, indica que a Constituição une o ordenamento jurídico ao considerar que “o conjunto de valores, de bens, de interesses que ordenamento jurídico considera e privilegia, e mesmo a sua hierarquia traduzem o tipo de ordenamento do qual se opera. Não existe, em abstrato, o ordenamento jurídico, mas existem os ordenamentos jurídicos”<sup>7</sup>. A leitura do Direito Civil à luz da Constituição, antes de implicar certa tendência, decorre de uma fundamentada metodologia interpretativa da normalística cível, que abrange princípios e regras<sup>8</sup>.

Parte-se do pressuposto que a posição de supremacia da norma constitucional é incontestável: “a Constituição ocupa o lugar mais alto na hierarquia das fontes, precedendo, na ordem, (...) as leis ordinárias (e, portanto, os códigos, que são leis ordinárias, incluindo o Código Civil”<sup>9</sup>. Contudo, con-

---

<sup>7</sup> P. PERLINGIERI, *Perfis do direito civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*, trad. de Maria Cristina De Cicco, 3. ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2007, p. 5.

<sup>8</sup> P. NALIN, *Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva Civil-Constitucional*, Curitiba, Juruá, 2001, p. 31.

<sup>9</sup> P. PERLINGIERI, *Perfis*, cit., p. 4 s.

forme já mencionado no presente trabalho, a Constituição de 1988 apresenta-se como uma carta sem vencedores, fato que gerou preocupação com o cumprimento e com a efetividade do Texto Constitucional. Luís Roberto Barroso diz que a preocupação com o cumprimento da Constituição, com a efetivação prática dos seus comandos, tornou-se naturalmente incorporada à prática jurídica no Brasil pós-1988. Parece que finalmente descobrimos o óbvio após uma longa busca. A capacidade de lidar com categorias, conceitos e princípios do direito constitucional passou a ser uma característica distintiva dos profissionais das diversas carreiras jurídicas. A Constituição, liberta da tutela indevida do regime militar, adquiriu força normativa e foi elevada, embora tardiamente, ao centro do sistema jurídico, sendo o fundamento e filtro de toda a legislação infraconstitucional. Sua supremacia, que antes era apenas formal, passou a fazer parte da vida do país e das instituições<sup>10</sup>.

Verifica-se, portanto, que a Constituição de 1988 realizou uma reconstrução da dogmática jurídica ao estabelecer que as normas constitucionais, muito além da mera supremacia formal, penetram na sociedade ao estabelecer a cidadania como seu elemento propulsor. A doutrina nacional é encabeçada, sobretudo, no Rio de Janeiro com Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin de Moraes e Heloísa Helena Barbosa; no Paraná, com Luiz Edson Fachin e Paulo Nalin; no Nordeste, com Paulo Lôbo; em São Paulo, com Renan Lotufo e Giselda Maria Novaes Hironaka; e, em Brasília, com Frederico Viegas

---

<sup>10</sup> L. R. BARROSO, *O direito constitucional e a efetividade das normas: limites e possibilidades da Constituição Brasil*, Nota prévia, 6ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2002, p. X.

de Lima. Tal doutrina realiza esforço interpretativo ao estabelecer a necessidade da realização de uma releitura de conceitos e institutos jurídicos clássicos, a elaboração e o desenvolvimento de novas categorias jurídicas, bem como a interação entre diferentes campos da ciência jurídica.

A visão clássica do Direito Civil e do Código Civil, em si, como regulamentação das relações sociais travadas entre pessoas (jurídicas ou naturais), desde o nascimento (ou até mesmo antes dele) até a morte, disciplina não o Estado, mas sim os particulares, de forma concreta. Contudo, como se verificou, a distância entre a dicotomia entre público e privado se encurtou, em razão, mormente, do fenômeno da busca de um Estado Social. Portanto, o fundamento filosófico existente no Código Civil de 1916 precisou ser revisto, ao considerar que o referido código apresentava-se como um texto artificial, sob o enfoque da própria estrutura social brasileira do século XX. Em primeiro lugar, o processo de elaboração do Código Civil de 1916 teve início em 1859, quando o Brasil ainda era um Império. Em segundo lugar, naquela época, o país não possuía uma essência liberal, pelo contrário, era caracterizado pelo patrimonialismo, clientelismo, coronelismo, caudilhismo e líderes políticos não democráticos. Em nenhum momento a estrutura social brasileira refletia princípios liberais. Em terceiro lugar, o Brasil não passou por uma revolução burguesa ou qualquer evento fundador do liberalismo e sua consolidação. Em quarto lugar, o Brasil era um país com características arcaicas, tendo abolido a escravidão apenas vinte anos antes da publicação do Código Civil de 1916. Em quinto lugar, o país era marcado por golpes de Estado e ditaduras<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> A.L. STROZZI, *Da reconstrução normativa da boa-fé: por uma boa-fé intersub-*

Por outro lado, a Constituição da República de 1988, no que diz respeito ao seu conteúdo, é um documento acen-tuadamente compromissário, plural e comprometido com a transformação da realidade, assumindo, assim, um caráter di-riigente, ao menos quando se analisa o conjunto de normas impositivas de objetivos e tarefas em assunto social, econômi-co, cultural e ambiental estabelecidos em seu texto. Tanto o preâmbulo quanto o título dos princípios fundamentais são indicativos de uma ordem constitucional voltada ao ser hu-mano e ao pleno desenvolvimento de sua personalidade; bas-ta lembrar que a dignidade da pessoa humana, pela primeira vez na história brasileira, foi expressamente guindada (art. 1º, inciso III) à condição de fundamento do Estado Democráti-co de Direito brasileiro<sup>12</sup>. A prova da afirmação estabelecida na oração anterior pode ser encontrada no discurso proferido na sessão de 5 de outubro de 1988, data da promulgação da Constituição, pelo Deputado Ulysses Guimarães<sup>13</sup>.

---

*jetiva com base na teoria de Axel Honneth*, Londrina, Editora Thoth, 2022, p. 54 s.

<sup>12</sup> I.W. SARLET, *Curso de direito constitucional*, 3. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014, p. 257 s.

<sup>13</sup> “A Constituição mudou na sua elaboração, mudou na definição dos poderes, mudou restaurando a Federação, mudou quando quer mudar o homem em cidadão, e só é cidadão quem ganha justo e suficiente salário, lê e escreve, mora, tem hospital e remédio, lazer quando descansa. Num país de 30.401.000 analfabetos, afrontosos 25% da população, cabe advertir: a cidadania começa com o alfabeto. [...] Diariamente cerca de 10 mil postulantes franquearam, livremente, as 11 entradas do enorme complexo arquitetônico do Parlamento, na procura dos gabinetes, comissões, gale-rias e salões. Há, portanto, representativo e oxigenado sopro de gente, de rua, de praça, de favela, de fábrica, de trabalhadores, de cozinheiros, de menores carentes, de índios, de posseiros, de empresários, de estudantes,

O Código Civil de 1916 era fruto das concepções individualista e voluntarista oitocentistas, incorporadas através do apogeu das codificações do século XIX, sob a influência do Código Civil francês de 1804. O direito público e o direito privado constituíram, para a Escola da Exegese, dois ramos estanques e rigidamente compartimentados. Para o direito civil, os princípios constitucionais equivaleriam a normas políticas, destinadas ao legislador e somente de forma excepcional ao intérprete, que delas poderia timidamente se utilizar, nos termos do artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil: “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. Tal sistema servia e era coerente com a lógica do individualismo oitocentista, sendo indiscutível a predominância do Código Civil como referência normativa exclusiva no âmbito das relações ao direito privado<sup>14</sup>.

---

de aposentados, de servidores civis e militares, atestando a contemporaneidade e autenticidade social do texto que ora passa a vigorar. Como o caramujo, guardará para sempre o bramido das ondas de sofrimento, esperança e reivindicações de onde proveio. A Constituição é caracteristicamente o estatuto do homem. É sua marca de fábrica. O inimigo mortal do homem é a miséria. O estado de direito, conseqüente da igualdade, não pode conviver com estado de miséria. Mais miserável do que os miseráveis é a sociedade que não acaba com a miséria. Tipograficamente é hierarquizada a precedência e a preeminência do homem, colocando-o no umbral da Constituição e catalogando-lhe o número não superado, só no art. 5º, de 77 incisos e 104 dispositivos.” U. GUIMARÃES, *Discurso proferido na sessão de 5 de outubro de 1988, publicado no DANC de 5 de outubro de 1988, p. 14380-14382*, Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/25-anos-da-constituicao-de-1988/constituente-1987-1988/pdf/Ulysses%20Guimaraes%20-%20DISCURSO%20%20REVISADO.pdf>. Acesso em: 27 mai. 2023.

<sup>14</sup> G. TEPEDINO, *O Código Civil, os chamados microsistemas e a Constituição: pre-*



O Código Civil de 1916 buscava consagrar-se como a verdadeira “constituição do direito privado”, como destaca Tepedino: “o direito público, por sua vez, não interferiria na esfera privada, assumindo o Código Civil, portanto, o papel de estatuto único e monopolizador das relações privadas”<sup>15</sup>. Tal quadro começa a ser alterado, gradativamente, na Europa do século XX, chegando ao Brasil a partir da década de 1930, especialmente através do fenômeno denominado dirigismo contratual, o qual pode ser definido como toda forma de “intervenção estatal na vida dos contratos, quer sob a forma de intervenção legislativa, quer sob a de intervenção jurisprudencial, que vise a reformular os princípios tradicionais da doutrina contratual, tornando-se mais acorde com a socialização do direito moderno”<sup>16</sup>.

Concomitantemente, intensifica-se o processo legislativo em matéria civil, quebrando o caráter monolítico do Código Civil, com o início de microssistemas jurídicos que se intensificaram desde a década de 1960 até os dias atuais<sup>17</sup>, em um fenômeno conhecido como descodificação do direito civil. Esse panorama é resultante do pluralismo, tanto legislativo quanto social, oriundo do Estado Social, exigindo um direito civil mais próximo da realidade brasileira e da complexidade da sociedade moderna. Sobre a crise do Código Civil, ponde-

---

*missas para uma reforma legislativa*, Disponível em: [http://www.tepedino.adv.br/wpp/wp-content/uploads/2017/07/Codigo\\_civil\\_chamados\\_microssistemas\\_constituicao\\_fl\\_0001-0016.pdf](http://www.tepedino.adv.br/wpp/wp-content/uploads/2017/07/Codigo_civil_chamados_microssistemas_constituicao_fl_0001-0016.pdf), Acesso em: 27 mai. 2023, p. 3.

<sup>15</sup> G. TEPEDINO, *Temas de direito civil*, Rio de Janeiro, Renovar, 2009, p. 3.

<sup>16</sup> L.A. DA SILVA, *Dirigismo contratual*, in *Revista da Faculdade de Direito*, Belo Horizonte, n. 5, 1965, p. 22.

<sup>17</sup> Por exemplo, o Estatuto da Mulher Casada, Lei n.º. 4.591, de 1964, até o Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei n.º. 13.146, de 2015.

ra Orlando Gomes: “o Código Civil foi o estatuto orgânico da vida privada, elaborado para dar solução a todos os problemas da vida de relação aos particulares. Não é mais, a olhos vistos. Perdeu, com efeito, a generalidade e completude”<sup>18</sup>.

Na medida em que o Código Civil começou a perder o protagonismo, os princípios gerais e regras atinentes às instituições privadas migraram para a Constituição Federal, que assumiu o papel de reunificar o sistema e delimitar os limites da autonomia privada, da propriedade, do controle de bens, de proteção dos núcleos familiares, entre outros aspectos: “o Código Civil certamente perdeu a centralidade de outrora. O papel unificador do sistema, tanto nos seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos quanto naqueles de relevância publicita, é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo Texto Constitucional”<sup>19</sup>.

Logo, a Constituição de 1988 impôs uma releitura dos institutos fundamentais do Direito Civil, em razão de tê-los reformulado internamente, sem seu conteúdo. Contudo, o Código Civil de 2002, nasceu, de certa forma, velho<sup>20</sup>. A elaboração do texto civil começou em 1969, pela ditadura militar, e iniciou a tramitação no Congresso Nacional de 1975, sua

---

<sup>18</sup> O. GOMES, *A caminho dos microsistemas*, in *Novos temas de Direito Civil*, São Paulo, Saraiva, 1983, p. 45.

<sup>19</sup> P. PERLINGIERI, *Perfis*, cit., p. 6.

<sup>20</sup> Exemplo disso é o não reconhecimento das uniões homoafetivas. No primeiro Censo Demográfico que contou com casais homossexuais, em 2010, constatou-se a existência de 60 mil casais vivendo juntos no país. Apesar disso, Miguel Reale afirmava expressamente a impossibilidade de reconhecimento das uniões homoafetivas sem uma emenda constitucional. Para maiores informações, v. É. H. Fugie, *Inconstitucionalidade do Artigo 226, §3º, da Constituição Federal?* In *Revista de Direito de Família*, vol. 15. Rio de Janeiro, Síntese, p. 140.

redação final foi aprovada em 15 de agosto de 2001, quando começou o período de transição fixado em lei. Vale ressaltar que, apesar da instauração em 1969, Miguel Reale<sup>21</sup> sempre deixou claro que foram muitas as tentativas de reformulação do Código Civil, desde 1930, mas apenas em 1968 o Governo resolveu discutir a sua modificação.

O ambiente jurídico, desde a ascensão do método do direito civil constitucional, exige um comportamento crítico do jurista. Busca-se, portanto, um direito civil eficaz e apto a defender, tutelar e proteger a vida humana em sua essência e integralidade, bem como garantir a consecução do bem comum.

Revestida pelas matrizes do Código Civil de 2002 (operabilidade, sociabilidade e eticidade), dentro de uma leitura correlacionado ao Texto Constitucional, a pessoa humana passou a ocupar posição de centralidade no sistema jurídico. A Constituição de 1988 tem como um de seus fundamentos o pluralismo jurídico, que abraça os mais plurais projetos de vida, desde que não firam direitos de terceiros. A ampliação do rol de entidades familiares reconhecidas de forma expressa pela norma constitucional permitiu admitir certo incremento da proteção jurídica da liberdade de constituir família.

O próximo tópico irá explorar o conceito e os fundamentos do contrato (ou pacto) de convivência, como um instrumento garantidor da liberdade dos indivíduos dentro das relações familiares. Para isso, parte-se do prisma de que a “constitucionalização e a personalização do direito

---

<sup>21</sup> M.REALE, *Quanto custou o novo Código Civil?*, 18 de janeiro de 2003. Disponível em: <https://www.miguelreale.com.br/artigos/qtoccv.htm>. Acesso em: 27 mai. 2023.

civil atribuíram relevo às decisões existenciais, devem ser funcionalizadas à realização da pessoa humana”<sup>22</sup>. Por tal motivo, realizou-se uma breve releitura do direito civil constitucional, demonstrando-se que o deslocamento dos princípios fundamentais do Código Civil para a Constituição Federal fez com que a autonomia privada gerasse efeitos jurídicos tanto em situações patrimoniais como existenciais, sendo redefinidas pelos valores estampados no Texto Constitucional.

3. - O título do presente artigo é provocativo: qual é a terminologia a ser adotada diante do instrumento previsto no artigo 1.725 do Código Civil brasileiro? Pactos são diferentes dos contratos, pois os segundos encontram-se ligados à possibilidade de coerção externa; por sua vez, os primeiros serão cumpridos ou não apenas por força de seus próprios protagonistas<sup>23</sup>.

Na visão de Bruno Torquato de Oliveira Naves, contrato e pacto são espécies do gênero convenção. Contratos podem ser vistos como as convenções normatizadas, protegidas pela via da *actio*; enquanto, por sua vez, o pacto era um acordo não previsto em lei, isto é, não exigia forma especial, nem era protegida pela *actio*<sup>24</sup>. Caio Mário da Silva Pereira, ao

---

<sup>22</sup> M.C.B. DE MORAES; A. C. B. TEIXEIRA, *Contratos no ambiente familiar*, in M. C. B. DE MORAES; A. C. B. TEIXEIRA (Coords.), *Contratos, famílias e sucessões: diálogos interdisciplinares*, 2. ed. Indaiatuba, Foco, 2021, p. 1.

<sup>23</sup> J. MARTINS-COSTA, *A noção de contrato na história dos pactos*, in *Organon*, v. 6, n. 19, 2013. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/organon/article/view/39318>. Acesso em: 29 maio. 2023.

<sup>24</sup> B.T.O. NAVES, *Da quebra da autonomia liberal à funcionalização do direito contratual*, in C. FIUZA; M. F. F. DE SÁ; B.T.O. NAVES (Coords.), *Direito civil – atualidades II: da autonomia privada nas situações jurídicas patri-*

analisar a mencionada distinção, traz a lição que, no direito moderno, especialmente após a obra de Savigny, essas distinções perderam relevância. Savigny afastou a distinção entre pacto e contrato, aproximando-os de tal maneira que o direito moderno trouxe uma harmonização quase perfeita. Embora a terminologia jurídica ainda utilize da expressão “pacto” para designar alguns contratos acessórios (como o pacto comissório na compra e venda, pacto antenupcial), todos eles podem ser denominados contratos sem comprometer a linguagem adequada: “todos eles poderão, sem quebra da boa linguagem, denominar-se contratos, como ainda não ofenderia boa técnica apelidar do pacto qualquer contrato típico”<sup>25</sup>.

No mesmo sentido, Judith Martins-Costa alerta que a noção romana de *contractus* pouco ou nada tem a ver com as ideias fixadas nos Códigos modernos que ainda nos regem<sup>26</sup>. O contrato, em sua acepção edificada no direito francês, era a tradução de um monismo valorativo, ao considerar que a autonomia da vontade era absoluta sem concorrer com outros princípios. Com a vitória da burguesia, que lutava contra o absolutismo e o governo despótico, a ascensão de direitos oponíveis ao Estado cresceu. Logo, atingiu-se a máxima: Estado proteja a minha propriedade, que era um direito sagrado e inviolável, nos termos do artigo 17º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789: “Como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir evidentemente e sob condição de justa e

---

*moniais e existenciais*, Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 231 s.

<sup>25</sup> C.M.S. PEREIRA, *Instituições de Direito Civil*, v. III, 13. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2009, p. 8 s.

<sup>26</sup> J. MARTINS-COSTA, *A noção*, cit., p. 21.

prévia indenização”<sup>27</sup>.

O Código civil francês consagrava o princípio da forma obrigatória dos contratos em seu artigo 1.134, que estabelecia: “as convenções legalmente formadas têm força de lei para aqueles que as fizeram”<sup>28</sup>, inspirando o sistema civil brasileiro de 1916. No Código Civil alemão de 1896 (BGB), a disciplina de contrato é edificada em um modelo abstrato, definido como uma declaração de vontade dirigida a produzir efeitos jurídicos. A teoria do negócio jurídico instrumentaliza os interesses da burguesia e, conseqüentemente, do capitalismo, ao propor igualização formal dos sujeitos jurídicos, escondendo propositalmente a posição econômico-social das partes<sup>29</sup>.

Realizado o curto resgate histórico, destaca-se que não há opinião unânime, no andar da história, sobre o significado do termo *contractus*. O Direito Romano clássico estruturou o contrato sobre a base de um acordo de vontades a respeito de um ponto comum estabelecido entre os celebrantes, sendo que, uma vez pactuado, ele gerava obrigações, vinculava as pessoas e provia o credor da *actio*. Contudo, a referida noção perdeu espaço hodiernamente e isso se deu em razão da evolução do conceito de contrato.

Durante os séculos XVII e XVIII, a contribuição da escola jusracionalista do direito natural trouxe ao centro do ordenamento jurídico a liberdade individual. Para Cristiano

---

<sup>27</sup> Tradução livre de: “*La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n’est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l’exige évidemment, et sous la condition d’une juste et préalable indemnité.*”.

<sup>28</sup> Tradução livre de: “*Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites*”

<sup>29</sup> E. ROPPO, *O contrato*, trad. de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes, Coimbra, Almedina, 2009, p. 41.

Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, os “romanos limitavam os contratos aos atos destinados a constituir uma *obligatio*, ao passo que os códigos modernos estendem o conteúdo possível do acordo contratual a outros aspectos da relação obrigacional e a outras classes de relações jurídicas patrimoniais”<sup>30</sup>.

Na visão moderna, Enzo Roppo define contrato como um conceito jurídico “com o fim de dotar a linguagem jurídica de um termo capaz de resumir, designando-os de forma sintética, uma série de princípio e regras de direito”<sup>31</sup>. No contexto técnico-jurídico, pode ser utilizado para “aludir às implicações e às consequências legais que o sistema das normas de código ou de leis especiais e das regras efetivamente aplicadas pelos juízes, liga à efetivação de uma certa operação económica”<sup>32</sup>. Portanto, o contrato pressupõe uma “operação econômica, na sua materialidade, como *abstracto real* necessário e imprescindível daquele conceito [...]. Donde se conclui que onde não há operação económica não pode haver também contrato”<sup>33</sup>. Essa é a exata definição do Código Civil italiano, que em seu artigo 1.321 diz que contrato é o “acordo de duas ou mais partes para constituir, regular ou extinguir, entre si, uma relação jurídica patrimonial”<sup>34</sup>.

A doutrina portuguesa e alemã conceituam o contrato de modo mais amplo. Exemplo disso, na Alemanha, é o ensinamento de Karl Larenz, que entende que os contratos

---

<sup>30</sup> C. DE FARIAS; N. ROSENVALD, *Curso de direito civil: direito dos contratos*, v. 4, 4. ed. rev., ampl. e atual., Salvador, Juspodivm, 2014, p. 52.

<sup>31</sup> E. ROPPO, *O contrato*, cit., p. 7.

<sup>32</sup> E. ROPPO, *O contrato*, cit., p. 8.

<sup>33</sup> E. ROPPO, *O contrato*, cit., p. 11.

<sup>34</sup> Tradução livre de: “*Il contratto è l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale*”.

são negócios jurídicos em cuja celebração participam necessariamente várias pessoas, geralmente, duas, de forma que pelo contrato obrigam-se reciprocamente<sup>35</sup>; por sua vez, em Portugal, ensina João de Matos Antunes Varela que o contrato caracteriza-se por um acordo vinculativo de duas ou mais declarações de vontade, que visam estabelecer uma composição unitária de interesses<sup>36</sup>. O Código Civil alemão não definiu o que é o contrato; em Portugal, os artigos 405 e seguintes do Código Civil dispõem sobre questões gerais, tais como a liberdade contratual e a eficácia dos contratos, mas não define o que seria o contrato em si. Contudo, chama atenção o artigo 398, inciso 2, quando estabelece que: “a prestação não necessita ter valor pecuniário; mas deve corresponder a um interesse do credo, digno de protecção legal”<sup>37</sup>.

No Brasil, inspirado no *BürgerlichesGesetzbuch* (BGB), o Código Civil de 1916 não definiu contrato. Contudo, verificou-se na doutrina, em um primeiro momento, conceituação em sentido mais amplo, aproximando-se da tendência alemã e portuguesa. Para Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, o contrato pode ser visto como “o negócio jurídico (ou o instrumento jurídico) que estabelece entre os figurantes, bilateralmente ou plurilateralmente, relações jurídicas, ou as modifica, ou as extingue”<sup>38</sup>.

---

<sup>35</sup> K. LARENZ, *Derecho civil, parte geral*, trad. de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea, Madrid, Editorial de Revista de Derecho Privado, 1978, p. 429.

<sup>36</sup> J.M.A. VARELA, *Das Obrigações em Geral*, v.1. 8. ed., Coimbra, Almedina, 1994, p. 221.

<sup>37</sup> Disponível em: <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/1966-34509075>. Acesso em: 29 mai. 2023.

<sup>38</sup> F.C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*. t. III. *Negócios Jurídicos. Representação. Conteúdo. Forma. Prova*, São Paulo, Revista dos Tribunais,



Apesar disso, com o passar das décadas, mas ainda sob a vigência do Código Civil de 1916, consolidou-se na doutrina o conceito italiano de contrato. Orlando Gomes, como prova disso, conceituou contrato como “negócio bilateral, cujo efeito jurídico pretendido pelas partes seja a criação de vínculo obrigacional de conteúdo patrimonial”<sup>39</sup>.

Um passo atrás. A Constituição de 1988, pelo seu parágrafo 3º de seu artigo 226, reconheceu o concubinato puro como forma de constituição de família, como instituto, portanto, de Direito de Família. O constituinte, por bem, substituiu a palavra concubinato pela expressão união estável para inaugurar, à época, uma nova era de compreensão aos conviventes, respeitando seus direitos e sua sociedade de fato. Afinal, essa sociedade sempre existiu, mesmo antes do Decreto nº. 181, de 1890, sob forma de casamento de fato<sup>40</sup>.

O artigo 1.723 do Código Civil estabelece que “é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher<sup>41</sup>, configurada na convivência pública,

---

2012, par. 302.

<sup>39</sup> O. GOMES, *Contratos*, 26. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2009, p. 11.

<sup>40</sup> A. V. AZEVEDO. *Curso de direito civil: direito de família*, v. 6, 2. ed. Saraivam São Paulo, 2019. p. 147.

<sup>41</sup> Sempre é válido lembrar que, em maio de 2011, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), de forma unânime, equiparou as relações entre pessoas do mesmo sexo às uniões estáveis entre homens e mulheres, reconhecendo, assim, a união estável homoafetiva como um núcleo familiar. Mencionada decisão foi tomada junto ao julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132. Posteriormente, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Resolução 175, de 2013, determinado que os cartórios realizassem casamentos de casais do mesmo sexo. Apesar disso, não houve nenhuma alteração legislativa, diante do eterno cochilo

contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. Apesar de objetivo, o mencionado artigo foi concretizado após longa e histórica luta; exemplo disso é o antigo dispositivo estabelecido no artigo 1.363 do Código Civil de 1916, que estabelecia: “celebram contrato de sociedade as pessoas, que mutualmente se obrigam a combinar seus esforços e recursos, para lograr fins comuns”<sup>42</sup>. Foi apenas em 1964 que o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 380, reconhecendo a dissolução judicial em caso de concubinato puro, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.

Francisco José Cahali, em obra denominada Contrato de Convivência na União Estável, indica, anteriormente à promulgação do Código Civil de 2002, que o “contrato” de convivência poderia ser visto como o “instrumento ou pacto eficaz para traçar o destino dos bens adquiridos durante a relação [união estável], valendo apenas a identificação do elemento volitivo expresso pelos sujeitos”<sup>43</sup>.

Um passo à frente: quando da discussão da terminologia a ser adotada, Cahali expôs que se poderia chamar de pacto anteconcubinário, como Rodrigo da Cunha Pereira<sup>44</sup>, com alusão ao pacto antenupcial, previsto no artigo 1.653 do Código Civil brasileiro, mas afastou a aplicação do termo, ao

---

do legislador na matéria.

<sup>42</sup> Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/13071.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm). Acesso em: 30 mai. 2023.

<sup>43</sup> F.J. CAHALI, *Contrato de convivência na união estável*, São Paulo, Saraiva, 2002, p. 56.

<sup>44</sup> R.C. PEREIRA, *Concubinato e União Estável*, 5. ed. Belo Horizonte, Del Rey, 1999, p. 43.

considerar a diferenciação tanto na forma quanto pelo conteúdo e o momento de sua formalização. Cahali prossegue, dizendo que as terminologias poderiam ser: pacto concubinário, convenção concubinária, contrato particular de convívio conjugal, convenção entre os conviventes ou contrato particular de assistência mútua e convivência comum. Por fim, o autor conclui, dizendo que possui simpatia à designação contrato de convivência, “pelo semblante agradável que a expressão apresenta, referindo-se à convivência como sendo a expressão sugerida até mesmo por normas vigentes, ao se reportarem aos partícipes da união como conviventes”<sup>45</sup>.

O Código Civil de 2002 consagrou a expressão quando, em seu artigo 1.725, dispôs: “na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens”<sup>46</sup>. Verifica-se que a norma limita-se à questão patrimonial; portanto, em uma primeira vista, o uso da expressão contrato de convivência é a mais adequada. Contudo, como se verificou no primeiro tópico, o contrato, a propriedade e a família foram funcionalizados pelo Texto Constitucional e encontram-se orientados à concretização da dignidade da pessoa humana, levando à relativização da dicotomia público-privado: “os princípios aparecem em outro movimento que o Direito Privado começa a sofrer, o da ‘repersonalização’, que significa discutir os valores que o sistema jurídico colocou em seu centro e em sua periferia”<sup>47</sup>.

---

<sup>45</sup> F.J. CAHALI, *Contrato*, cit., p. 57 s.

<sup>46</sup> Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, *Institui o Código Civil*. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 30 mai. 2023.

<sup>47</sup> L.E. FACHIN, *Teoria crítica do direito civil à luz do novo Código Civil Brasileiro*,

A Constituição de 1988 adota o modelo democrático de família, em que não há espaço de discriminação entre os companheiros, nem direitos sem a existência de responsabilidades. Bodin de Moraes<sup>48</sup> estabelece que a ordem constitucional representa o marco fundamental de um novo modelo familiar, tendo ela dado o passo definitivo em direção à democratização da família brasileira. Além disso, o Texto Constitucional, em seu artigo 226, considera a família como a base da sociedade, isto é, “como a base de uma sociedade que ela própria define como democrática, pois constituída sobre um Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*)”<sup>49</sup>.

A patrimonialidade da relação contratual decorre de imposição legal na Itália, não havendo comando legal próximo no sistema brasileiro. Com a constitucionalização do direito civil, a despatrimonialização do Direito Civil e, conseqüentemente, a despatrimonialização do contrato, que “guarda relação com a mudança que vai ocorrendo no sistema entre personalismo (superação do individualismo) e patrimonialismo (superação da patrimonialidade voltada a si mesma) [...]. Nota-se, destaque, uma prevalência do sujeito face ao patrimônio”<sup>50</sup>. Se a família, a partir do Texto Constitucional, é guiada pela ação democrática, o contrato, independentemente de sua natureza, deve ser visto como a “relação jurídica subjetiva, nucleada na solidariedade constitucional, destinada à produção de efeitos jurídicos existenciais e patrimoniais, não só entre os titulares

---

2. ed., rev. e atual., Rio de Janeiro, Renovar, 2003, p. 77 s.

<sup>48</sup> M.C.B. DE MORAES, *A família democrática*, in R. C. PEREIRA (Coord.), *Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*, São Paulo, IOB Thompson, 2006, p. 620.

<sup>49</sup> M. C. B. DE MORAES, *A família*, cit., 623.

<sup>50</sup> P. NALIN, *Do contrato*, cit., p. 250.

subjetivos da relação, como também perante terceiros”<sup>51</sup>.

Apesar de o Código Civil não conceituar o contrato, o enquadrando nas hipóteses obrigacionais e de constituição societária, nada abordando quanto às relações familiares. Ao disciplinar sobre o casamento, de forma peremptória, utilizou a nomenclatura “pacto”; no caso, o pacto antenupcial, a partir de seu artigo 1.639, inspirado pela codificação italiana. Por sua vez, a união estável ficou relegada, provavelmente pelo preconceito que sofria. Tal modalidade era encarada, no início, como uma sociedade de fato, o que a ligava às sociedades empresariais, algo que não cabe nos tempos hodiernos.

Família não é empresa, e união estável é entidade familiar. O que se conclui é pela necessária releitura do conceito de “contrato de convivência” para “pacto de convivência”, afinal de contas, o que se busca de forma contemporânea, à luz da vertente do direito civil na legalidade constitucional, é conferir tratamento jurídico as famílias para que estas se emancipem, assegurando-as plena liberdade nas escolhas, não somente patrimoniais, mas também existenciais, que, no seu interior, propicie o pleno desenvolvimento da personalidade de seus integrantes.

Conclui-se que o pacto de convivência pode ser conceituado como um negócio jurídico de direito de família, formado por uma relação jurídica subjetiva, com núcleo na solidariedade familiar constitucional. Tal pacto destina-se à autorregulamentação do relacionamento de integrantes de uma união estável, no plano patrimonial e existencial, com o objetivo de atingir a plena emancipação e a felicidade dos celebrantes, e poderá ser celebrado mediante instrumento

---

<sup>51</sup> P. NALIN, *Do contrato*, cit.p. 255.

particular ou escritura pública. Portanto, não é contrato, considerando que, nos tempos contemporâneos, faz-se necessária uma releitura do artigo 1.725 do Código Civil, expandindo as fronteiras para assegurar a liberdade das escolhas dos indivíduos, não somente no caráter econômico, mas, principalmente, garantir a autonomia existencial nos moldes do direito civil constitucional.

4. - Em conclusão, o presente trabalho abordou a busca pela melhor terminologia a ser adotada para o instrumento previsto no artigo 1.725 do Código Civil brasileiro: pacto ou contrato de convivência? Ao longo do artigo, foi possível observar a relevância dos reflexos do Texto Constitucional no Direito Civil, bem como a importância da interpretação constitucional na compreensão e aplicação das normas jurídicas.

Inicialmente, foi destacado o contexto da formação da Constituição de 1988, marcado por uma pluralidade social decorrente do fim da ditadura militar e da redemocratização do país. Essa pluralidade resultou em uma Constituição extensa, que consagrou princípios contraditórios e de difícil organização sistêmica. A interpretação constitucional tornou-se um desafio, levando à necessidade de preencher as áreas de indeterminação com base em elementos específicos.

Com a migração dos princípios gerais e regras do Direito Civil para a Constituição Federal, surgiu o movimento do Direito Civil Constitucional, que busca uma postura crítica e reflexiva dos juristas à luz do Texto Constitucional, pois considera que a Constituição passou a delimitar os limites da autonomia privada, da propriedade, do controle de bens e da proteção dos núcleos familiares. O direito civil passou a ser visto como uma ferramenta para tutelar e proteger a vida hu-

mana em sua essência e integralidade, alinhando-se aos ditames constitucionais.

No que diz respeito à diferenciação entre contrato e pacto, constatou-se que, na visão contemporânea, o contrato está mais relacionado a obrigações patrimoniais, enquanto o pacto não possui a mesma natureza dos contratos regulados no Livro das Obrigações.

Logo, o pacto de convivência, embora possua caráter patrimonial, deve ser entendido como um meio capaz de receber outras regras de convivência, visando à plena realização das potencialidades da pessoa humana e de seus interesses não patrimoniais.

Por fim, conclui-se que a nomenclatura “pacto de convivência” é a mais adequada, pois, à luz do direito civil na legalidade constituição, é necessário garantir às famílias plena liberdade nas escolhas, tanto as patrimoniais quanto as existenciais. Essa terminologia permite o amplo desenvolvimento da personalidade dos integrantes das famílias, assegurando o tratamento jurídico adequado e respeitando suas escolhas. Assim, o pacto de convivência revela-se como uma importante ferramenta para a proteção e promoção dos direitos familiares no ordenamento jurídico brasileiro.

*Resumo:*

O artigo questiona a terminologia adequada para o instrumento previsto no artigo 1.725 do Código Civil brasileiro: pacto de convivência ou contrato de convivência. A pesquisa baseia-se na revisão doutrinária, focalizando o direito civil sob a legalidade constitucional. Conclui-se que “pacto de convivência” é o termo mais apropriado, pois permite o amplo desenvolvimento da personalidade dos companheiros, garantin-

do tratamento jurídico adequado às escolhas patrimoniais e existenciais.

Parte superior do formulário

Parte inferior do formulário

PALAVRAS-CHAVE: Contrato de convivência. Código Civil. Pacto de convivência. Uniãoestável.

**Abstract:**

*The article questions the appropriate terminology for the instrument outlined in Article 1,725 of the Brazilian Civil Code: cohabitation agreement or cohabitation contract. The research is based on doctrinal review, focusing on civil law within constitutional legality. It concludes that “cohabitation agreement” is the most suitable term, as it allows for the comprehensive development of the personalities of partners, ensuring proper legal treatment for both patrimonial and existential choices.*

KEY-WORDS: Civil Code. Cohabitation Agreement. Cohabitation pact. Common-law marriage.

**Londrina, maio de 2023**



GUILHERME AUGUSTO GIROTTO\*

*Aspectos civis-constitucionais dos contratos no  
direito das famílias pós-moderno: contexto brasileiro*

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. - 2. Conceitos preliminares à legalidade civil-constitucional brasileira. - 3. O direito das famílias e a dicotomia em direito público e privado - 4. Repersonalização e despatrimonialização do direito civil. - 5. A contratualização das relações familiares contemporâneas. - 6. Espécies de contratos na práxis pós-moderna. - 6.1. Coparentalidade. - 6.2. Contrato de namoro. - 6.3. Cláusulas existenciais no pacto antenupcial. - 7. Conclusão. - 8. Referências.

1. - Na contemporaneidade, período denominado como pós-moderno pelo sociólogo Zygmunt Bauman, as relações humanas são marcadas pela liquidez. A metáfora carrega o sentido de que tudo o que era concebido como sólido derreteu e, atualmente, vive-se o período em que não existem mais formas sólidas, porquanto a mudança veloz das relações humanas é a característica mais marcante desse momento.

Neste sentido, o direito civil - e o direito das famílias, por consequência - veio trazer a legalidade civil-constitucional, que obriga uma releitura dos institutos a fim

---

\*Mestrando em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL).

de que tragam a dignidade da pessoa humana como centro ordenamento jurídico. Por se tratar de princípio fundamental na Constituição, os ramos e institutos do direito civil devem ser funcionalizados para resguardá-la.

A relevância do presente estudo encontra-se na constatação de que, na contemporaneidade, existe uma multiplicidade de relações familiares cuja formação e instrumentalização efetiva-se por meio de contratos – a denominada contratualização das relações familiares. Por essa razão, é imprescindível revisitar os conceitos sobre autonomia privada, contrato e família, sobretudo no que se refere ao próprio direito civil, para que o operador do direito possa conferir maior funcionalidade a tais institutos, mediante a centralidade da dignidade da pessoa humana.

A problemática, por sua vez, reside nos contornos que a legalidade civil-constitucional implicou nos mencionados institutos civis, mormente no que diz respeito à possibilidade e à necessidade de o ordenamento jurídico permitir o livre desenvolvimento do ser humano através do contrato. Ou seja, um instrumento que tinha como único objetivo a circulação de patrimônio passa a trazer conteúdos existenciais, e esses se tornam sua razão maior de existir.

Em seu primeiro capítulo, o artigo traz alguns dos conceitos preliminares ou prévios ao que se denominou de legalidade civil-constitucional, com o objetivo de contextualizar o estudo que seguirá, bem como confeccionar o próprio cenário do estudo. A seção que segue trata da dicotomia entre direito público e privado com o objetivo de alocar o direito das famílias nesta discussão.

Posteriormente, os fenômenos da despatrimonialização e repersonalização do direito civil são observados como os

fundamentos que permitem a contratualização das relações familiares. Na sequência, de forma muito breve, introduz-se o pensamento do que seria a chamada pós-modernidade, posto que é o cenário das relações familiares atuais.

E, no derradeiro capítulo, buscam-se os contratos ou arranjos familiares que podem ser exercidos com maior ênfase à dignidade da pessoa humana, como no exemplo da coparentalidade bem como no contrato de namoro, que surge para assegurar uma fase preliminar ao instituto da família. Por fim, traçam-se linhas iniciais sobre a revisitação do conceito de matrimônio para que possa conter disposições ou cláusulas existenciais e não somente patrimoniais.

O método utilizado é o lógico-dedutivo, que parte de premissas gerais aplicáveis às hipóteses concretas, além de técnicas de análise de bibliografia e legislações específicas.

2. - O movimento denominado direito civil-constitucional ganhou forças com os escritos e estudos realizados por Pietro Perlingieri na *Scuola di Specializzazione in Diritto Civile* da *Università di Camerino*, cujas pesquisas concretizaram-se em diversas obras e foram amplamente recebidas pela doutrina brasileira, mormente pelas traduções de Maria Cristina De Cicco. A metodologia aduz a releitura dos institutos do direito civil à luz da Constituição e vai além ao aplicar, imediatamente, os comandos constitucionais nas relações entre particulares, permitindo uma ampla concretização de valores constitucionais na esfera privada<sup>1</sup>.

Tal aplicação traça um paralelo entre os contratos

---

<sup>1</sup> A. SCHREIBER, N. KONDER, *Direito Civil - Constitucional*. São Paulo, Grupo GEN, 2016, p. 13 ss.

no direito das famílias sob a legalidade civil-constitucional, pois, o contexto do direito civil, sob a égide desta sistemática, não se restringe à mudança comportamental, mas impõe sua reconstrução conforme a realidade contemporânea. Há, portanto, uma mudança de paradigma em relação aos conceitos de direito subjetivo, autonomia privada, bem como a interlocução entre direito público e privado<sup>2</sup>.

Conforme leciona Pietro Perlingieri, a Constituição ocupa o topo da hierarquia normativa e tem caráter de supremacia, razão pela qual é imperioso ao jurista – e não livre escolha – considerar a prioridade hierárquica dos comandos constitucionais para solução de um caso concreto. Ademais, as resoluções de controvérsias não estão restritas a um artigo de lei específico, mas devem ser analisadas à luz dos princípios fundamentais do próprio ordenamento. Sendo assim, uma vez presente no ordenamento jurídico, o intérprete deverá reconduzir o caso à unidade do sistema jurídico<sup>3</sup>.

Pietro Perlingieri afirma, ainda, que o principal objetivo de tal metodologia não é exatamente buscar a aplicação de norma direta ou indireta do texto constitucional no caso concreto, mas trazer efetividade do comando constitucional às relações pessoais e socioeconômicas. Isso porque a norma constitucional apresenta-se como razão primária e justificadora da importância de tais relações para além da mera hermenêutica e como norma de comportamento, servindo de instrumento para se funcionalizar os novos valores<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> A. SCHREIBER, N. KONDER, *Direito Civil*, cit., p. 13 ss.

<sup>3</sup> P. PERLINGIERI, *Perfis de direito civil: introdução ao direito civil constitucional*, trad. de Maria Cristina De Cicco. 3 ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2007, p. 3 ss.

<sup>4</sup> P. PERLINGIERI, *O Direito civil na Legalidade Constitucional*, trad. de Maria

A perspectiva do direito civil-constitucional é explanada por Paulo Lôbo como uma metodologia que implica em uma atribuição de novo sentido aos conceitos do direito civil, produzindo uma aglutinação de novos conceitos em consonância com a sociedade contemporânea. Atualmente, entende-se como evidente que o patrimônio está à disposição da pessoa humana, não se afigurando como uma ideia contra o patrimônio, mas sim como a compreensão de que o papel primordial deve ser da primazia da pessoa humana<sup>5</sup>.

A interpretação supramencionada refere-se à sua função em ser aplicada, já que é demandada para além da interpretação tradicional, que se limita a uma operação meramente formalista, instrumentalizada pela subsunção da situação fática à norma; deve, antes, estar comprometida com a execução prática da integralidade do ordenamento jurídico a cada caso concreto, visando a incessante concretização dos valores fundamentais<sup>6</sup>.

No mesmo sentido, Pietro Perlingieri afirma que o princípio da legalidade não está adstrito aos preceitos individuais; deve existir, portanto, a coordenação entre eles e os princípios fundamentais de relevância constitucional. Afirma, ainda que a interpretação deve ser lógico-sistemática, bem como teleológica-axiológica, ou seja, deve ser finalizada na implicação dos novos valores constitucionais. Ademais, o preceito *in claris non fit interpretativo*, que em tradução

---

Cristina De Cicco, Rio de Janeiro, Renovar, 2008, p. 590.

<sup>5</sup> P. LÔBO, *Metodologia do Direito Civil Constitucional*, in C.E.P. RUZYK, E.N.D. SOUZA, J.B.D. MENEZES e M.E. JUNIOR (orgs) *Direito Civil Constitucional - A resignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências*, Florianópolis, Conceito Editorial, 2014, p. 27.

<sup>6</sup> A. SCHREIBER, N. KONDER, *Direito Civil*, cit., p. 15 ss.

livre significa “no claro não se torna interpretativo” não corresponde às técnicas legislativas contemporâneas, que pela multiplicidade em que são criadas as normas correspondentes a direitos nem sempre homogêneos clamam pela utilização de cláusulas gerais<sup>7</sup>. Sopesadas as considerações traçadas sobre a necessária metodologia de interpretação do Código Civil à luz da Constituição, cuja denominação estratifica-se na expressão constitucionalização do direito civil ou ainda direito civil na legalidade constitucional, apresenta-se conveniente e oportuna a análise da dicotomia se o direito das famílias é ramo do direito público ou privado, bem como a eventual superação deste paradigma.

3. - A dualidade entre o direito público e o direito privado é criticada e relativizada por Hans Kelsen, uma vez que tanto nos atos públicos quanto nos negócios jurídicos de direito privado estará presente um ato do Estado. Isto significa que um fato de produção jurídica sempre será um ato do Estado. Constatase nos atos públicos do Estado aqueles mesmos atos jurídicos existentes em negócios jurídicos privados, posto que o fato produtor do Direito, em ambos os casos, são o prolongamento da vontade estatal. Assim sendo, a Teoria Pura do Direito relativiza a dicotomia, antes vista como absoluta para ciência jurídica tradicional, entre Direito Privado e Público, transformando-a em uma diferenciação intra-sistemática<sup>8</sup>.

Michele Giorgianni em um texto, que foi também

---

<sup>7</sup> P. PERLINGIERI, *Perfis de direito civil*, cit., pp. 72-73.

<sup>8</sup> H. KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, tradução: João Baptista Machado, 8ª ed., São Paulo, Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 312.

traduzido por Maria Cristina De Cicco, constitui expressões paradigmáticas para entender a questão estudada, revelando que em verdade não há uma crise do direito privado, vez que na realidade este ramo do direito demonstrou a sua força e, assim, caberia à doutrina privatística adequar os instrumentos inerentes à nova configuração do direito privado, adequando-o ao momento atual. Com relação ao direito das famílias, o mencionado autor é categórico ao afirmar que esta faceta do direito pertence ao direito privado, sem, no entanto, perder de vista o controle que a autoridade pública exerce sobre ele<sup>9</sup>.

Neste sentido, Rodrigo da Cunha Pereira afirma que o direito das famílias é um ramo do direito privado decorrendo do próprio direito civil, uma vez que os envolvidos classificam-se como privados. Entretanto, notadamente, carrega conteúdo de direito público, em especial quando faz referências às questões pertinentes a interesses de crianças, adolescentes e incapazes, com a ressalva de que, para determinar a extensão da interferência do Estado na vida privada dos cidadãos, a contradição entre as esferas pública e privada continua sendo uma questão crucial e polêmica. A dicotomia entre o direito público e privado remanesce como relevante e instigante no cenário contemporâneo, com o objetivo de limitar a intervenção do Estado na vida privada do indivíduo<sup>10</sup>.

Gustavo Tepedino afirma que o ordenamento jurídico atual é formado por uma pluralidade de fontes normativas, aberto e heterogêneo, e por essa razão complexo, cuja unidade somente será alcançada mediante a consolidação da

---

<sup>9</sup> M. GIORGIANNI, *O Direito Privado e as suas atuais fronteiras*, trad. de Maria Cristina De Cicco, in *Revista dos Tribunais*, 1998, p. 10 ss.

<sup>10</sup> R. DA C. PEREIRA, E. FACHIN, *Direito das Famílias*, Rio de Janeiro, Grupo GEN, 2021, p. 1 ss.

Constituição como seu centro, razão pela qual é equivocada a concepção de um sistema jurídico binário, entre direito público e privado, já que ou o ordenamento jurídico é uno ou não é ordenamento jurídico<sup>11</sup>.

Em outro momento, Pietro Perlingieri afirma que não são todas as normas que têm a mesma força, uma vez que o ordenamento jurídico é composto de normas constitucionais, infraconstitucionais, comandos internacionais, normas regionais, formando-se uma hierarquia, razão pela qual não é possível aplicar a um caso concreto uma norma em específico (individualizada), posto que é necessário que a norma seja reinterpretada conforme a mencionada hierarquia a que ela pertença, isto é, a norma não possui apenas o seu significado ou do Código em que está inserida, mas possui significado conforme o todo<sup>12</sup>.

A Constituição Federal é uma realidade para o ordenamento jurídico, o que torna impossível a distinção com os demais ramos do Direito, em especial o Direito Civil, objeto deste estudo, tampouco é pertinente a discussão entre Direito Público e Privado, posto que todo o ordenamento jurídico comunga dos mesmos valores e idênticos princípios fundamentais. Assim, a real interpretação não pode ser a literalidade da norma, deve ser sistêmica e axiológica, ou seja, variável conforme o ordenamento a que esteja inserida<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> G. TEPEDINO, *Direito civil e ordem pública na legalidade constitucional*, Boletim Científico ESMPU, Brasília, a. 4 - n.17, p. 223 ss. - out/dez., 2015, p. 227 s.

<sup>12</sup> P. PERLINGIERI, *Normas constitucionais nas relações privadas*, in *Civilística.com.*, a. 8, n. 1, 2019. Disponível em: <http://civilistica.com/normas-constitucionais-nas-relacoes-privadas/>. Acesso em: 29 mar. 2020, p. 4.

<sup>13</sup> P. PERLINGIERI, *Normas constitucionais nas relações privadas*, cit. p. 4.



Todavia, a mencionada interpretação, mediante a admissão de componentes extrajurídicos, não deve ocorrer de forma autocrática, posto que poderia acarretar na derrocada do próprio preceito de sistematicidade, porquanto o encadeamento de fatos que reverberam nessa abertura demanda que a interpretação seja realizada pelos próprios elementos do ordenamento, ou seja, o emprego de normativa de princípios, mediante os postulados argumentativos asseguram a mencionada abertura através da confluência com fundamentos da ética, do social e da cultura<sup>14</sup>.

A racionalidade do direito como ordenamento, de acordo com Pietro Perlingieri, está na dinâmica da dicotomia entre o interesse público e o interesse privado, pois a norma jurídica deverá atender concomitantemente o interesse comunitário e o particular, uma vez que o interesse público não deve ser considerado diverso do interesse privado e, ademais, não existem apenas interesses individuais. Portanto, é essencial a reconstrução do ordenamento jurídico não em contraposição, mas na perspectiva que evidencie gradualmente a hierarquia normativa<sup>15</sup>.

Maria Celina Bodin de Moares, por sua vez, afirma que, ao se acolher a ideia de uma unicidade do ordenamento jurídico – ainda que hierarquicamente disposta –, esta se traduz pela afirmação de que os princípios superiores, contidos na Constituição, permearão toda a malha normativa, implicando o afastamento da rígida separação entre direito público e

---

<sup>14</sup> C.N. KONDER, *Distinções hermenêuticas da constitucionalização do direito civil: o intérprete na doutrina de Pietro Perlingieri*, *Revista da Faculdade de Direito*, v. 60, n. 1, jan./abr. 2015, p. 193 ss. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/38442>. Acesso em: 30 maio 2020, p. 200.

<sup>15</sup> P. PERLINGIERI, *Perfis de direito civi*, cit., p. 285.

privado. Verifica-se, portanto, que o direito público e o direito privado não guardam mais relação com os sentidos originários, vez que o direito privado não se relaciona exclusivamente à vontade individual e o segundo à subordinação do cidadão ao Estado. Assim, não há mais espaço para o entendimento da dualidade entre autoridade-liberdade, isto é, haverá casos em que prevalecerão os direitos individuais, enquanto em outros o interesse da sociedade é o que deve sobressair-se, pautados pelos interesses existenciais dos indivíduos<sup>16</sup>.

Na mencionada dicotomia entre público e privado, em específico no direito das famílias, e já demonstrando o permissivo da contratualização das relações familiares que seguirão nas próximas páginas, exsurge a privatização da família – com fundamento no princípio da autonomia privada – que promove a liberdade dos particulares, segundo sua realização plena de vida, conforme melhor lhes aprouver, de acordo com os preceitos e aspirações pessoais demandarem, afigurando-se a família num espaço dinâmico e de realização existencial da pessoa humana<sup>17</sup>.

Nestes conceitos prévios sobre o direito civil na legalidade constitucional e a superação da análise separatista entre o público e o privado é que se funda a pesquisa que seguirá, pois a contratualização das relações familiares deve ser pensada e encontra seu maior alicerce na reformulação dos conceitos tradicionais de contrato e família, permitindo que se instrumentalize a plena realização pessoal por um contrato.

---

<sup>16</sup> M.C.B. DE MORAES, *A Caminho de um Direito Civil Constitucional*, Disponível em: <http://www.olibat.com.br/documentos/Direito%20Civil%20Constitucional%20Maria%20Celina.pdf>. Acesso em: 20 maio 2023, p. 6.

<sup>17</sup> G. TEPEDINO, A.C.B. TEIXEIRA, *Fundamentos do Direito Civil: Direito de Família*, Rio de Janeiro, Grupo GEN, 2022, p. 13 ss.

4. - Pietro Perlingieri observa que o ordenamento jurídico optou por trocar o individualismo pelo personalismo e a patrimonialidade pelo patrimonialismo, isto é, deve existir uma avaliação qualitativa sobre caráter patrimonialista das relações, colocando o patrimônio a serviço do livre desenvolvimento do indivíduo. Desta forma, a jurisprudência deve estar atenta aos valores existenciais a despeito dos concernentes ao patrimônio. A simples insistência na afirmação de tutelar os interesses da personalidade no direito privado não é suficiente, posto que demanda uma reconstrução do Direito Civil, sem a redução ou dilação das tutelas patrimoniais, o que torna adequada a tutela qualitativamente diversa<sup>18</sup>.

Sendo assim, não estaria se reduzindo o livre e digno desenvolvimento do indivíduo inobstante os inadequados e superados métodos; destarte, haveria um funcionamento de um ordenamento econômico composto pelo público e o privado, razão pela qual o pluralismo da economia exerceria a função de garantia do próprio pluralismo político, bem como o respeito à dignidade humana<sup>19</sup>.

Desta forma, as situações jurídicas subjetivas patrimoniais não encontram, em si mesmas, razões para tutela; na verdade, isso ocorre apenas no momento em que se fizerem presentes valores constitucionais extrapatrimoniais ou existenciais, alocando a pessoa humana como centro a despeito do patrimônio. Logo, percebe-se que a despatrimonialização possui correlata ligação com o fenômeno da repersonalização, uma vez que este último se traduz pelo já mencionado

---

<sup>18</sup> P. PERLINGIERI, *Perfis de direito civil*, cit., p. 33 s.

<sup>19</sup> P. PERLINGIERI, *Perfis de direito civil*, cit., p. 34.

movimento de visualizar o direito como centrado e funcionalizado ao redor da pessoa, vista não em abstrato, mas num recorte da realidade<sup>20</sup>.

A denominada repersonalização do direito civil revela-se no conceito de que a dignidade da pessoa humana é considerada na concretude ao revés daquela entendida em abstrato, ou seja, de forma metafísica. Esta dignidade é aferível concretamente mediante o atendimento das demandas que permitam ao indivíduo prosperar de forma livre, não apenas nos aspectos formais, e baseia-se na factual existência de conjunturas materiais que permitam a viabilidade real deste exercício<sup>21</sup>.

No Brasil, a dignidade da pessoa humana é explicitada na Constituição de 1988, no art. 1º, inciso III, como um dos fundamentos da República, e embora não seja fruto da Constituição, é respeitada e consagrada por ela. O texto constitucional elencou o princípio e o proclamou entre os princípios fundamentais como um valor supremo de substrato à ordem jurídica e democrática, consoante Kant estabelece para ordem moral. É na dignidade da pessoa humana que a ordem jurídica se sustenta e se institui<sup>22</sup>.

O instituto da família sofreu a influência da

---

<sup>20</sup> A. SCHREIBER, C.N. KONDER, *Direito Civil*, cit., p. 29 s.

<sup>21</sup> L.E. FACHIN e C.E.P. RUZYK, *A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista*, in *Revista trimestral de direito civil*, v. 9, n. 35, jul./set. 2008, p. 101 ss.

<sup>22</sup> M.C.B. DE MORAES, *O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo*, in INGO WOLFGANG SARLET (org.), *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, 2ª. ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2006, p. 12.

repersonalização a partir do momento em que a família passou a ser entendida vista como lugar de afetividade humana, e afastou o caráter religioso, político e patrimonial até então predominante, que promovia a objetificação da pessoa humana. No Digesto enunciou-se que todo o direito é construído em razão dos homens, e a centralidade do ser humano foi robustecida na modernidade pelas influências do Iluminismo, mormente pela proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos<sup>23</sup>.

Destarte, o direito contemporâneo impõe o afastamento do entendimento, anteriormente aceito, sobre o sujeito de direito considerado abstratamente, uma vez que a pessoa humana deve ser pensada e inserida na situação jurídica, considerando suas aspirações pessoais, através do reconhecimento da pessoa em seus aspectos concreto, como um sujeito de necessidades. O direito deve, portanto, preocupar-se com as especificidades de cada ser, posto que a cada indivíduo deve ser resguardado o interesse de avocar a normativa mais adequada às suas particulares necessidades existenciais<sup>24</sup>.

Ademais, a alocação de normas oriundas do direito civil para o texto constitucional acarretou uma mudança de paradigma de tutela do indivíduo para proteção constitucional da dignidade da pessoa humana, elevada a fundamento da

---

<sup>23</sup> P. LÓBO, *Constitucionalização perene e despatrimonialização do direito de família no Brasil*, in *Revista do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil*, v. 2, n. 2, jan./jun. 2012. Disponível em: <<http://dspace/xmlui/bitstream/item/13784/PDIexibepdf.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 20 maio 2023.

<sup>24</sup> A. SCHREIBER, C.N. KONDER. *Direito Civil*, cit., p. 30 ss.

República Federativa do Brasil<sup>25</sup>.

O contexto atual do direito civil é fundamentado na dignidade da pessoa humana, que insere, no âmbito da autonomia privada, a sobreposição dos interesses existenciais aos interesses patrimoniais, característica do passado. Por isso, as categorias e os institutos do direito privado devem ser reformulados à luz das novas situações jurídicas. Cabe ao direito civil promover instrumentos para tutela da pessoa humana diante dos novos bens jurídicos decorrentes, por exemplo, da tecnologia<sup>26</sup>.

É possível identificar, portanto, que o direito civil e os seus institutos, em especial o contrato e a família, demandam um novo conceito e possibilitam que a família seja instrumentalizada pelo contrato, uma vez que houve, tanto em um como no outro, a centralização da pessoa humana, bem como o afastamento do caráter puramente patrimonial dos dois institutos. Tal contexto ensejou, então, a possibilidade de contratualizar uma relação familiar, como se verá nos próximos capítulos deste estudo.

5. - Pietro Perlingieri reafirma a ideia de que a família é um valor constitucionalmente garantido. Em especial, refere-se à garantia da dignidade da pessoa humana, alertando que instituto não se refere a extremas características libertárias ou de sobreposição do individualismo. Em verdade, releva-se na solidariedade inerente às formações sociais. Ademais,

---

<sup>25</sup> M.C.B. DE MORAES, *O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo*, cit., p. 12.

<sup>26</sup> G. TEPEDINO, *Direito civil e ordem pública na legalidade constitucional*, in *Boletim Científico ESMPU*, Brasília, a. 4 - n.17, p. 223 ss. - out/dez., 2015, p. 231 s.

o merecimento de tutela decorre, precipuamente, da característica do afeto que se traduz na união espiritual de vida. Este é o dado de unificação da família, que se revela em diversas formas de arranjos.

O instituto da família deve ser funcionalizado de maneira aberta, a fim de ser integrada na sociedade, obrigatoriamente correlacionada em harmonia com outras instituições sociais, não de forma isolada – como se fosse uma ilha – mas como uma espécie de autonomia que não pode ser retirada da sociedade em que está inserida, razão pela qual é merecedora de tutela, desde que seja formada em preceitos como da igualdade, dignidade, e democracia<sup>27</sup>.

Existe a possibilidade, de acordo com Pietro Perlingieri, de se construir um direito das famílias baseado nos conceitos de relação e de prestação, ainda que não seja patrimonial, uma vez que o Código Civil italiano, ao conceituar o instituto do contrato, expressa a concepção patrimonial, fazendo crer que existam relações jurídicas extrapatrimoniais, como, por exemplo, deveres de comportamento e de atitudes<sup>28</sup>.

Neste mesmo sentido, Rodrigo da Cunha Pereira afirma que, além dos elementos obrigacionais próprios do direito civil, os contratos, no âmbito do direito das famílias, se afiguram como *sui generis*, uma vez que o afeto também é parte integrante deste negócio jurídico. A doutrina ocidental não chegou ao consenso do impasse acerca da natureza jurídica do casamento, se contratual ou institucional<sup>29</sup>.

---

<sup>27</sup> P. PERLINGIERI, *O Direito civil na Legalidade Constitucional*, cit., p. 972 ss.

<sup>28</sup> P. PERLINGIERI, *O Direito civil na Legalidade Constitucional*, cit., p. 986.

<sup>29</sup> R. DA C. PEREIRA, E. FACHIN. *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro, Grupo GEN, 2021, p. 50.

Reafirmando a necessária observância da autonomia privada no seio familiar, Gustavo Tepedino e Ana Carolina Brochado Teixeira afirmam que há de se privatizar a família, isto é, retirar do Estado o controle total sobre ela e conferir aos membros sua constituição, desconstituição e funcionamento, por meio da liberdade que os sujeitos devem ter para se autorregrem, e o Estado e a sociedade têm o dever de reconhecer e respeitar os arranjos familiares, ou seja, ocorrendo entre pessoas livres e em igualdade, se afigura como possível a construção de um regramento individualizado para disciplinar a vida privada da família, sem a ingerência do Estado<sup>30</sup>.

Com relação à expressão autonomia privada, Pietro Perlingieri alerta que pode não corresponder ao sentido contemporâneo das relações jurídicas entabuladas, e a forma mais adequada seria referir-se a ela como autonomia negocial, segundo a qual pode-se conceituar como o poder oriundo do ordenamento jurídico que confere ao sujeito de direito público ou privado de normatizar os seus interesses privados, manifestações de vontade, ainda que não se afigurem como próprios<sup>31</sup>.

Em consonância, Anderson Schreiber e Carlos Nelson Konder<sup>32</sup> afirmam que as situações jurídicas deverão ser funcionalizadas para realização dos valores existenciais, isto é, funcionalizar o instituto – por exemplo, o contrato – com o intuito de garantir a centralidade da pessoa humana no ordenamento jurídico. As relações patrimoniais não se

---

<sup>30</sup> G. TEPEDINO e A.C.B. TEIXEIRA, *Fundamentos do Direito Civil*, cit., p. 15 ss.

<sup>31</sup> P. PERLINGIERI, *O Direito civil na Legalidade Constitucional*, cit., p. 338.

<sup>32</sup> A. SCHREIBER, C.N. KONDER, *Direito Civil*, cit., p. 44 ss.



mostram mais como um fim em si mesmas, vez que são um meio para realização de valores existenciais, partes integrantes do ser.

As relações familiares afastaram-se daquele vínculo formado unicamente pelo matrimônio para ceder lugar às relações informais – ou espontâneas – por diversos motivos: a gradual erosão dos preceitos religiosos, que impunham certo rigor para formação de famílias, e, sobretudo, a reafirmação de princípios individualista e libertários nos costumes que culminaram na reformulação do conceito de família<sup>33</sup>.

Ainda, conforme Pietro Perlingieri, a convivência livre e estável, independente de qual classificação receba, para que tenha validade jurídica, deve estar em concordância com os valores constitucionais, representando uma possibilidade de sua realização. Assim, a família que não é formada pelo casamento é em si mesma uma formação social com potencialidade idônea para o livre desenvolvimento da personalidade dos integrantes, e sob a orientação do ordenamento, deve-se buscar concretizar esta função<sup>34</sup>.

Maria Celina Bodin de Moraes faz um amplo estudo sobre a derrocada do instituto do casamento, questionando, inclusive, se ainda subsiste a necessidade de se manter tal instituição no ordenamento jurídico, posto que muitos dos direitos reservados aos casados são, hoje, estendidos aos conviventes, bem como as crescentes tutelas jurídicas de famílias simultâneas influenciam no diminuto valor sociocultural do matrimônio. A autora sugere ainda a possibilidade de um enlace conjugal democrático tanto em sua constituição como

<sup>33</sup> P. PERLINGIERI, *O Direito civil na Legalidade Constitucional*, cit., p. 986 ss.

<sup>34</sup> P. PERLINGIERI, *O Direito civil na Legalidade Constitucional*, cit., p. 989.

quanto no momento de sua dissolução<sup>35</sup>.

Ao tratarem de contratos no ambiente familiar, Maria Celina Bodin de Moraes e Ana Carolina Brochado Teixeira fazem um levantamento histórico da evolução do direito das famílias, desde a intervenção estatal na vedação do divórcio até o período contemporâneo, caracterizado pelas denominadas famílias democráticas, formadas pelas variadas estruturas, cujos núcleos são formados pela afetividade existente, bem como pela solidariedade e funcionalizadas para o integral desenvolvimento da personalidade dos componentes. A família democratizada carrega em seu conceito a ideia de um arranjo familiar em que a dignidade dos indivíduos integrantes será respeitada, desenvolvida e protegida, acarretando, portanto, na consolidação da família legitimamente fundada na dignidade da pessoa humana<sup>36</sup>.

Das considerações apresentadas, é possível identificar que os arranjos familiares hodiernos são marcados por uma maior liberdade de formas, posto que a família não é constituída exclusivamente pelo matrimônio. Por isso, é possível contratualizar as novas formas de famílias, permitindo, por meio da autonomia privada, que os indivíduos estabeleçam quais normas regerão o relacionamento. Destarte, cumpre observar as características e conceitos que o próprio contrato carrega.

Seguindo a mesma perspectiva dos estudos

---

<sup>35</sup> M.C.B. DE MORAES, *A nova família, de novo – estruturas e função das famílias contemporâneas*, in *Revista Pensar*, v. 18, n. 2, p. 587 ss., maio/agosto, 2013. Disponível em: <https://ojs.unifor.br/rpen/article/view/2705/pdf>. Acesso em: 20 maio 2023, p. 18 ss.

<sup>36</sup> A.C.B. TEIXEIRA, R. DE L. RODRIGUES. *Contratos, família e sucessões: diálogos complementares*. 2. ed. Indaiatuba, Editora Foco, 2021.

mencionados anteriormente, Paulo Nalim afirma que, assim como houve a despatrimonialização do direito civil, igualmente houve o mesmo fenômeno no contrato, cuja função social implica o livre desenvolvimento do homem e refunda o direito civil a respeito dos valores da pessoa. Por isso, a autonomia contratual vai além da circulação de riquezas, implica o desenvolvimento da pessoa do contratante<sup>37</sup>.

O autor afirma ainda que o contrato é composto por uma relação complexa e solidária. A relação jurídica subjetiva estabelecida pelo contrato interprivado, baseada na solidariedade constitucional, tem como finalidade produzir efeitos jurídicos de ordem existencial e patrimonial, que se aplicam não apenas aos sujeitos titulares da relação. Portanto, torna-se imperiosa, na interpretação do contrato, a superação clássica de direito subjetivo de crédito e o dever jurídico de débito, para a funcionalização do instituto<sup>38</sup>.

Com estas considerações, é possível identificar o conceito contemporâneo de família, autonomia privada e contrato. O livre desenvolvimento do indivíduo, necessariamente, perpassa pela família, que é funcionalizada no preceito constitucional da pluralidade familiar, razão pela qual sua constituição pode ser instrumentalizada por meio de um contrato. Assim, o próximo capítulo tratará de contratos contemporâneos que podem ser exemplificados.

6. - Pietro Perlingieri<sup>39</sup>, ao tratar das situações subjetivas às relações jurídicas, separa um subitem de sua obra

<sup>37</sup> P. NALIN, *Do contrato: conceito pós-moderno – em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*. 2ª ed. rev. atu. Curitiba, Juruá, 2008, p. 249.

<sup>38</sup> P. NALIN, *Do contrato*, cit., p. 253 ss.

<sup>39</sup> P. PERLINGIERI, *O Direito civil na Legalidade Constitucional*, cit., p. 1022.

para o tema da “direção da sociedade conjugal”, conceituando tal direcionamento como o poder de pactuar sobre a vida conjugal que o casal seguirá, mediante a formalização de um acordo que garante, concomitantemente, a igualdade moral e jurídica do casal, bem como a função de confiança perante terceiro. Além disso, observa que o conteúdo do acordo não se restringe às características exclusivamente patrimoniais, mas de forma primordial caracteriza-se pelas escolhas existenciais dos componentes, com incidência de cláusulas que regram suas escolhas. Seria uma autolimitação que se relaciona com o afeto que une os cônjuges e as demais relações familiares. Além disso, o próprio art. 144 do Código Civil estampa a determinação da denominada residência familiar.

É inequívoca, portanto, a possibilidade de disposições existenciais em contratos no direito das famílias, remanescendo ainda exemplificar em contratos práticos, que seguirão em capítulos à frente.

A pós-modernidade, traduzida pela metáfora de Zygmunt Bauman “modernidade líquida”, pode ser entendida como a maneira como a sociedade contemporânea se comporta. Do mesmo modo que ocorre com o estado líquido, todo e qualquer conceito que se liga a um estado sólido e imutável adapta-se ao período contemporâneo e torna-se líquido, por assim dizer.

Conforme Zygmund Bauman, o componente primordial do novo conceito de curto prazo substituiu a noção de longo prazo, ou o tradicional conceito do casamento “até que a morte os separe”, estão afastados das relações contemporâneas, o que se tornou raridade, posto que os conviventes/casais não possuem o interesse em viver por muito tempo juntos. Desta forma, revela-se na contemporaneidade que o conceito de

viverem juntos para todo o sempre é substituído pelo novo conceito de transitoriedade da coabitação, bem como a clara intenção de que a associação e o vínculo poderão ser rompidos a qualquer momento, sem motivo justificador, sempre que desaparecer o interesse de continuarem desta forma. O autor, ao abordar a fragilidade dos laços humanos, analisa as implicações da pós-modernidade nos relacionamentos afetivos humanos, perpassando por conceitos como o apaixonar-se e o desapaixionar-se, e a dificuldade de amar o próximo<sup>40</sup>.

Desta forma, o modo de vida compartilhado, em que existe comunhão de vida em todos os aspectos mais íntimos, traduz-se na intenção de que perdure no tempo, todavia, de nenhum modo significa de que este se prolongará no tempo inadvertidamente, ou seja, não se construirão relacionamentos sólidos para durarem a eternidade da existência dos indevidos, mas haverá um interregno em que os conviventes irão permanecer unidos, enquanto desejarem.

Das considerações sobre o conceito de pós-modernidade ou modernidade líquida, pode-se observar que os entrelaces humanos e os novos arranjos familiares são formados segundo o interesse afetivo do ser humano e existirá enquanto for o desejo os integrantes, ou seja, a pluralidade familiar, somada à possibilidade de fim de um relacionamento, proporciona um ambiente para que surjam novas entidades familiares, como a coparentalidade.

Ademais, na pós-modernidade, é necessário que os conceitos não sejam confundidos e que os componentes de uma determinada modalidade familiar tenham a real e efetiva

---

<sup>40</sup> Z. BAUMAN, *Modernidade Líquida*, tradução Plínio Dentzien, Rio de Janeiro, Zahar, 2001, p. 185 ss.

categorização, ou seja, que o namoro não seja considerada união estável, razão pela qual o estudo do contrato de namoro se justifica.

Outrossim, as cláusulas do matrimônio não possuem exclusivamente caráter patrimonial, uma vez que, ao se funcionalizarem os institutos do direito civil para o livre desenvolvimento da pessoa humana, os nubentes, no momento de celebrar seu pacto antenupcial, podem dispor de seus interesses existenciais, tornando plausível o estudo das cláusulas existenciais neste contrato.

6.1. - O termo coparentalidade tem sido utilizado para se denominar que, a partir de um negócio jurídico, os pretensos pais possam regulamentar um acordo para gerarem um filho. Ou seja, com o objetivo comum exclusivo de geração de prole, duas pessoas (ou um número maior pela multiparentalidade), indivíduos não unidos pelo casamento ou por união estável, possam se autorregrear para a gestação e como se desenvolverá a vida da prole no futuro<sup>41</sup>.

Está presente em tal modelo uma vantagem sobre o afastamento dos dissabores dos enlaces afetivos, possibilitando, desta forma, que os genitores possam conferir de forma exclusiva a atenção à prole. Alguns destes pactos preveem cláusulas sobre a própria geração dos filhos, mormente quando se estipula a procriação por técnicas de reprodução humana. No plano da validade, torna-se necessário analisar se o mencionado acordo precisa de homologação judicial, em razão de o objeto estar vinculado ao melhor interesse da criança que nascerá, ou se os pais podem, livremente, decidir

---

<sup>41</sup> A.C.B. TEIXEIRA, R. DE L. RODRIGUES, *Contratos, família e sucessões*, cit., p. 34 s.

tudo, e a exequibilidade em caso de descumprimento<sup>42</sup>.

Há quem conceitue essa modalidade familiar como o arranjo familiar decorrente de um contrato para geração de filhos cujos genitores se encontram para gerar prole, de maneira planejada, ou seja, contratualizada, para que possam criar o filho de forma conjunta em cooperação recíproca, sem que estejam unidos pelo matrimônio, união estável ou namoro. A parentalidade não está mais ligada ao casamento, à família conjugal ou à geração de prole vinculada à sexualidade, razão pela qual a coparentalidade exsurge para garantir que a família seja constituída pelo vínculo único de geração de prole<sup>43</sup>.

Sabe-se que o art. 425 do código Civil vigente confere licitude aos contratos atípicos, tendo como requisitos os elementos do art. 104 do mesmo diploma: agentes capazes; objeto lícito, possível e determinado ou determinável; forma livre, exceto quando prescrita em lei.

Destarte, podem os contratantes estabelecer as seguintes cláusulas para esta modalidade familiar: tipo de planejamento escolhido – como se dará a geração de prole, se por adoção, reprodução assistida ou socioafetividade; nome das crianças; alimentos gravídicos; aleitamento materno; domicílio conjunto; domicílios separados e modalidade de guarda; sustento da prole; autoridade parental ou poder familiar; convivência com família extensa; tutores; e foro para dirimir controvérsias<sup>44</sup>.

---

<sup>42</sup> A.C.B. TEIXEIRA, R. DE L. RODRIGUES, *Contratos, família e sucessões*, cit., p. 34 s.

<sup>43</sup> R. DA C. PEREIRA, *Dicionário de Direito de Família e Sucessões – Ilustrado*. 2. Ed. São Paulo, Saraiva Educação, 2018, p. 308.

<sup>44</sup> S. DUFNER, *Famílias Multifacetadas*, São Paulo, Revista dos Tribunais,

O limite desta modalidade de contrato reside, para além da dignidade da pessoa do outro corresponsável e da prole, no princípio do melhor interesse da criança/adolescente. Sabe-se que esta configuração familiar não poderá implicar em uma supremacia dos interesses dos genitores a despeito das necessidades dos filhos. Assim, devem a todo momento os corresponsáveis atenderem satisfatoriamente aos direitos para com os filhos, de forma a proporcionar um ambiente para o pleno desenvolvimento da personalidade dos indivíduos que nascerão.

6.2. - O conceito de namoro é traduzido pelo relacionamento afetivo ou amor entre duas pessoas, sem, no entanto, se caracterizar o instituto da família, ainda que o período seja uma preparação para mencionada constituição futura, diferente do que ocorre, por exemplo, na união estável, em que a família já está constituída. Verifica-se, pois, que existem namoros que perduram no transcurso do tempo, sem nunca se constituírem em famílias. Alguns casais, em especial aquelas pessoas que já passaram por algum tipo de relacionamento, passaram a adotar o contrato de namoro para esclarecer a possível confusão entre os conceitos de namoro e de união estável. Feita a mencionada declaração de namoro, caso o relacionamento se desenvolva e se configure união estável, poderá ser previsto qual o regime de bens do casal<sup>45</sup>.

Com uma gênese similar ao contrato anterior - coparentalidade - , o contrato de namoro cumpre a função de sedimentar ausência de vontade de constituir

---

2023, p. 13.

<sup>45</sup> R. DA C. PEREIRA, *Dicionário*, cit, p. 308 s.



família, afastando, portanto, a equivocada configuração de união estável a um relacionamento que não se constituiu com este objetivo. Entretanto, deve-se observar que a sua contratualização deve ocorrer quando se superarem os limites iniciais de um namoro, ou seja, quando existir uma maior intensidade e duração de vínculo. Para que essa negociação seja válida, deve expressar a realidade vivenciada pelo caso, em atendimento à primazia da realidade<sup>46</sup>.

O contrato de namoro é adequado aos casos em que se pretende afastar a dúvida sobre a constituição de união estável, posto que inexistirá o suporte fático da união estável. Tal modelo de contrato trará a inequívoca e expressa declaração de vontade de que os envolvidos não pretendem constituir família, mas tão somente viverem um namoro<sup>47</sup>.

Conforme o exposto, a intervenção estatal no direito das famílias encontra espaço na proteção do indivíduo vulnerável, proporcionando o reequilíbrio ou proteção da parte em desfavor, quando a família for constituída por indivíduos paritários, há que se conferir maior liberdade negocial aos envolvidos, e a concepção adequa-se perfeitamente ao contrato de namoro, uma vez que, ausente qualquer vulnerabilidade entre os envolvidos, não subsistem justificativas para afastar o mencionado pacto.

6.3. - O casamento é um dos institutos mais emblemáticos no direito das famílias, posto que, conforme preleciona Pontes de Miranda<sup>48</sup>, é um contrato. Entretanto,

---

<sup>46</sup> M.P. XAVIER, *Contrato de namoro. Amor líquido e direito de família mínimo*. 3ª ed. rev. ampl. Belo Horizonte, Foco, 2022, p. 129.

<sup>47</sup> M.P. XAVIER, *Contrato de namoro*, cit, p. 112.

<sup>48</sup> P. DE MIRANDA, *Tratado de Direito de Família*, 3. ed. São Paulo, Max

Rolf Madaleno afirma que o casamento é um ato complexo, uma vez que os nubentes exercem a autonomia privada, por meio de normas preordenadas que regem o matrimônio; todavia, a declaração é ato privativo do Estado. Rodrigo da Cunha Pereira<sup>49</sup> afirma que a teoria contratual aduz que o casamento possui natureza especial e com regras específicas; de outra sorte a teoria mista ou eclética defende que a natureza jurídica do caso é de um contrato especial.

No cenário contemporâneo discute-se a viabilidade e legalidade de se estabelecerem disposições ou cláusulas existenciais no pacto antenupcial, como àquelas que atingem repercussão midiática de celebridades norte-americanas que estipulam vultuosas cláusulas penais para os casos de infidelidade. O enunciado 635 da VIII Jornada de Direito Civil de 2018<sup>50</sup> cristalizou a possibilidade de o pacto antenupcial conter cláusulas existenciais.

Algumas disposições não podem ser objeto de negociação, como aquelas que visam afastar alguns dos deveres matrimoniais, existentes no art. 1.566 do Código Civil, como os deveres de mútua assistência, dever de sustento, guarda e educação dos filhos. Ou seja, o inciso III, que se refere à mútua assistência, uma vez que se justifica na solidariedade familiar; o IV, sobre o sustento, educação e guarda da prole; e

---

Limonad, 1947, p. 93.

<sup>49</sup> R. DA C. PEREIRA, E. FACHIN, *Direito das Famílias*, cit., p. 112 ss.

<sup>50</sup> “O pacto antenupcial e o contrato de convivência podem conter cláusulas existenciais, desde que estas não violem os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade entre os cônjuges e da solidariedade familiar.”: *Conselho Nacional de Justiça*. Enunciado 635. VIII Jornada de Direito Civil, 2012. Disponível em: < <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/751>>. Acesso em: 20 maio 2023.

o V, quanto ao respeito e consideração mútuos, apresentam-se como limitadores da autonomia do casal, uma vez que se referem à cordialidade mínima para que exista uma composição familiar. Assim, tais deveres não estão na esfera de disponibilidade do casal<sup>51</sup>.

Privilegiando a autonomia privada dos nubentes quanto à escolha do regime de bens, o pacto antenupcial permite a livre escolha das disposições patrimoniais, já que o livre planejamento patrimonial é assegurado. Entretanto, as disposições existenciais, neste pacto, ainda encontram alguma resistência, posto que há parte da doutrina pátria que afirma que tal contrato não pode ser investido de cláusulas para além do regime de bens. Inobstante, propugna-se que disposições, como organização familiar e com relação à própria vivência dos nubentes, podem fazer parte deste contrato<sup>52</sup>.

Sendo assim, o matrimônio, ao ser funcionalizado para atender à dignidade da pessoa humana, pode conter cláusulas existenciais dispostas no pacto antenupcial, uma vez que o próprio ser humano necessita dispor de sua liberdade no contrato que regerá sua conjugalidade de forma livre para além do regime de bens adotado. Feitas as três ressalvas alhures, encontra-se como principal limitador o próprio princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que é vedada qualquer disposição que contrarie o mencionado princípio.

---

<sup>51</sup> J.B. DE MENEZES, M.C. DE CICCIO e F.L.L. RODRIGUES (orgs.), *Direito Civil na Legalidade Constitucional: algumas aplicações*, Indaiatuba, Foco, 2021, p. 35.

<sup>52</sup> G.A. GIROTTI, D.B. PAIANO e A.L. MENDONÇA, *Pacto antenupcial como garantidor da autonomia privada dos nubentes*, in *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, v. 39, n. 1 (jan./jun. 2023), Disponível em: <https://revista.fdsu.edu.br/index.php/revistafdsu/issue/view/22/43>. Acesso em: 20 maio 2023.

7. - Verifica-se que o período contemporâneo é traduzido pela metáfora da liquidez, ou seja, período em que os sólidos estão derretidos e não possuem mais forma rígida e imutável, porquanto a única certeza deste interregno temporal é a própria mudança. Neste cenário, as relações familiares, igualmente, sofrem as influências, tendo, como principal exemplo o casamento, cuja característica, em sua gênese, fora o vínculo indissolúvel; porém, em tempos atuais, destaca-se a possibilidade de dissolvê-lo de forma liminar.

A legalidade civil-constitucional aduz que a dignidade da pessoa humana é a centralidade do ordenamento jurídico, e este somente será uno se assim permanecer, ou seja, não puder ser separado o ramo do direito dito privado do que é público, e conseqüentemente do que é civil ao que é constitucional, razão pela qual a família e o contrato demandam por uma nova categorização e uma reestruturação para que, em atendimento à dignidade da pessoa humana, possam ser funcionalizados e permitirem o livre desenvolvimento do ser humano.

A repersonalização e a despatrimonialização do direito civil se afiguram como os fenômenos de notável importância para que se possa afirmar que o contrato e o direito das famílias podem coexistir; além disso, podem ser um local de interdisciplinaridade, que, visto pela legalidade civil-constitucional, são unos e indivisíveis, razão pela qual não se sustentam as proposições contrárias aos conteúdos existenciais dos contratos. Ao revés, estas cláusulas e conteúdos estão a serviço da pessoa humana, bem como justificam a razão de ser dos institutos, ou seja, confere ao contrato e à família um local de proteção, posto que servem para o desenvolvimento livre do indivíduo.

A possibilidade de formação de novos arranjos familiares é instrumentalizada pela formação de novos contratos, como exemplo a coparentalidade cujo mote de existência se releva na possibilidade de indivíduos gerarem filhos, sem, no entanto, se vincularem matrimonialmente. Ademais, o contrato de namoro visa conferir aos contratantes que sejam vistos pelo direito como um arranjo diverso da união estável, permitindo assim, que casais possam amadurecer seu desenvolvimento conforme o estágio que se encontram. Outrossim, o casamento, que já fora mencionado possa também carregar em seu acordo antenupcial disposições existências.

Todas essas formações e contratualizações possuem limite claro e evidente na própria dignidade da pessoa humana, posto que é vedado qualquer disposição que atente contra este princípio, ou seja, não se defende o livre individualismo e a sujeição do outro como um ser sem vontades, mas, em verdade, busca que sujeitos em igualdade, paritários, possam assim continuar ao constituírem seus relacionamentos afetivos por meio de um contrato.

*Resumo:*

Os institutos afetos ao Direito Civil brasileiro demandam a revisitação à luz do denominado direito civil na legalidade constitucional que implica na despatrimonialização e na repersonalização destes institutos. Tem-se, portanto como objetivo funcionalizar todos os comandos para promoção do livre desenvolvimento do sujeito. A problemática reside na possibilidade de indivíduos, por meio da autonomia privada, autorregrem seus arranjos familiares por meio do instrumento do contrato.

Palavras-chave: Civil-constitucional. Direito das Famílias. Contratualização.

**Abstract:**

*The institutes linked to Brazilian Civil Law demand revisiting in light of the so-called civil law in constitutional legality that implies the de-patrimonialization and repersonalization of these institutes. Therefore, the objective is to functionalize all commands to promote the free development of the subject. The problem lies in the possibility of individuals, through private autonomy, self-regulating their family arrangements through the instrument of the contract.*

Key-words: Civil-constitutional. Family Law. Contracting.

Londrina, maio de 2023.

MARIANA MARQUES GUTIERRES\*  
HELENA ALICE MACHADO COELHO\*\*

*Violência patrimonial: inadimplência de alimentos aos  
filhos comuns e a perpetuação da desigualdade de gênero*

**SUMÁRIO** 1. Introdução. - 2. Direito fundamental à igualdade de gênero. - 3. Espécies de violência: violência patrimonial. - 4. Alimentos aos filhos e violência de gênero. - 5. Conclusão.

1. - A alimentação é, possivelmente, a mais importante prestação necessária à manutenção da vida e à garantia da dignidade humana. Em razão disso, o direito da prole comum ao sustento e recebimento de alimentos, e, por conseguinte, o dever de prestá-los por parte dos pais, é um direito-dever fundamental.

A necessidade de assistência financeira às filhas e aos filhos até a maioridade ou até completarem o ensino superior é defendida pelo ordenamento jurídico pátrio, seja durante uma relação familiar biparental ou pluriparental, ou nos casos de família monoparental, em que se faz necessário que o genitor os auxilie materialmente e, assim, ampare também o

---

\* Mestranda em Direitos Humanos pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS).

\*\* Mestranda em Direitos Humanos pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS).

genitor – geralmente a mãe – que permaneceu com a guarda. Entretanto, os reiterados descumprimentos no dever de prestar alimentos pelos pais, bem como a crescente ocorrência de famílias monoparentais chefiadas por mulheres, chamadas “mães solo”, fazem com que essa inadimplência perpetue a violência patrimonial contra as mulheres.

Tal violência ocorre de forma silenciosa e estrutural, sustenta a desigualdade de gênero e cria obstáculos ao desenvolvimento sustentável. Com efeito, merece destaque que a inadimplência de alimentos decorre tanto com relação aos pais que detêm uma relação prévia de afeto com os filhos, quanto dos casos em que o pai sequer se preocupa em realizar o registro civil do filho, que se demonstra uma situação ainda mais complexa. Portanto, o objetivo deste texto é analisar a violência patrimonial contra a mulher a partir da perspectiva do não pagamento dos alimentos à prole comum como um meio de perpetuar a desigualdade de gênero e, assim, caracterizar um óbice ao desenvolvimento sustentável. Para atingir tal objetivo, a metodologia de execução é a pesquisa bibliográfica, em que se realizou a consulta de literatura jurídica sobre o tema, com abordagem qualitativa, método dedutivo e caráter exploratório, uma vez que o pensamento coletivo sobre as questões apresentadas são fundamentais para estruturar possíveis soluções. Nesse contexto, destaca-se que a presente pesquisa busca apresentar uma releitura integrada de três institutos: alimentos à prole comum, violência patrimonial contra a mulher e o direito fundamental à igualdade, a partir da compreensão do direito civil em conformidade com a legalidade constitucional.

Investigar a violência patrimonial no âmbito das relações familiares e domésticas, a partir de uma perspectiva de



gênero, demonstra-se fundamental para entender o instituto e analisar as suas consequências sociais, uma vez que os estudos são, ainda, pouco aprofundados sobre o tema, que é de grande relevância. Para tanto, a pesquisa será dividida em três partes. Na primeira parte será abordado o direito humano fundamental à igualdade, em especial em relação à igualdade de gênero e à influência do patriarcado e suas relações de poder, com destaque à meta 5.2 da Agenda 2030<sup>2</sup>, que visa eliminar todas as formas de violência contra as mulheres.

Na segunda parte será analisada a violência, em especial a violência patrimonial, enquanto uma forma de violência ainda pouco compreendida, bem como a influência do poder e do patriarcado nessas questões.

Por fim, na terceira parte será apresentado o direito das filhas e filhos aos alimentos e o impacto da inadimplência como uma forma de violência patrimonial não apenas em relação a eles, mas também em relação às mulheres/mães, que, em geral, detêm a guarda após o fim de eventuais relacionamentos e suportam maiores responsabilidades com cuidados, subsídios psicológicos e materiais em relação aos homens, em evidente perpetuação da desigualdade de gênero.

2. - As discussões sobre a igualdade de gênero estão presentes nos âmbitos internacional e nacional há décadas como uma forma de buscar a igualdade material entre os indivíduos

---

<sup>2</sup> Meta 5.2 Agenda 2030: “Eliminar todas as formas de violência contra todas as mulheres e meninas nas esferas públicas e privadas, incluindo o tráfico e exploração sexual e de outros tipos”. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. *Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável*. 2015, p. 154. Disponível: <https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>.

e, assim, garantir o desenvolvimento sustentável.

A igualdade é um direito constitucionalmente reconhecido de forma expressa, inúmeras vezes no texto constitucional, desde o seu preâmbulo, constando como um objetivo da república (artigo 3º, inciso III) e como um direito fundamental (artigo 5º, *caput* e inciso I).

Além disso, a própria Constituição Federal de 1988 busca a igualdade em outros dispositivos, como a proteção à maternidade (artigo 6º, *caput*) e proibição de diferenças de salário por motivo de sexo (artigo 7º, inciso XXX).

Em âmbito infraconstitucional, o Código Civil de 2002, alinhado às disposições da Carta de 1988, iguala homens e mulheres em direitos e obrigações. Com efeito, o *Codex* de 2002 “deve ser interpretado à luz da Constituição, seja em obediência às escolhas político-jurídicas do constituinte, seja em favor da proteção da dignidade da pessoa humana, princípio fundante do ordenamento”<sup>3</sup>.

Desse modo, a positivação de direitos fundamentais e a abertura do sistema jurídico aos valores morais da sociedade estabelecem a necessidade de se interpretar as normas infraconstitucionais a partir da Constituição, de seus valores, princípios jurídicos e da dignidade da pessoa humana, enquanto fundamento da República brasileira.

A análise a partir dessa natureza dialógica, dinâmica e complexa entre o direito civil e o direito constitucional visa apresentar a ideia de igualdade pretendida pelo legislador,

---

<sup>3</sup> G. TEPEDINO, *Normas Constitucionais e Direito Civil* in Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano IV, N. 4 e Ano V, N. 5, 2003-2004, p. 174. Disponível em: <http://www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista04e05/Docente/10.pdf>.

diante da compreensão desses dispositivos constitucionais como ferramentas para reduzir as desigualdades, parte-se da fórmula clássica aristotélica “o igual deve ser tratado igualmente, o desigual, desigualmente”.

Com efeito, a igualdade fática somente será alcançada a partir da desigualdade jurídica, não obstante ser verdadeiro que, “em razão da diversidade fática entre as pessoas, a igualdade jurídica sempre faz com que algumas desigualdades fáticas sejam mantidas e, frequentemente, acentuadas”<sup>4</sup>.

Portanto, para que haja uma igualdade material, e não meramente formal, é necessário, muitas vezes, que o legislador apresente circunstâncias aparentemente desiguais na lei para buscar esse equilíbrio, minorar as desigualdades e as vulnerabilidades de determinados indivíduos e/ou grupos sociais.

Na sociedade patriarcal, onde invariavelmente atribui-se mais valor aos papéis desempenhados pelos homens e, ao mesmo tempo, confere-se à mulher o trabalho doméstico e o de cuidado, não se pode fechar os olhos para a desigualdade decorrente dessa relação, que nada mais é que uma relação de poder.

Tanto é assim que quando se pensa em gênero, pensa-se também em relações sociais de poder. “A categoria gênero é uma ferramenta de arguição da realidade social que pergunta pela qualidade e a quantidade de poder estabelecido nas relações entre o feminino e o masculino numa determinada sociedade”<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> R. ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, trad. V. A. Silva, 2. ed, São Paulo, Malheiros Editores, 2015, p. 417.

<sup>5</sup> A.G.M. NUNES, M.A. MACIEL, T.A. BEURON, L.V. ÁVILA, *Relação entre igualdade de gênero e o desenvolvimento sustentável (ODS 5): um panorama internacional da evolução das publicações na Web os Science*, in, *Revista Gênero*

Está implícita na sociedade a força e o poder patriarcal, a dominação dos homens sobre as mulheres. “Desde a Antiguidade até os dias de hoje os homens vêm buscando mais poder e tentando afastar as mulheres de exercê-lo de maneira mais eficaz, por entender que isso colocaria em risco sua hegemonia, soberania e harmonia social”<sup>6</sup>.

Embora o poder não seja propriedade de um grupo específico, comumente é exercido de forma mais significativa por aqueles que dispõem da “força política, econômica e ideológica e, historicamente, tem sido apropriado, em boa medida, pelo gênero masculino e heteronormativo”<sup>7</sup>.

Nesse contexto, para que essa relação assimétrica de poder seja neutralizada e os direitos humanos sejam efetivados em consonância com o desenvolvimento sustentável, “se faz necessário combater a desigualdade de gênero a fim de que sejam respeitados e garantidos os direitos fundamentais da mulher em torno da igualdade econômica, política, social e cultural”<sup>8</sup>.

Ao longo da história, importantes conferências mundiais sobre direitos humanos apresentaram relevantes discus-

online, Niterói, v. 22, n. 1, p. 5, 2021. Disponível: <https://periodicos.uff.br/revistagenero/article/view/50026>.

<sup>6</sup> J.B. SILVA, L.M. BERTONI, *Poder e relações políticas na universidade: memória e representações sociais de reitoras*, in *Revista Direitos Humanos e Democracia online*, Unijuí, n. 21, 2023, p. 4. Disponível: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia/article/view/12101>.

<sup>7</sup> J.B. SILVA, L.M. BERTONI, *Poder e relações políticas na universidade*, cit., p. 17.

<sup>8</sup> E. TREVISAM, W.O.S.A. COSTA, *Desenvolvimento sustentável e igualdade de gênero: uma via sem diferenciações*, in: R.V. Hohendorff [coord.], *Direito e sustentabilidade III online*, Florianópolis, CONPEDI, 2018, p. 158. Disponível: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/34q12098/4231mlz8/F04S-1A9VSyOHo6fR.pdf>.

sões, contribuições e metas para alcançar a igualdade entre homens e mulheres. Merecem destaque a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DIDH), de 1948; a Convenção Para Eliminar Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (CEDAW), de 1979; a Convenção para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra as Mulheres (Convenção de Belém do Pará) de 1994; e a IV Conferência Mundial sobre a Mulher, também chamada de Conferência de Pequim, de 1995, entre outras<sup>9</sup>.

A Declaração de Pequim<sup>10</sup> já apontava em seu capítulo I, artigo 1, que “a igualdade entre mulheres e homens é uma questão de direitos humanos e constitui uma condição para o êxito da justiça social, [...] para a igualdade, o desenvolvimento e a paz» e que o desenvolvimento sustentável impescinde de “uma relação transformada entre homens e mulheres, baseada na igualdade”<sup>11</sup>.

Assim, a igualdade de gênero busca minimizar as desigualdades decorrentes das assimétricas relações de poder entre os homens e mulheres, e suas nuances, decorrentes da cultura patriarcal presente na sociedade brasileira.

Uma sociedade que permite a exclusão social e a manutenção das vulnerabilidades de seus membros não pode ser reconhecida como democrática. Diante dessa perspectiva e aliada às lutas sociais e às conferências internacionais, muito já foi conquistado pelas mulheres para garantir a igualdade de gênero e, dessa forma, o desenvolvimento sustentável.

---

<sup>9</sup> A. G. M. NUNES, M. A. MACIEL, T. A. BEURON, L. V. ÁVILA, *Relação entre igualdade*, cit., p. 7 s.

<sup>10</sup> ONU, *Agenda 2030*, cit., s. p.

<sup>11</sup> ONU, *Agenda 2030*, cit., s. p.

A seu turno, direitos humanos e desenvolvimento sustentável estão intimamente relacionados, já que “os três pilares do desenvolvimento sustentável – econômico, social e ambiental – são uma expressão clara das três dimensões dos direitos humanos cujos valores preponderantes consistem na liberdade, igualdade e solidariedade”<sup>12</sup>. Logo, a Agenda 2030 e seus objetivos podem ser compreendidos “não apenas como uma agenda voltada para o desenvolvimento, mas também como um programa político para a efetivação dos direitos humanos”<sup>13</sup>.

Como afirmado, o desenvolvimento sustentável é fundado em três pilares: ambiental, econômico e social, também conhecido como tripé da sustentabilidade (*triple bottomline*). Dessa forma, o desenvolvimento sustentável visa uma abordagem holística, intergeracional e permanece em constante evolução, uma vez que sofre influências culturais, históricas e socioeconômicas<sup>14</sup>.

Em razão dessas influências, o conceito de desenvolvimento sustentável se fundamenta em postulados patriarcais de dominação e manutenção da hegemonia, tornando necessário atingir, de fato, a proteção dos direitos femininos para alcançar uma justiça verdadeiramente igualitária<sup>15</sup>.

---

<sup>12</sup> L.G.B. CAMPELLO, R. D. LIMA, *Relação entre o tripé do desenvolvimento sustentável e as dimensões dos direitos humanos na Agenda 2030*, in: *Revista Argumentum on line*, Marília, v. 22, n. 3, set./dez. 2021, p. 1042,. Disponível: <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/1656>.

<sup>13</sup> L.G.B. CAMPELLO, R.D. LIMA, *Relação entre o tripé do desenvolvimento*, cit., p. 1042.

<sup>14</sup> L.G.B. CAMPELLO, R.D. LIMA, *Relação entre o tripé do desenvolvimento*, cit., p. 1034.

<sup>15</sup> E. TREVISAM, L. EBERHARDT, *Meta 5.5 da Agenda 2030: o papel da mulher no desenvolvimento sustentável para o alcance da igualdade de gênero no âmbito político nacional*, In: *Relações Internacionais no Mundo Atual online*, v. 1, p. 10,

Nesse sentido, os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável apresentados pela Agenda 2030 surgiram a partir de compromissos assumidos pelos Estados-membro da Organização das Nações Unidas (ONU), visando a garantia de um mundo melhor, mais sustentável e a realização dos direitos humanos.

A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, de 2015, estabeleceu um programa de ação global, por meio de 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), com 169 metas a serem alcançadas e 231 indicadores, que visam a inclusão, justiça e eficácia das instituições<sup>16</sup>.

“Com a breve leitura do Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 5, fica evidente que a afirmação do empoderamento das mulheres e meninas se torna central para a evolução ativa de medidas que possibilitem o alcance das metas da Agenda 2030”<sup>17</sup>.

Em outras palavras, torna-se necessária a efetivação dos direitos fundamentais da mulher, a igualdade material entre homens e mulheres, de forma a garantir a plena participação política, econômica, social, cultural, educacional e tecnológica das mulheres dentro do Estado Democrático de Direito.

Assim, o Objetivo 5 estabeleceu metas voltadas para –

---

2022. Disponível: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RIMA/article/view/5681>.

<sup>16</sup> A. LAMPERT, V.O. SILVEIRA, *Incorporação da Agenda 2030 ao Poder Judiciário Brasileiro: nova meta para 2020*, in *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD) online*, [S. l.], v. 13, n. 3, p. 468, 2021. Disponível: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8635841>.

<sup>17</sup> E. TREVISAM, W.O.S.A. COSTA, *Desenvolvimento sustentável e igualdade de gênero*, cit., p. 163.

reforçar – a igualdade de gênero já reconhecida e buscar o empoderamento feminino. Nesse contexto, constata-se que a meta 5.2 da Agenda 2030 estabelece a proteção às mulheres e meninas de forma a eliminar todas as formas de violência<sup>18</sup>.

Além disso, a Agenda 2030 possui relevância para o Poder Judiciário, não só por ser, como afirmado, intrinsecamente relacionada com a efetivação dos direitos humanos e fundamentais e com a promoção do desenvolvimento, como também por ter ligação direta com a Carta das Nações Unidas de 1945, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos e com Constituição Federal de 1998<sup>19</sup>.

Dessa forma, o Poder Judiciário, por intermédio do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), tem trabalhado em ações para institucionalizar os ODS e, por conseguinte, os direitos fundamentais. Com efeito, “ainda que o documento que cria a Agenda 2030 tenha natureza jurídica de *soft law*, o Poder Judiciário reforçou sua aplicabilidade e implantação”<sup>20</sup>.

Nesse contexto, merece destaque o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero, elaborado em 2021, pelo CNJ, que visa, justamente, a promoção da igualdade por meio de uma resolução de orientação à magistratura brasileira no julgamento dos casos submetidos à análise pelo Poder Judiciário.

No Protocolo, instituído em 14 de março de 2023, por meio de aprovação unânime durante a 3ª Sessão Ordinária<sup>21</sup>,

---

<sup>18</sup> ONU. *Agenda 2030*, cit., s. p.

<sup>19</sup> A. LAMPERT, V.O. SILVEIRA, *Incorporação da Agenda 2030*, cit., p. 476.

<sup>20</sup> A. LAMPERT, V.O. SILVEIRA, *Incorporação da Agenda 2030*, cit., p. 479.

<sup>21</sup> AGÊNCIA CNJ DE NOTÍCIAS, *Diretrizes do Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero do CNJ passam a ser obrigatórias no Judiciário*, online, 15 mar. 2023, s. p. Disponível: <https://www.cnj.jus.br/diretrizes-do-protocolo>



ao orientar uma atuação com perspectiva de gênero, o CNJ “avança na direção de reconhecer que a influência do patriarcado, do machismo, do sexismo, do racismo e da homofobia são transversais a todas as áreas do direito e reproduzem efeitos na sua interpretação e aplicação”<sup>22</sup>.

As providências junto ao Poder Judiciário para tentar garantir a igualdade de gênero demonstram a relevância do assunto e a sua atenção, dentre outros, ao ODS 5 e suas metas.

É a busca por um novo paradigma social e de atuação dentro do sistema de Justiça, que não se fundamente em ideias patriarcais ou de hierarquia entre os sexos, mas que sejam apresentadas novas interpretações, livres ou com o mínimo viés hierarquizado e binário possível.

A visão interdisciplinar, integrada e conectada entre todos os ramos do direito apresenta inúmeros caminhos a serem seguidos em busca da efetiva igualdade material entre os gêneros.

Assim, os direitos relativos à igualdade de gênero ultrapassam a dimensão individual e alcançam a dimensão transindividual, já que abrangem sujeitos determinados, determináveis ou não. “Tanto dizem respeito aos indivíduos isoladamente considerados quanto a um grupo social, a uma coletividade”<sup>23</sup>.

---

lo-para-julgamento-com-perspectiva-de-genero-do-cnj-passam-a-ser-obrigatorias-no-judiciario/.

<sup>22</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ), *Protocolo para julgamento*, cit., p. 8.

<sup>23</sup> A. P. GUIMARÃES, L. FARIA, *O direito fundamental à igualdade de gênero em juízo*, in: P. G. G. BRANCO, M. J. SILVA NETO, H. M. C. MOTA, C. R. MONTENEGRO, C. V. A. RIBEIRO, *Direitos fundamentais em processo: estudos em comemoração aos 20 anos da Escola Superior do Ministério Público da União online*, Brasília, ESMPU, 2020, p. 36.

Em nossa sociedade, em razão da cultura patriarcal, “o homem assumia o papel de provedor da família, assim como os papéis políticos na comunidade; enquanto a mulher era responsável pelo cuidado da família, da casa e da educação dos filhos”<sup>24</sup>. Com o passar dos anos, a mulher foi ganhando espaço em sociedade, o que gerou uma série de normas nacionais e internacionais que buscavam a igualdade e a proteção de seus direitos. Não obstante, as mulheres ainda enfrenam inúmeras violências e discriminação em todos os espaços, públicos ou privados<sup>25</sup>.

Dessa forma, uma questão ainda amplamente debatida, que se reflete no âmbito individual, mas também na coletividade, uma vez que não apenas, mas primordialmente, as mulheres e meninas são vítimas, é a violência.

A violência decorre da ideia ainda hierarquizada entre os gêneros e da cultura patriarcal que permeia a sociedade, que faz com que os indivíduos acreditem em padrões de “normalidade” fundamentados nessa dominação entre os sexos. A partir dessas perspectivas, será melhor analisada a violência contra a mulher.

3. - A violência é um fenômeno plural, de incidência global e tem “natureza complexa e multifacetada, com raízes biológicas, psicológicas, sociais e ambientais”<sup>26</sup> e representa um problema de graves proporções e que dificulta a ideia de

---

<sup>24</sup> L. G. DIAS, C. Y. M. YOSHIDA, *A construção da cidadania*, cit., p. 7.

<sup>25</sup> L. G. DIAS, C. Y. M. YOSHIDA, *A construção da cidadania*, cit., p. 7.

<sup>26</sup> R.C.B.R. PEREIRA, M.D.S. LORETO, K.M.D. TEIXEIRA, J.M.M. SOUSA, *O fenômeno da violência patrimonial contra a mulher: percepções das vítimas*, in: *Revista Brasileira de Economia Doméstica online*, Viçosa, 2013, v. 24, n.1, p. 208. Disponível: <https://www.locus.ufv.br/handle/123456789/13801>.

democratização da família.

Assim como a ideia de violência, o poder também está intimamente ligado à sociedade, tem uma natureza relacional. O poder decorre de um conjunto de estratégias e práticas construídas historicamente, de forma assimétrica, heterogênea e que funcionam como um motor social<sup>27</sup>.

Apesar da proximidade entre as ideias de poder e violência, há que se destacar que o primeiro se traduz na dominação, que pode ser exercida sem o uso do segundo. Contudo, o segundo necessita do efetivo exercício da relação de dominação, antagonismo e hierarquia<sup>28</sup>.

Nesse sentido, “para Hannah Arendt, o fenômeno básico do poder não é como para Max Weber, a chance de impor, no âmbito de uma relação social, a sua própria vontade contra vontades opostas, e sim, o potencial de uma vontade comum formada numa comunicação não coagida”<sup>29</sup>.

Portanto, poder é fazer com que o outro obedeça sem empregar violência. Nesse sentido, “a violência priva sua vítima de toda e qualquer possibilidade de ação; reduz seu espaço de ação a zero, aniquila-o. Também nisso se distingue o poder, que deixa espaço para a ação”<sup>30</sup>.

De se ressaltar, ainda, que a situação que gera a violência, muitas vezes, está no próprio sistema, isto é, na estrutura na qual está inserida. Logo, as formas expressas de violência se

---

<sup>27</sup> M. FOUCAULT, *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*, trad. R. RAMALHETE, 42. ed., Petrópolis, Vozes, 2014, p. 30.

<sup>28</sup> B.C. HAN, *Topologia da violência*, trad. E.P. Gianchini, Petrópolis, Vozes, 2017, p. 163.

<sup>29</sup> J. HABERMAS, *Direito e democracia: entre a facticidade e validade*, v. 1, trad. F.B. Siebeneichler, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1997, p. 187.

<sup>30</sup> J. HABERMAS, *Direito e democracia*, cit., p. 139 ss.

relacionam a estruturas implícitas, as quais, por sua vez, determinam e mantêm uma ordem de domínio, e que, como tais, isentam-se de visibilidade. Como as vítimas de violência não possuem consciência do contexto de domínio, justamente por sua invisibilidade, resta garantida a sua eficiência<sup>31</sup>.

Essa situação é chamada de “violência estrutural”, que decorre do próprio sistema social e das relações desiguais de poder. “Seu sujeito sustentador não é uma personalidade que detém o poder nem uma classe dominante, mas o próprio sistema”<sup>32</sup>.

Assim, não existe um sujeito de ação responsável pela exploração e violência, que se reflete na formação dos indivíduos, nas crenças, hábitos, costumes, expectativas e na própria cultura<sup>33</sup>.

Além disso, não existe uma forma de violência, mas múltiplas, que podem ser observadas, a partir de diferentes perspectivas e graus de visibilidade.

Assim, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW)<sup>34</sup>, de 1979, define, em seu artigo 1º, a discriminação contra a mulher como qualquer ato de “distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mu-

---

<sup>31</sup> J. HABERMAS, *Direito e democracia*, cit., p. 159 s.

<sup>32</sup> J. HABERMAS, *Direito e democracia*, cit., p. 169.

<sup>33</sup> R.C.B.R. PEREIRA, M.D.S. LORETO, K.M.D. TEIXEIRA, J.M.M. SOUSA. *O fenômeno da violência*, cit., p. 211.

<sup>34</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU), *Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (CEDAW)*, 1979. Disponível: [https://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/convencao\\_cedaw1.pdf](https://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/convencao_cedaw1.pdf).

lher” de seus direitos humanos e liberdades fundamentais.

Todavia, é a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra as Mulheres (Convenção de Belém do Pará) o primeiro documento internacional de proteção aos direitos humanos das mulheres a conceituar a violência contra a mulher e a reconhecer enfaticamente essa espécie de violência como um fenômeno generalizado, sem distinção de raça, classe, religião, idade ou qualquer outra condição<sup>35</sup>.

Pela Convenção de Belém do Pará, entende-se por violência contra as mulheres “qualquer ação ou conduta, baseada no gênero, que cause morte, dano físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto no âmbito público como no privado”<sup>36</sup>.

Nesse contexto, é a Convenção de Belém do Pará que garante em seu artigo 5º, que toda mulher poderá exercer livre e plenamente seus direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais. Estabelece, ainda, que os Estados Partes reconhecem que a violência contra a mulher impede e anula o exercício desses direitos<sup>37</sup>.

A seu turno, a violência doméstica e familiar contra a mulher, praticada em razão do gênero, é contemplada no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei n.º 11.340/2006, a

---

<sup>35</sup> A.R. MELLO, *Feminicídio: uma análise sociojurídica da violência contra a mulher no Brasil*, 3. ed., Rio de Janeiro, GZ, 2020.

<sup>36</sup> ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA), *Convenção de Belém do Pará*, Pará, 1994. Disponível em: <https://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/convencaobelem1994.pdf>.

<sup>37</sup> ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA), *Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher*, *Convenção de Belém do Pará online*, 1994. Disponível: <https://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/convencaobelem1994.pdf>.

qual cria mecanismos para coibir e prevenir esse tipo de violência, “nos termos do §8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais”<sup>38</sup> ratificados pelo Brasil.

A violência doméstica pode ser caracterizada como “qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial”<sup>39</sup> “praticado não só pelo parceiro íntimo, mas também por outros membros, como filhos e netos, contra membros vulneráveis do sistema familiar, como mulheres, crianças e/ou idosos”<sup>40</sup>.

Em rol não exaustivo, a Lei n.º 11.340/2006, também conhecida como Lei Maria da Penha (LMP), elenca vários tipos de violência que podem ser praticados contra a mulher em âmbito doméstico ou familiar, entre elas: violência física, psicológica, sexual, patrimonial e moral.

Em que pese a relevância do estudo de todas as formas de violência praticadas contra a mulher em razão do gênero, nesta pesquisa será abordada em especial a violência patrimonial contra a mulher decorrente, também, do não pagamento dos alimentos aos filhos e filhas comuns, situação esta que, como apresentado, acaba por perpetuar a desigualdade de gê-

---

<sup>38</sup> Lei n.º 11.340, de 7 de agosto de 2006, Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher (Lei Maria da Penha), Brasília, DF, Diário Oficial da União, 2006, s. p. Disponível: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm).

<sup>39</sup> Lei n.º 11.340, de 7 de agosto de 2006, cit., s. p.

<sup>40</sup> R.C.B.R. PEREIRA, M.D.S. LORETO, K.M.D. TEIXEIRA, J.M.M. SOUSA, *O fenômeno da violência*, cit., p. 208.

nero.

A violência patrimonial muitas vezes sequer é percebida, na medida em que muitas mulheres desconhecem que a retenção, a subtração, a destruição (total ou parcial) de seus objetos pessoais configura esse tipo de violência prevista na Lei Maria da Penha. Assim, comumente a violência patrimonial se apresenta em conjunto com outros tipos de violência, como forma de agredir a vítima física ou psicologicamente<sup>41</sup>.

O desconhecimento dessa forma de violência remete à ideia de sua invisibilidade e à “normalização” de tais condutas em razão da construção social patriarcal. É perceptível que essas discussões sobre a violência ainda são recentes, o que torna compreensível o desconhecimento, contudo, inadmissível a falta de informação às mulheres sobre seus direitos.

Internacionalmente, há apenas 29 anos foi conceituada a violência contra a mulher e indicadas suas espécies, pela Convenção de Belém do Pará. No âmbito nacional brasileiro, apenas há pouco mais de 15 anos foi editada a lei que trata dessa forma de violência e suas modalidades, sem o fazer de forma taxativa.

Deveras, o artigo 7º da Lei n.º 11.340/2006, ao enunciar elementos conceituais e descritivos sobre os tipos de violência, tem por escopo facilitar, de forma didática, a aplicação do Direito. Ao indicar com precisão a expressão “entre outras”, o *caput* do artigo 7º demonstra claramente a intenção de não exaurir as hipóteses ou, ainda, prever todas as possíveis situações, já que o Direito não pode pretender ser tão amplo

---

<sup>41</sup> R.C.B.R. PEREIRA, M.D.S. LORETO, K.M.D. TEIXEIRA, J.M.M. SOUSA, *O fenômeno da violência*, cit., p. 210.

quanto a vida<sup>42</sup>.

A Lei Maria da Penha traz em seu artigo 7º, inciso IV, a definição de violência patrimonial como: “[...] qualquer ato que implique retenção, subtração, destruição parcial ou total de bens, valores, documentos, direitos e recursos econômicos sobre os quais a vítima possuía titularidade”<sup>43</sup>.

Este artigo encontra correspondência com o disposto no artigo 5º da Convenção de Belém do Pará, antes citado, o qual menciona expressamente o livre exercício, por todas as mulheres, de seus direitos econômicos.

“O artigo 7º da Lei Maria da Penha apresenta grande relevância e, em conjunto com os que lhe precedem, particularmente os artigos 5º e 6º, tal artigo constitui o núcleo conceitual e estruturante da Lei, porque justifica sua existência e finalidades, delimitando o escopo de sua aplicação”<sup>44</sup>.

A intenção do legislador na criação da referida lei é coibir qualquer tipo de violência contra a mulher, sendo que, na violência patrimonial, o agressor se recusa a entregar bens, valores, documentos e pertences da vítima ou indispensáveis às suas necessidades vitais, como um meio de obrigá-la a permanecer num relacionamento, perpetuando a situação de violência (patrimonial, psicológica e moral) e a vulnerabilidade da mulher, ou tão somente para prejudicá-la, como uma forma

---

<sup>42</sup> V. FEIX, *Das formas de violência contra a mulher – art. 7º*, in C. H. CAMPOS (Org.). *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Jurisonline, 2011, p. 203. Disponível: [https://assets-compromissoeatitude-ipg.sfo2.digitaloceanspaces.com/2014/02/2\\_artigo-7.pdf](https://assets-compromissoeatitude-ipg.sfo2.digitaloceanspaces.com/2014/02/2_artigo-7.pdf).

<sup>43</sup> Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, cit., s. p.

<sup>44</sup> V. FEIX, *Das formas de violência*, cit., p. 201.



de vingança<sup>45</sup>.

A violência patrimonial é uma inovação da Lei Maria da Penha que tipifica com clareza condutas que necessariamente configuram violação dos direitos econômicos das mulheres, justificando a iniciativa do Estado brasileiro de combater atos que impeçam ou anulem o exercício desses direitos, conforme determina o disposto no artigo 5º da Convenção de Belém do Pará<sup>46</sup>.

O abandono material decorrente do não pagamento de pensão alimentícia aos filhos comuns e/ou do prejuízo financeiro infligido como castigo pela iniciativa na separação devem ser considerados formas de retenção ou subtração de recursos financeiros necessários para satisfação de suas necessidades, caracterizando a violência patrimonial<sup>47</sup>.

Além disso, como afirmado, a violência patrimonial raramente se apresenta dissociada das demais, tendo em vista que é utilizada como mais uma forma de agredir a vítima. Muitas mulheres se submetem a situações de violência por desconhecimento das leis ou até mesmo dos órgãos que a deveriam proteger. Outras, ainda, optam por denunciar o agressor e, assim, arcam sozinhas com as consequências, pois passam a criar os filhos e a prover o sustento da família sem nenhum auxílio, conviver com ameaças por anos e, ainda, suportar preconceitos e discriminações sociais, por não raro serem rotuladas como culpadas pela agressão<sup>48</sup>.

---

<sup>45</sup> R.C.B.R. PEREIRA, M.D.S. LORETO, K.M.D. TEIXEIRA, J.M.M. SOUSA. *O fenômeno da violência*, cit., p. 212.

<sup>46</sup> V. FEIX, *Das formas de violência*, cit., p. 207.

<sup>47</sup> V. FEIX, *Das formas de violência*, cit., p. 208.

<sup>48</sup> R.C.B.R. PEREIRA, M.D.S. LORETO, K.M.D. TEIXEIRA, J.M.M. SOUSA. *O fenômeno da violência*, cit., p. 209.

Embora a retenção, a subtração, a destruição de objetos pertencentes à mulher caracterizem mais facilmente a violência patrimonial, defende-se que o descumprimento das obrigações alimentares em relação aos filhos comuns também deve ser caracterizado como esse tipo de violência.

É importante destacar que a violência patrimonial enfraquece a mulher e a coloca em situação de vulnerabilidade, pois atinge diretamente sua segurança e dignidade, pela redução ou impedimento da capacidade de tomar decisões independentes e livres, podendo ainda ensejar outras formas de dependência como a psicológica<sup>49</sup>.

A partir disso, constata-se que uma das consequências da violência é justamente a dificuldade ou a incerteza acerca do sustento da prole comum. O não pagamento de alimentos aos filhos e filhas, além de se caracterizar como uma continuidade da violência psicológica contra a mulher, caracteriza-se também como violência patrimonial.

Portanto, a manutenção da situação de vulnerabilidade das mulheres, por vezes, ultrapassa o alcance do Estado, já que as espécies de violência se apresentam de forma interligada e os mecanismos de proteção da mulher e dos filhos comuns do casal, embora relevantes, não são suficientes a evitar a violência patrimonial ou outras formas de violência em sua integridade.

É nesse sentido que se tornam importantes políticas públicas pensadas por e para as mulheres, em especial para as mães solo, chefes de família, como uma tentativa de minimizar as vulnerabilidades.

As transformações sociais e as vulnerabilidades das mu-

---

<sup>49</sup> V. FEIX, *Das formas de violência*, cit., p. 208.

lheres em relação aos não pagamento de alimentos aos filhos comuns pelo genitor apresentam-se como desafios aos juristas e devem ser analisadas a partir da perspectiva das normas constitucionais, seus princípios e valores, em especial da igualdade, que é constantemente citada na carta constitucional; bem como pelo princípio da solidariedade na família, que busca garantir um espaço de ajuda mútua e suporte em todos os âmbitos da vida dos indivíduos.

É graças ao princípio da igualdade material que a ordem jurídica se preocupa em investigar as singularidades humanas para minimizar essas vulnerabilidades<sup>50</sup>.

A parentalidade solitária ainda é uma questão que merece ser discutida, pois a responsabilidade parental ainda é, na maioria dos casos, no Brasil, suportada unicamente pela mãe<sup>51</sup>.

Ademais, é preciso destacar que o empoderamento econômico das mulheres é um fenômeno recente, e que a retirada dos obstáculos legais, burocráticos e culturais para a livre disposição de seus bens, inclusive rendimentos, ainda está sendo conquistada. Disso decorre que, em muitas situações, os homens permanecem na condição de chefia da família, administrando os bens e monopolizando o poder econômico da comunidade familiar, o que pode ser considerado moeda de troca ou vantagem na imposição de sua vontade e manutenção de relação desigual de poder<sup>52</sup>.

Em outros termos, a sociedade continua sendo educada

<sup>50</sup> G. TEPEDINO, *Normas constitucionais e direito civil*, cit., p. 171.

<sup>51</sup> M.C.B. DE MORAES, *A família democrática*, in M.C.B. DE MORAES, *Na medida da pessoa humana*, Rio de Janeiro, Renovar, 2009, p. 17.

<sup>52</sup> V. FEIX, *Das formas de violência*, cit., p. 208.

para entender o homem como provedor necessário da família, o que justifica e mantém os homens na condição de chefes de família, administrando e controlando os recursos financeiros da comunidade familiar. Tal circunstância pode ser considerada uma forma de domínio e mesmo de chantagem para imposição da vontade masculina e manutenção da relação desigual de poder entre os gêneros<sup>53</sup>.

Portanto, apesar de a violência patrimonial, com frequência, vir acompanhada de outras formas de violência, em especial a violência psicológica e moral, a primeira também merece destaque para a garantia da quebra de paradigma necessária à igualdade de gênero e, por consequência, ao desenvolvimento sustentável.

Conforme apresentado, os Objetivos da Agenda 2030, em especial o ODS 5, buscam garantir a igualdade de gênero e, “visando sua melhor implementação e capacidade de aferição de resultados, [...] foram adaptados ao contexto brasileiro, conforme documento do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA”<sup>54</sup>.

Apesar dessa adequação à sociedade brasileira, garantindo atenção às interseccionalidades, como, raça, etnia, idade, deficiência, orientação sexual, identidade de gênero, entre outras, bem como atenção especial ao feminicídio, a invisibilidade da violência patrimonial ainda é evidenciada.

A meta 5.2 da Agenda 2030 busca eliminar todas as for-

---

<sup>53</sup> A. BIANCHINI, *Lei Maria da Penha*, São Paulo, Saraiva, 2014, p. 55.

<sup>54</sup> J.P.R. NASCIMENTO, Y.S. FÉLIX, *A violência de gênero contra travestis e mulheres transexuais no Brasil: um obstáculo para a consecução da meta 5.2 dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável*, in *Revista Direito UFMS online*, Campo Grande, v. 6, n. 1, p. 51, jan./jun. 2020. Disponível: <https://periodicos.ufms.br/index.php/revdir/article/view/10913/7983>.

mas de violência contra a mulher; contudo, consultando-se os indicadores da meta no Brasil, verifica-se que sequer há menção à violência patrimonial, pois tratam apenas da violência física, sexual ou psicológica.

Não é por outro motivo que “As violências de gênero são (des)construídas culturalmente”<sup>55</sup>, contudo, para além da sociedade, torna-se necessária a atenção especial do Estado para alcançar o fim das violências de gênero e, dessa forma, se aproximar do desenvolvimento sustentável.

4. - Atualmente, as relações familiares encontram-se baseadas na responsabilidade e na solidariedade familiar. O exercício da responsabilidade parental é concebido como um poder-dever que existe em razão do interesse exclusivo dos filhos, com o objetivo de atender suas necessidades e o desenvolvimento de sua autonomia. A família constitucionalizada ou democrática, na expressão de Giddens, concebe o respeito por si e pelos outros como um valor central, isto é, como fundamento da dignidade de cada um de seus membros<sup>56</sup>.

No Brasil, o dever de garantir o sustento, assistência, educação e amparo dos filhos, além de ser salvaguardado pela Lei n.º 5.478/1968, popularmente conhecida como Lei de Alimentos; bem como por inúmeros dispositivos do Código Civil brasileiro (Lei n.º 10.406/2002), como o artigo 1.566, inciso IV, artigo 1.634, inciso I, artigo 1.694 e artigo 1.703, é, ainda, apresentado como direito fundamental pela própria

<sup>55</sup> L.G. DIAS, C.Y.M. YOSHIDA, *A construção da cidadania*, cit., p. 11.

<sup>56</sup> M.C. DE CICCIO, *Covid-19, Violência de Gênero e Relações Familiares*, in M.C. SILVA, C.T.P. LAFAETA, S.T.L.P. MELO, V.E.C. OLIVEIRA, (Org.), *Impactos do Coronavírus no Direito: diálogos, perspectivas e perspectivas contemporâneas*, Belo Horizonte, Editora Newton, 2022, p. 27.

Constituição Federal de 1988, em seu artigo 6º e, mais especificamente, em seu artigo 229, que assegura a assistência, educação e amparo dos filhos.

Além disso, o artigo 227, *caput* e § 4º, da Constituição Federal prevê ser dever da família, da sociedade e do Estado, entre outros, assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com prioridade absoluta, o direito à vida, à saúde e alimentação<sup>57</sup>.

Portanto, o direito aos alimentos deve ser respeitado também em relações entre particulares, ante a aplicação da tese da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Entretanto, “[...] os alimentos não estão limitados somente a ideia de sustento físico do indivíduo, mas sim, ao dever de cuidado de uns para com os outros, de forma a possibilitar que o indivíduo tenha uma vida saudável, com educação, e com dignidade”<sup>58</sup>.

Com efeito, as normas do direito civil devem ser interpretadas como reflexo das normas constitucionais. A regulamentação da atividade privada deve ser, em todos os seus momentos, expressão da inegável opção constitucional de privilegiar a dignidade humana. O direito civil, ao invés de regulamentar a atividade econômica individual, entre homens livres e iguais, regulamenta a vida social, na família ou onde quer que a personalidade humana melhor se desenvolva e sua

---

<sup>57</sup> Constituição Federal (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, Brasília, Senado, 1988, Disponível: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm).

<sup>58</sup> W. C. SANTOS, *O direito de receber e o dever de pagar alimentos no direito de família*, in *Artigos IDBFAM online*. 08 abr. 2021. Disponível: <https://idbfam.org.br/artigos/1674/O+direito+de+receber+e+o+dever+de+pagar+alimentos+no+direito+de+fam%C3%ADlia>.

dignidade seja mais amplamente tutelada<sup>59</sup>.

Ademais, é importante mencionar que a dignidade – somente – não é suficiente, pois, como valor, deve ser associada à liberdade, igualdade e solidariedade. A interpretação do instituto deve ser completa e integrada, de forma a garantir o desenvolvimento do indivíduo e, por conseguinte, da própria sociedade. Nesse sentido, como valor ético universal, a dignidade deve ser vista como um instrumento de promoção da pessoa e não como uma arma de discriminação e arbitrariedade<sup>60</sup>.

Logo, a garantia de sustento à prole comum ultrapassa a simples ideia de seus genitores terem a obrigação de lhes garantir valores mensais a título de sustento material, uma vez que, para restar consagrada a dignidade, torna-se necessário o respeito, a vida saudável e a participação social, com condições existenciais mínimas. Isto significa que os filhos não podem ser submetidos a qualquer tipo de violência ou violação de seus direitos.

Deveras, superou-se a visão institucional da família, com maior valorização dos direitos fundamentais do ser humano, ampliando-se a proteção da esfera individual, em prejuízo das “razões de família”. Busca-se, assim, o atendimento às exigências pessoais, que possam proporcionar a cada um dos membros da família, entendida como uma formação social aberta e

---

<sup>59</sup> M.C.B. MORAES, *A Caminho de um Direito Civil Constitucional*, in *Revista Estado, Direito e Sociedade*, v. I, 1991. Disponível: <http://www.olibat.com.br/documentos/Direito%20Civil%20Constitucional%20Maria%20Celi-na.pdf>.

<sup>60</sup> M.C. DE CICCIO, *Covid-19, Violência de Gênero e Relações Familiares*, cit., s. p.

democrática, o pleno e livre exercício de sua personalidade<sup>61</sup>.

Em virtude de o Estado assegurar, por intermédio das legislações específicas, o direito aos alimentos, segundo dados do mais recente relatório do CNJ, Justiça em números, de 2022, dentre os processos mais ingressados no ano de 2021, segmentado por classe e assunto: “na justiça comum, entram nos cinco maiores assuntos discussões sobre o direito de família em matéria de alimentos e de relações de parentesco”<sup>62</sup>, sendo 1.527.103 de demandas referentes a alimentos ajuizadas<sup>63</sup>.

Com efeito, “embora nosso direito de família esteja entre os mais avançados do mundo, a família brasileira não vai bem”<sup>64</sup>. Em aproximadamente 30% dos registros civis não há menção ao genitor, “percentual este altíssimo, atribuído principalmente ao ‘sexismo’ em vigor no país, o qual permite que os homens se eximam da responsabilidade de registrar e sustentar seus filhos”<sup>65</sup>.

Não por outro motivo os expressivos dados do CNJ evidenciam que, por dia, 4.183 novas demandas referentes a alimentos são ajuizadas no Brasil.

Além disso, entre os anos de 2012 e 2022 houve um aumento “de 1,7 milhão de mães solo [...]. Em termos relativos, no 4º trim. de 2022, dos 75,3 milhões de domicílios existentes

---

<sup>61</sup> M.C.B. MORAES, *A família Democrática*. p. 10.

<sup>62</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ), *Justiça em números 2022*, online, Brasília, CNJ, 2022, p. 276. Disponível: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>.

<sup>63</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ), *Justiça em números 2022*, cit., p. 279.

<sup>64</sup> M.C.B. MORAES, *A família Democrática*, cit., p.17.

<sup>65</sup> M.C.B. MORAES, *A família Democrática*, cit., p.17.



no Brasil, 14,9% (11,3 milhões) tinha como pessoa de referência mães solo”<sup>66</sup>.

“Mãe solo” é a “mãe que assume de forma exclusiva todas as responsabilidades pela criação do filho, tanto financeiras quanto afetivas, em uma família monoparental”<sup>67</sup>, é uma forma de parentalidade, e não de estado civil. A mulher é a chefe da família e única provedora.

Outrossim, “a maior parte das mães solo (72,4%) vivem em domicílios monoparentais, sendo compostos apenas por elas e seu(s) filho(s)”<sup>68</sup>. Isto demonstra que as mulheres, em sua maioria, são as responsáveis pela criação e cuidado com os filhos, com pouco ou nenhum auxílio material dos homens.

E mais, entre as mães solo, “29,4% estão fora da força, 7,2% estão desempregadas [...]. Quando analisamos mães solo com filhos pequenos (até cinco anos), as chances de elas estarem fora da força aumenta para 32,4% e de estar desempregada sobe para 10%”<sup>69</sup>.

Se o recorte é feito entre as mães negras, em comparação com o grupo de mães solo brancas/amarelas, os números pioram significativamente: “de todas as mães solo negras com filhos pequenos, 34,6% estão fora da força de trabalho e 11,6% estão desempregadas”<sup>70</sup>.

---

<sup>66</sup> J.R. FEIJÓ, *Mães solo no mercado de trabalho*. Fundação Getúlio Vargas online, Blog do IBRE. 12 mai. 2023, s. p. Disponível: <https://blogdoibre.fgv.br/posts/maes-solo-no-mercado-de-trabalho>.

<sup>67</sup> ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS, *Mãe solo*, *Nossa palavra online*, 2022. Disponível: <https://www.academia.org.br/nossa-lingua/nova-palavra/mae-solo>.

<sup>68</sup> J.R. FEIJÓ, *Mães solo no mercado de trabalho*, cit., s. p.

<sup>69</sup> J.R. FEIJÓ, *Mães solo no mercado de trabalho*, cit., s. p.

<sup>70</sup> J.R. FEIJÓ, *Mães solo no mercado de trabalho*, cit., s. p.

A dificuldade das mães solo com filhos pequenos para se reinserirem no mercado de trabalho também é evidenciada pelos dados, o que aumenta a necessidade de auxílio do genitor para garantir, ao menos, o mínimo para a dignidade dos filhos e filhas comuns.

O homem, ao deixar de arcar com os alimentos à prole, coloca a mulher em situação de vulnerabilidade, já que, apesar de ambos terem o dever de prestar alimentos, o encargo terá que ser suportado exclusivamente pela mulher, com ou sem o auxílio material do homem, o que aumenta a situação de vulnerabilidade da mulher, já que gera maior dificuldade ou incerteza sobre o sustento dos filhos, o que pode reduzir ou impedir a capacidade da mulher de decidir de forma livre e independente sobre seus proventos.

É nesse sentido que, conforme apresentado no item anterior, se apresenta a violência patrimonial, também, contra a mulher quando houver a inadimplência de alimentos aos filhos, pois atinge diretamente a sua segurança e sua dignidade enquanto mãe, mas também enquanto mulher.

Foi a necessidade de garantir a dignidade dos filhos, de proporcionar condições mínimas mesmo quando ainda estiverem na condição de nascituro, que motivou a edição da Lei n.º 11.804/2008, a qual estabeleceu o direito a alimentos gravídicos. Esse instituto visa a proteção, além do nascituro, da gestante, que tem direito à percepção de alimentos durante a gestação, seja para eventual alimentação especial ou mesmo para a auxiliar a assistência médica, custeada pelo genitor.

A edição desta lei, que beneficia o nascituro, mas também a gestante, demonstra que é indissociável essa relação de beneficiar o filho ou filha e, ao mesmo tempo, aquele que cuida e zela por eles.

Dessa forma, no que diz respeito “aos alimentos devidos à mulher [...], independente da fixação judicial, quando o cônjuge não cumprir sua obrigação deve ser punido com a especificidade da Lei ‘Maria da Penha’ pela agressão patrimonial”<sup>71</sup>. Além disso, ocorrerá ainda a violência patrimonial “quando a mulher for coagida ou induzida ao erro e, com isso, vir a transferir bens de sua propriedade para o agressor, caracteriza também um meio de violência patrimonial”<sup>72</sup>.

Vale dizer, quando o homem descumpre com a obrigação de pagar alimentos à mulher deve ser punido de acordo com as determinações legais, diante da evidente prática da violência patrimonial.

Nesse contexto, como se pode dissociar o não pagamento dos alimentos devidos à prole comum de consequências similares ao não pagamento de alimentos devidos à mulher? Com efeito, a resposta deve ser a necessária e de especial atenção do Estado também em razão da inadimplência de alimentos devidos aos filhos comuns sob a guarda da genitora, pois o não pagamento regular de alimentos impacta diretamente na vida e condições da mulher, enquanto única responsável pela criação dos filhos.

O trabalho material e afetivo, por si só, já é, majoritariamente, daquele que detém a guarda fática, a qual, em sua maioria, conforme os dados apresentados, cabe à mulher.

Assim, deve-se ter em mente que as implicações dessa inadimplência ultrapassam a questão patrimonial e carac-

---

<sup>71</sup> R.C.B.R. PEREIRA, M.D.S. LORETO, K.M.D. TEIXEIRA, J.M.M. SOUSA. *O fenômeno da violência*, cit., p. 215.

<sup>72</sup> R.C.B.R. PEREIRA, M.D.S. LORETO, K.M.D. TEIXEIRA, J.M.M. SOUSA. *O fenômeno da violência*, cit., p. 215.

terizam violência psicológica contra a mulher, uma vez que perpetuam a insegurança – material e alimentar – da família monoparental materna. Na prática, quando não ocorre o pagamento, o ônus acaba recaindo, por completo, apenas na genitora.

Deveras, a reiterada inadimplência do genitor em relação ao pagamento de alimentos aos filhos impacta diretamente na qualidade de vida da mãe solo que tem o dever de garantir o sustento da prole comum, fatores estes que mantêm a vulnerabilidade da mulher e perpetuam a desigualdade de gênero.

Nesse sentido, o não pagamento dos alimentos à prole justifica “a ampla interpretação do inciso IV, do art. 7º da Lei Maria da Penha, visto caracterizar-se como violência psicológica, uma vez que tem como objetivo ameaçar, constranger, humilhar, manipular etc. posturas que, ainda, privam a família monoparental materna de um desenvolvimento saudável”<sup>73</sup>. Indispensável, assim, a compreensão das questões de gênero nas disputas judiciais, não só para fazer cessar a violência, como também para interromper “um ciclo de instabilidade emocional, abuso e infelicidade que condena a sociedade a uma repetição sistêmica de comportamento que não acolhe seus vulneráveis”<sup>74</sup>.

Como mencionado, o rol do artigo 7º da Lei Maria da Penha não possui caráter taxativo e busca, justamente, enfrentar situações de violência ali não previstas expressamente.

---

<sup>73</sup> A.B.R. BICALHO, *A Invisibilidade da Violência Patrimonial na Vara de Família e a Perpetuação da Desigualdade de Gênero*, in *Revista da EMERJ online*, 2022, p. 68.

<sup>74</sup> A.B.R. BICALHO, *A Invisibilidade da Violência Patrimonial*, cit., p. 68.

Nesse contexto, é fundamental considerar que inadimplência alimentar à prole comum em caráter de retaliação contra a ex-esposa/companheira também se enquadra no conceito de violência patrimonial praticada contra a mulher.

Com efeito, “a sutileza de tal violência se dá pelo fato de a mulher não ser a beneficiária direta do direito alimentar, mas a principal vítima da sua inadimplência, visto que precisará sustentar sozinha a prole comum”<sup>75</sup>.

Importa dizer, assim, que para além de uma violência reflexa, a inadimplência dos alimentos devidos aos filhos comuns se caracteriza como efetiva violência patrimonial contra a mulher.

Aliás, uma vez separadas, as mães que detêm a guarda unilateral dos filhos sofrem a violência patrimonial não só em razão do não pagamento dos alimentos à prole comum, mas também com o pagamento intermitente das prestações, com manobras fraudulentas para impedir a execução desses alimentos ou, ainda, com “denúncias” formuladas pelo ex-parceiro, que as obrigam a contratar advogado ou perder dias de trabalho, como uma espécie de castigo por terem cobrado os alimentos devidos<sup>76</sup>.

Tais aspectos demonstram que a violência patrimonial sofrida pelas mulheres, geralmente, vem acompanhada de outros tipos de violência, o que torna aquela uma forma silenciosa, pouco conhecida e pouco penalizada pelo Estado, possibilitando, dessa forma, a perpetuação da desigualdade de

<sup>75</sup> A.B.R. BICALHO, *A Invisibilidade da Violência Patrimonial*, cit., p. 67 s.

<sup>76</sup> C. HASANBEGOVIC, *Ataques a la libertad: violencia de género económico patrimonial contra las mujeres*, in *Revista Jurídica de Buenos Aires online*, ano 43, n. 97, 2018, p. 176. Disponível: [http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev\\_juridica/pub\\_rj2018\\_II.php](http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_juridica/pub_rj2018_II.php).

gênero.

As violências se combatem, também, culturalmente, pela sociedade. Portanto, “é preciso romper com o ‘mito da neutralidade’”<sup>77</sup>. Isto é, romper com essa ideia binária e patriarcal de que as mulheres têm o dever de cuidar e maternar é uma quebra de paradigma necessária à igualdade de gênero e ao desenvolvimento sustentável.

A própria sociedade estabelece, por meio da cultura, quais são as atividades, responsabilidades e padrões inerentes a homens e mulheres. Diante disso, “abraçar a ambivalência pós-moderna oferecendo novos caminhos e soluções para antigos obstáculos”<sup>78</sup> torna-se necessário. Repensar a vida, o cotidiano e realidade social é necessário para garantir a justiça social.

Deveras, é preciso repensar os “papéis sociais” construídos pela sociedade patriarcal, os quais permitem a reprodução das desigualdades. Romper com esses paradigmas patriarcais torna-se fundamental para evitar a manutenção das desigualdades de gênero, em especial quanto à criação e cuidados dos filhos comuns, que devem ser tratados pela sociedade e pelo Estado, também, como dever primordial do homem, já que a inadimplência impacta não apenas a prole, mas especialmente a mulher.

A educação, como forma de difundir a cultura do respeito e por estar intimamente ligada à cidadania, pode ser apontada como uma forma de erradicar ou, ao menos, minimizar o problema da violência.

A violência contra a mulher, por ser um fenômeno es-

---

<sup>77</sup> L.G. DIAS, C.Y.M. YOSHIDA, *A construção da cidadania*, cit., p. 8.

<sup>78</sup> L.G. DIAS, C.Y.M. YOSHIDA, *A construção da cidadania*, cit., p. 9.

trutural e de natureza cultural, está presente em toda a sociedade e, dessa forma, a resposta a esse problema passa pelo enfrentamento das suas “causas desde a origem, mediante uma educação ao respeito e ao sentimento, ou seja, é necessário agir desde a infância para difundir a cultura do respeito por si mesmo e pelos outros”<sup>79</sup>.

Com efeito, “educar à não-violência contribui a melhorar a percepção do fenômeno por parte das pessoas, em particular das crianças e dos adolescentes. Educação à não-violência que passa necessariamente pela educação ao respeito por si e pelos outros”<sup>80</sup>.

Ainda, como uma forma de minimizar os impactos da inadimplência quanto ao pagamento dos alimentos, que, sabidamente, é reiterada, vale mencionar o Projeto de Lei n.º 3.717/2021, o qual assegura, por 20 anos, benefícios às mães solo, já aprovado no Senado, mas ainda em tramitação na Câmara dos Deputados brasileira. Entre as medidas, o projeto prevê “pagamento em dobro de benefícios, a prioridade em creches, cotas de contratação em grandes empresas (100 ou mais empregados), licença-maternidade de 180 dias e subsídio no transporte urbano”<sup>81</sup>.

Além desse projeto de lei, ainda não existem medidas

---

<sup>79</sup> M.C. DE CICCIO, *Covid-19, Violência de Gênero e Relações Familiares*, cit., p. 24.

<sup>80</sup> M.C. DE CICCIO, *Responsabilidade Genitorial e Violência: o dever constitucional de educar*, in M.A.M. SILVA (Coord), *Sociedade, Educação e Violência*, São Paulo: Quartier Latin, 2020. p. 362.

<sup>81</sup> AGÊNCIA CÂMARA DE NOTÍCIAS, *Projeto institui lei para assegurar direitos sociais e trabalhistas a mães solo*, *Educação, cultura e esportes online*, 22 mar. 2022, 14:33, s. p. Disponível: <https://www.camara.leg.br/noticias/858657-proje-to-institui-lei-para-assegurar-direitos-sociais-e-trabalhistas-a-maes-solo/>.

nacionais específicas para as mães solo, contudo, merecem destaque políticas que buscaram priorizar as mães solo, por exemplo, a Lei n.º 14.171, de 10 de junho de 2021, que alterou a Lei n.º 13.982, de 2 de abril de 2020<sup>82</sup>, que instaurou o popularmente chamado auxílio emergencial durante a crise sanitária decorrente do coronavírus, tendo estabelecido “medidas de proteção à mulher provedora de família monoparental em relação ao recebimento do auxílio emergencial [...] e de proteção contra a violência e o dano patrimonial que envolverem o recebimento desse benefício.”<sup>83</sup>.

Nessa lei de 2021, o Estado buscou garantir ao provedor da família monoparental, independente do sexo, o recebimento de duas cotas do auxílio emergencial. Contudo, com a alteração da lei, foi estabelecido que, havendo duplicidade na indicação dos dependentes, em razão de a genitora ou o genitor não constituírem uma única família, “será considerado o cadastro de dependente feito pela mulher, ainda que posterior àquele efetuado pelo homem”<sup>84</sup>.

É evidente que essas medidas governamentais, se aprovadas, não serão suficientes para o alcance da igualdade material, contudo, por certo, já terão a aptidão de minimizar

---

<sup>82</sup> A legislação estabelece medidas excepcionais de proteção social a serem adotadas durante o período de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (Covid-19).

<sup>83</sup> Lei n. 14.171, de 10 de junho de 2021. Altera a Lei nº 13.982, de 2 de abril de 2020, para estabelecer medidas de proteção à mulher provedora de família monoparental em relação ao recebimento do auxílio emergencial de que trata o seu art. 2º; e dá outras providências, Brasília, DF, Diário Oficial da União, 2021. Disponível: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/Lei/L14171.htm#art1](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/Lei/L14171.htm#art1).

<sup>84</sup> Lei n. 14.171, de 10 de junho de 2021, cit.,s. p.



os impactos negativos e a perpetuação da violência contra a mulher nos casos de inadimplência dos alimentos devidos pelo homem à prole comum.

“Repensar o Direito e as famílias sob um prisma crítico reside no confronto inafastável entre aquilo que é legalmente regulamentado e aquilo que é vivencialmente constituído”<sup>85</sup>. Dessa forma, ampliar a visão e a interpretação do Direito às experiências culturais da sociedade, compreender as novas relações de família, as nuances das relações de gênero e da violência contra a mulher implica reconhecer que o não pagamento dos alimentos devidos aos filhos onera sobremaneira a mulher, a coloca em situação de maior vulnerabilidade e perpetua a desigualdade.

5. - A efetiva igualdade de gênero é um assunto amplamente debatido, nacional e internacionalmente, contudo, ainda sem uma solução concreta para a sua plena efetivação. Aliado a isso, o compromisso de enfrentar e eliminar todo o tipo de violência contra as mulheres e meninas, violência essa que é fruto do patriarcado e das históricas relações assimétricas de poder entre homens e mulheres, igualmente, é amplamente debatido.

Contudo, dentre os vários tipos de violência a que uma mulher pode ser submetida em razão de seu gênero, encontra-se a violência patrimonial (econômica), a qual, por ser ainda pouco conhecida, tem suas consequências nefastas não muito bem compreendidas. Aliado a estas ideias de igualdade e violência, há que se considerar que, em razão de, culturalmente,

---

<sup>85</sup> L.E. FACHIN. *Famílias: entre o público e o privado, Anais do VIII Congresso Brasileiro de Direito de Família - Família: entre o público e o privado*, 2011, disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/274.pdf>.

ser atribuído à mulher o dever de cuidado, há elevado número de “mães solo”, isto é, aquelas mulheres que, sozinhas, se dedicam ao cuidado da prole e se veem, com o não pagamento dos alimentos devidos aos filhos e filhas por parte do genitor, a principal vítima da violência patrimonial, intimamente ligada, nesse caso, à violência psicológica. Assim, a interpretação dos institutos a partir da legalidade constitucional operacionalizam o direito para a realidade brasileira e como uma forma de buscar a justiça social. Evidencia-se que o genitor (homem-pai) que não detém a guarda da prole comum, ao não pagar alimentos a ela devidos, ou ao fazê-lo de forma intermitente, obriga a mulher a suprir sozinha as necessidades materiais e imateriais dos filhos e filhas que se encontram sob seus cuidados, o que contribui para a perpetuação da desigualdade de gênero. A violência patrimonial decorrente do não pagamento dos alimentos aos filhos comuns coloca a mulher em situação de vulnerabilidade, já que dificulta ou conserva a incerteza sobre o sustento da prole em comum, bem como atinge diretamente a segurança, dignidade, a liberdade de escolha e de tomada de decisões da mulher. A releitura dos institutos supera as barreiras entre o Direito Civil e o Direito Constitucional e visa uma interpretação que busque a justiça social, em que a igualdade é um valor, um parâmetro axiológico primordial do ordenamento jurídico brasileiro, que busca o desenvolvimento da pessoa e da sociedade. Assim, algumas ações estatais e inovações legislativas intentam diminuir a desigualdade entre mulheres e homens no Brasil, contribuindo assim para a redução dos elevados índices de violência praticada contra as primeiras. Contudo, ainda são medidas insuficientes para resolver os problemas apresentados nesta pesquisa, o que pressupõe que um longo caminho ainda há de ser percorrido, na

medida em que a transformação em busca da verdadeira igualdade de gênero, como direito humano fundamental, deve ser social, cultural e deve partir de cada um dos membros da sociedade.

#### *Resumo*

A pesquisa tem como objetivo analisar a violência patrimonial contra a mulher a partir do não pagamento dos alimentos aos filhos como um meio de perpetuar a desigualdade de gênero e como óbice ao desenvolvimento sustentável. A metodologia de execução é pesquisa bibliográfica, com abordagem qualitativa, método dedutivo e caráter exploratório. Os resultados indicam que a inadimplência configura violência patrimonial em prejuízo das mulheres, que, geralmente, detêm a guarda da prole comum.

Palavras-chave: Direito fundamental à igualdade de gênero. Violência patrimonial. Alimentos aos filhos.

#### **Abstract**

*The research aims to analyze patrimonial violence against women based on non-payment of child support as a means of perpetuating gender inequality and an obstacle to sustainable development. The execution methodology is bibliographical research, with a qualitative approach, deductive method and exploratory character. The results indicate that default constitutes property violence to the detriment of women, who generally have custody of their children.*

Keywords: Fundamental right to gender equality. Heritage violence. Food for the children.

**Campo Grande/MS, Brasil, novembro de 2023.**

## *Índice*

- 6 MARIA CRISTINA DE CICCO  
FERNANDO MOREIRA FREITAS DA SILVA  
*Apresentação*
- 7 ARTHUR LUTHERI BAPTISTA NESPOLI  
ANA CLÁUDIA CORRÊA ZUIN MATTOS DO AMARAL  
*Abuso do direito e dano imoral*
- 53 ARTHUR LUSTOSA STROZZI  
DAIELA BRAGA PAIANO  
*Pacto ou contrato de convivência? Por uma Interpretação  
à Luz do Direito Civil na Legalidade Constitucional*
- 81 GUILHERME AUGUSTO GIROTTO  
*Aspectos civis-constitucionais dos contratos no direito das  
famílias pós-moderno: contexto brasileiro*

- 111 **MARIANA MARQUES GUTIERRES**  
**HELENA ALICE MACHADO COELHO**  
*Violência patrimonial: inadimplência de alimentos aos filhos  
comuns e a perpetuação da desigualdade de gênero*

- 148 **Índice**