

FAMÍLIA

ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO



DIRETORIA EXECUTIVA

Presidente: Rodrigo da Cunha Pereira (Belo Horizonte/MG); **Vice-Presidente:** Maria Berenice Dias (Porto Alegre/RS); **Primeiro-Secretário:** Rolf Madaleno (Porto Alegre/RS); **Segunda-Secretária:** Adélia Moreira Pessoa (Aracaju/SE); **Primeiro-Tesoureiro:** João Batista de Oliveira Cândido (Belo Horizonte/MG); **Segundo-Tesoureiro:** José Roberto Moreira Filho (Belo Horizonte/MG); **Diretor do Conselho Consultivo:** Francisco José Cahali (São Paulo/SP); **Diretor de Relações Internacionais:** Paulo Malta Lins e Silva (Rio de Janeiro/RJ); **Diretor Norte:** Zeno Veloso (Belém/PA); **Diretor Nordeste:** Paulo Luiz Netto Lobo (Recife/PE); **Diretora Centro-Oeste:** Eliene Ferreira Bastos (Brasília/DF); **Diretor Sul:** Luiz Edson Fachin (Curitiba/PR); **Diretora Sudeste:** Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (São Paulo/SP).

COMISSÕES

Comissão Científica: Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (São Paulo/SP); **Comissão de Mediação:** Águida Arruda Barbosa (São Paulo/SP); **Comissão de Relações Interdisciplinares:** Giselle Câmara Groeninga (São Paulo/SP); **Comissão da Infância e Juventude:** Tânia da Silva Pereira (Rio de Janeiro/RJ); **Comissão de Estudos Constitucionais da Família:** Gustavo José Mendes Tepedino (Rio de Janeiro/RJ); **Comissão de Ensino Jurídico de Família:** Waldyr Grisard Filho (Curitiba/PR); **Comissão de Relações Acadêmicas:** Marcelo Luiz Francisco Bürger (Curitiba/PR); **Comissão de Advogados de Família:** Cláudia Stein Vieira (São Paulo/SP); **Comissão de Magistrados de Família:** Jones Figueiredo Alves (Recife/PE); **Comissão de Promotores de Família:** Cristiano Chaves de Farias (Salvador/BA); **Comissão dos Defensores Públicos da Família:** Paulo Fernando de Andrade Giostri (Ribeirão Preto/SP); **Comissão de Direito Homoafetivo:** Marília Lopes Arruda (Rio de Janeiro/RJ); **Comissão de Adoção:** Silvana do Monte Moreira (Rio de Janeiro/RJ).

DIRETORIAS ESTADUAIS

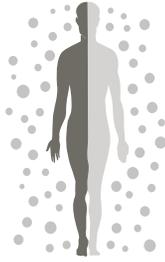
REGIÃO NORTE: **Acre:** Danniell Gustavo Bomfim Araújo da Silva (Brasileia); **Amapá:** Nicolau Eládio Bassalo Crispino (Macapá); **Amazonas:** Gildo Alves de Carvalho Filho (Manaus); **Pará:** Maria Celia Nena Sales Pinheiro (Nena Sales Pinheiro) (Belém); **Rondônia:** Raduan Miguel Filho (Porto Velho); **Roraima:** Neusa Silva Oliveira (Boa Vista); **Tocantins:** Hέλvia Túlía Sandes Pedreira Pereira (Porto Nacional)

REGIÃO NORDESTE: **Alagoas:** Maria Lúcia de Fátima Barbosa Pirauá (Maceió); **Bahia:** Alberto Raimundo Gomes dos Santos (Salvador); **Ceará:** Marcos Venicius Matos Duarte (Fortaleza); **Maranhão:** José de Ribamar Castro (São Luís); **Paraíba:** Rodrigo Azevedo Toscano de Brito (João Pessoa); **Pernambuco:** Maria Rita de Holanda Silva Oliveira (Recife); **Piauí:** Sheila de Andrade Ferreira (Corrente); **Rio Grande do Norte:** Aldo de Medeiros Lima Filho (Natal); **Sergipe:** Maria Conceição de Figueiredo Rollemberg (Aracaju)

REGIÃO CENTRO-OESTE: **Distrito Federal:** Ana Maria Gonçalves Louzada (Brasília); **Goiás:** Maria Luiza Póvoa Cruz (Goiânia); **Mato Grosso:** Naime Márcio Martins Moraes (Cuiabá); **Mato Grosso do Sul:** David de Oliveira Gomes Filho (Campo Grande)

REGIÃO SUDESTE: **Espírito Santo:** Júlio César Costa de Oliveira (Vila Velha); **Minas Gerais:** Fabíola Meijon Fadul (Belo Horizonte); **Rio de Janeiro:** Luiz Cláudio Guimarães (Rio de Janeiro); **São Paulo:** Sérgio Marques da Cruz Filho (São Paulo)

REGIÃO SUL: **Paraná:** Adriana Antunes Maciel Aranha Hapner (Curitiba); **Rio Grande do Sul:** Delma Silveira Ibías (Porto Alegre); **Santa Catarina:** Mara Rúbica Cattoni Poffo (Blumenau)



FAMÍLIA

ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO

Rodrigo da Cunha Pereira

Coordenação

IBDFAM
Instituto Brasileiro de Direito de Família

LEX MAGISTER
PRODUTOS JURÍDICOS

Porto Alegre, 2012

Copyright © 2012 by Instituto Brasileiro de Direito de Família

1ª edição: novembro de 2012

Editoração Eletrônica: Editora Magister

Capa: ACHISTER

Todos os direitos reservados. É expressamente proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio ou processo, sem prévia autorização do autor. (Lei 9.610, de 19.02.98 – DOU 20.02.98)

Impresso no Brasil

Printed in Brazil

C749 Congresso Brasileiro de Direito de Família (8. : 2011 : Belo Horizonte, MG)

Família: entre o público e o privado. Coordenado por Rodrigo da Cunha Pereira. – Porto Alegre : Magister/IBDFAM, 2012.

16x23 cm. ; 384 p.

ISBN ACHISTER

1. Direito de família. I. Pereira, Rodrigo da Cunha.

CDU 347.61

Catálogo na publicação: Leandro Augusto dos Santos Lima – CRB 10/1273

IBDFAM

Instituto Brasileiro de *Dir*eito de Família

Rua Tenente Brito Melo, 1223/06
30180-070 – Belo Horizonte – MG
(31) 3324.9280 – www.ibdfam.org.br

LEX MAGISTER

PRODUTOS JURÍDICOS

Alameda Coelho Neto, 20 / 3º andar
91340-340 – Porto Alegre – RS
(51) 3027.1100 – www.editoramagister.com

APRESENTAÇÃO

A liberdade dos sujeitos nas relações de família é construída também pelas intervenções e abstenções estatais. O que parece ser um paradoxo é, na verdade, uma relação intrínseca. Dar a real possibilidade de desenvolvimento da personalidade dos sujeitos de forma livre depende também da presença do Estado para intervir nos direitos daqueles que estão em posição de fragilidade devido às suas condições pessoais, como é o caso da criança, do adolescente, do incapaz, do idoso e daquele que sofre com a violência familiar.

Enquanto no espaço público há a construção de diálogos entre o Estado e a sociedade civil organizada, no espaço privado o sujeito fortifica sua identidade. É nessa relação que se encontra a potência para o Direito de Família, ao superar a dicotomia público-privado. Uma família justa requer uma sociedade e um Estado também justos, eis um debate que convoca a todos.

Homens, mulheres, crianças ou adolescentes vistos como sujeitos pelo Direito podem avançar em seus desejos muito mais do que antes. Este é o enfoque do moderno direito de família brasileiro que busca amparo nos princípios constitucionais para dar suporte às demandas que lhe chegam.

Os textos aqui reunidos foram apresentados durante o VIII Congresso Brasileiro de Direito de Família, “Família – entre o público e o privado”, realizado em novembro de 2011, em Belo Horizonte e traduzem o espírito do Direito de Família mais contemporâneo.

Boa Leitura!

SUMÁRIO

1	Formação do Mediador Familiar Interdisciplinar <i>Águida Arruda Barbosa</i>	11
2	Instrução Probatória e Depoimento Sem Dano <i>Ana Cecília Rosário Ribeiro</i>	26
3	Núcleo de Promoção da Filiação do Tribunal de Justiça de Alagoas: Desburocratizando o Acesso ao Direito à Filiação <i>Ana Florinda Mendonça da Silva Dantas, Ana Claudia Acioli Lopes, Katiana Rêgo de Lima e Marcia Cristina Gomes Carvalho</i>	38
4	Família: Cuidado, Vulnerabilidade e Sustentabilidade <i>Antônio Carlos Mathias Coltro</i>	42
5	Controle Jurisdicional de Políticas Públicas e Direito de Família <i>Caetano Lagrasta Neto</i>	70
6	Intervenção do Ministério Público no Direito de Família: entre o Público e o Privado <i>Dimas Messias de Carvalho</i>	75
7	A Família Eudemonista do Século XXI <i>Fabiola Santos Albuquerque</i>	88
8	Processos de Família após a Emenda Constitucional 66/2010: Repercussões Processuais no Divórcio e Panorama do Novo CPC <i>Fernanda Tartuce</i>	96
9	A Família <i>Frei Claudio van Balen</i>	112
10	A Jurisdição de Família – A Separação de Corpos – Decretação do Divórcio e Capítulos da Sentença – As Jornadas de Direito Civil (2011) <i>José Fernando Simão</i>	115
11	Direitos Sexuais e Reprodutivos: o Direito ao Aborto Legal e Seguro <i>Leila Linhares Barsted</i>	140

12	Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher: Lei Maria da Penha e seus Aspectos Cíveis, Criminais e Multidisciplinares <i>Luciane Bortoleto</i>	155
13	Famílias – entre o Público e o Privado <i>Luiz Edson Fachin</i>	158
14	Ato-Fato da Vida Civil – Questões Registrais do Direito das Famílias <i>Márcia Fidelis Lima</i>	170
15	Um Estatuto para a Diversidade Sexual <i>Maria Berenice Dias</i>	176
16	Reprodução Assistida e uma Releitura das Presunções Jurídicas da Filiação <i>Maria Rita de Holanda Silva Oliveira</i>	193
17	Gestação de Substituição: Regramento no Direito Brasileiro e seus Aspectos de Direito Internacional Privado <i>Nadia de Araujo, Daniela Vargas e Leticia de Campos Velho Martel</i>	211
18	A Necessária Revisão da Teoria das Incapacidades <i>Nelson Rosenvald</i>	225
19	Mediação, Conciliação e Reconciliação para o Divórcio – Família – entre o Público e o Privado <i>Newton Teixeira Carvalho</i>	236
20	O Estatuto das Famílias no Direito Comparado <i>Paulo Lins e Silva</i>	259
21	Colisão de Direitos Fundamentais nas Relações de Família <i>Paulo Lôbo</i>	283
22	Alimentos Gravídicos, Transitórios e Compensatórios – Breves Considerações de uma Visão Prática <i>Raduan Miguel Filho</i>	297
23	A Crise Conjugal e o Colapso dos Atuais Modelos de Regime de Bens <i>Rolf Madaleno</i>	307
24	Contratos Afetivos: o Temor do Amor <i>Sérvio de Salvo Venosa</i>	334

25	Vicissitudes e Certezas que Envolvem a Adoção Consentida <i>Tânia da Silva Pereira</i>	338
26	Direito à Identidade de Gênero, Redesignações Identitárias e o Estatuto da Diversidade Sexual <i>Tereza Rodrigues Vieira</i>	359
27	Avanços e Desafios para os Direitos Humanos da Comunidade LGBT no Brasil <i>Toni Reis</i>	370

FORMAÇÃO DO MEDIADOR FAMILIAR INTERDISCIPLINAR

*Ágida Arruda Barbosa**

“(…) se diante da diferença com o outro, justificamos que é uma divergência pessoal ou cultural que não estamos dispostos a revisar, nunca alcançaremos uma convivência criativa.” (Maturana)

SUMÁRIO: Introdução. I – A Partir de uma Vivência Acadêmica. II – Conceito de Mediação Familiar Interdisciplinar. III – Ensino da Mediação Familiar na Graduação em Direito. IV – Formação do Mediador Familiar. V – Programa de Formação do Mediador Familiar Interdisciplinar. VI – Conteúdo Programático; Primeira Etapa – Ali-cerce da Mediação; Segunda Etapa – Construção de Conhecimento Interdisciplinar; Terceira Etapa – Cultura de Paz; Quarta Etapa – Nasce um Mediador Familiar Interdisciplinar. VII – Conclusão.

INTRODUÇÃO

A construção teórica da mediação, no Brasil, vem se desenhando sobre bases de um conhecimento interdisciplinar, ensejando o aprofundamento do conceito desta valorosa prática social, que chega para dar respostas pragmáticas, úteis, rápidas e eficazes para transformar o tecido social à procura do ideal de justiça, para regular as relações entre sujeitos de direito.

Com muita propriedade, os franceses tratam a mediação como *outil*, qual seja, ferramenta, pois ela é instrumento para dar forma à matéria bruta, lapidando-a, valorando-a, servindo de veículo para transportar, aquilo que está estagnado, em ação – mediação – um meio de ação que põe em movimento os protagonistas, tornando-os capazes de promover escolhas responsáveis e, não raro, duradouras.

* Advogada; Doutora e Mestre em Direito Civil; professora de Direito de Família e de Mediação Familiar Interdisciplinar em Cursos de Graduação e Pós-Graduação; Mediadora Familiar; presidente nacional da Comissão de Mediação do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, antigo membro da *Fédération Internationale des Femmes des Carrières Juridiques*.

Enquanto se constrói a teoria desse conhecimento, surge a demanda natural de definir o papel daquele que será o agente da mudança e da transformação – o mediador.

Que características devem estar presentes na formação de um mediador familiar interdisciplinar? Eis a questão a ser abordada no presente estudo, visando à elaboração de um programa pedagógico construído a partir dos dados da realidade existente, posto que a cultura dita regras arraigadas de que as diferenças entre pessoas devem ser levadas ao Judiciário, seja para julgar, seja para conciliar a composição de interesses.

O mediador familiar interdisciplinar deve ser capaz de contextualizar toda disfunção sistêmica que causa conflito, ampliando a compreensão das circunstâncias que deram causa à ação, que pode se transformar em ruptura de um casal, com os reflexos sobre filhos e patrimônio.

Este contexto deve levar em consideração todas as questões culturais que permeiam uma família, sejam de ordem antropológica, social, filosófica, política, psicológica etc.

Coube ao IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito e Família – a iniciativa de elaborar um programa de excelência para a formação desse mediador altamente especializado, formatado a partir de larga experiência da prática da mediação que visa ao cuidado com as famílias em conflito. Visa, ainda, evitar que suas diferenças sejam apequenadas por um julgamento técnico, que cronifica o conflito, pois a sentença que julga contém exclusão, quando a demanda, em sua essência, contém pedido de inclusão em seu papel e em sua função no sistema familiar em disfunção.

A formação do mediador familiar interdisciplinar exige que o candidato a mediador promova uma elevação de seu espírito, tornando-se capaz de se afastar da automática ação de julgar pessoas, colocando-as em agrupamentos mentais, criados artificialmente, tais como alcoólicos, dependentes químicos, pessoas violentas etc., como mecanismos de preconceito velado.

I – A PARTIR DE UMA VIVÊNCIA ACADÊMICA

A ideia de buscar um critério de educar para a paz, implementando o ensino da mediação já na graduação do curso de Direito, nasce a partir de uma vivência acadêmica.

A narrativa de um episódio ocorrido com uma aluna de quarto ano de graduação em Direito, em aula de mediação, exemplifica, concretamente, o que se pretende de um mediador familiar interdisciplinar e as dificuldades que devem ser enfrentadas nessa missão.

Sob orientação direta e próxima do professor de mediação, em um núcleo de atendimento jurídico gratuito aos assistidos, de perfil de baixa renda, a aluna recebeu

uma senhora que verbalizou seu desejo de obter alimentos de seu marido, que havia deixado o lar conjugal na véspera, em decorrência de grave conflito, devido ao estado de alcoolismo em evolução.

A aluna em questão, de 40 anos, casada, com dois filhos de 08 e 10 anos, depois da entrevista com a assistida, comunicou ao professor que o caso não tinha enquadre para mediação, tratando-se, exclusivamente, de demanda de alimentos, pelo que encaminharia para o procedimento indicado, pedindo documentos para avaliar o trinômio necessidade – possibilidade – proporcionalidade.

No entanto, o professor questionou a aluna acerca da possibilidade ainda existente de fazer um convite, para que o casal comparecesse ao núcleo de atendimento, para que ambos pudessem enfrentar a crise com assertividade e responsabilidade, numa instância de mediação.

A aluna seguiu a orientação do professor, porém, pouco convencida, argumentou que a melhor coisa que aconteceu na vida daquela mulher foi a saída do marido do lar conjugal, posto que fosse um alívio, para ela, se libertar de um alcoólico.

Em síntese, o casal aceitou a proposta e participou de três sessões de mediação, o que despertou neles a demanda de terapia de casal, pelo que foram encaminhados ao serviço competente.

Exalte-se, ademais, que, durante as sessões de mediação, o marido queixou-se da falta de apoio da mulher, relativamente à iniciativa pretérita de procurar ajuda em um grupo de alcoólicos anônimos. Em decorrência dessa falta de solidariedade conjugal e pela ausência de reconhecimento do esforço do marido, ele não teve forças para prosseguir e abandonou a iniciativa tomada seis meses antes desse evento derradeiro.

Evidenciou-se, assim, que a família estava em estado disfuncional, até porque nas sessões de mediação não relataram que tinham um filho adolescente, dependente químico, que fora *esquecido* pelos pais nas narrativas precedentes.

Encerrada a mediação, que se transformou em terapia de casal, como já exposto, e, ainda, de busca de ajuda em grupo de trabalho em espelho – pessoas portadoras do mesmo comportamento –, a aluna que se manteve responsável pelos mediados afastou-se do núcleo de atendimento, sem qualquer comunicação ou justificativa.

Alguns meses depois ela voltou para falar com o professor, revelando que a experiência daquele atendimento foi muito difícil para ela, pois seu marido era alcoólico e, ao se identificar com a medianda, deixou de exercer o papel de mediadora, que deveria ser orientado pela imparcialidade, pois misturou a história dos protagonistas com a sua própria história pessoal, sem qualquer discriminação.

A aluna revelou seu mal-estar diante da constatação de que poderia ter causado prejuízo aos partícipes, quando descartou a possibilidade de mediação, encaminhando o caso para uma ação litigiosa.

Por fim, segredou ao professor que, durante seu afastamento do núcleo, tomou a iniciativa de se separar de seu marido alcoólico, conscientizando-se de sua inércia diante do sofrimento de uma má qualidade de vida.

Este relato demonstra a complexidade subjacente à formação do mediador familiar, em decorrência da profundidade do trabalho que se exerce e os efeitos terapêuticos que podem ser alcançados, quando o mediador tem uma formação fundamentada na interdisciplinaridade.

Portanto, o ensino da mediação deve ter um padrão de excelência, alternando teoria e prática e, sobretudo, assegurando a construção de uma estrutura de pensamento correspondente ao paradigma da cultura de paz.

No entanto, para se desenhar um programa de formação do mediador é preciso, antes, delinear os parâmetros de um conceito de mediação familiar eleito para fundamentar o ensino da mediação familiar

II – CONCEITO DE MEDIAÇÃO FAMILIAR INTERDISCIPLINAR

A mediação é um instrumento capaz de compreender o movimento que deu origem ao conflito, e sua abrangência ultrapassa os limites de eventual acordo, que possa vir a ser celebrado entre os litigantes, porque seu tempo é o futuro. Trata-se, portanto, de uma abordagem muito mais ampla que a conciliação, que se limita à celebração de um acordo que possa pôr fim à demanda.

Portanto, a mediação não visa ao acordo, mas sim à comunicação entre os conflitantes, com o reconhecimento de seus sofrimentos e, principalmente, com a possibilidade que o mediador oferece aos mediados de se *escutarem* mutuamente, estabelecendo uma dinâmica jamais vislumbrada antes da experiência da mediação, pela falta de conhecimento e de oportunidade de vivenciar tal experiência.

O mediador não intervém, não sugere, não induz, mas promove a escuta dos conflitantes em prol de uma comunicação adequada, visando à recuperação da responsabilidade por suas escolhas e pela qualidade de convivência para a realização da relação jurídica que os vincula, usando como técnica o deslocamento do olhar que se move do passado e do presente para o futuro. Este é o momento de magia da mediação, o que não ocorre na conciliação, porque são diferentes em sua essência e seu enquadre.

A mediação tem o *status* de princípio¹, um comportamento, uma experiência humana que assegura o livre desenvolvimento da personalidade, capacitando os sujeitos de direito à conquista da liberdade interna. Trata-se da experiência de reconhecer a pertença à humanidade, enfim, a mediação é um princípio que concretiza o princípio da dignidade da pessoa humana, representando a reunião simbólica de todos os homens naquilo que eles têm de comum – a igualdade de qualidade de ser humano – permitindo o reconhecimento de ser parte da unidade: o gênero humano.

Portanto, mediação é um princípio, vale dizer, como bem descrito na feliz expressão de Paulo Bonavides²: *as regras vigem e os princípios valem*. Os princípios valem porque estão acima da lei, outorgando a estas a mais alta expressão da normatividade. Assim, a mediação é um valor a ser agregado às relações humanas.

A mediação, que tem nas relações familiares a sua especialidade mais complexa, exige a compreensão da atividade do mediador de acordo com o rigor científico, atribuindo a este conhecimento uma fundamentação teórica sólida.

Assim, toma-se como parâmetro, para a construção de um programa de excelência de formação do mediador, aquele conceito proveniente da *Association Pour la Médiation Familiale*³:

“A mediação familiar, notadamente em matéria de separação e divórcio, é um processo de gestão de conflitos no qual os membros da família demandam ou aceitam a intervenção confidencial e imparcial de uma terceira pessoa, o mediador familiar, cujo papel é o de levá-los a encontrar por si próprios as bases de acordo durável e mutuamente aceito, levando em conta as necessidades de cada um, e, particularmente, das crianças, no espírito de corresponsabilidade parental. A mediação

1 BARBOSA, Águeda Arruda. Mediação Familiar: uma cultura de Paz. In: Revista da *Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*. n. 10, Ano 8, 2004, p. 32. “A definição de mediação familiar sob o enfoque da cultura de paz – e não pela mera pacificação dos conflitos – é o ideal fundante do movimento da Associação pela Promoção da Mediação – APPM, legitimada e reconhecida pela Comunidade Europeia. Destarte, na última reunião realizada pela APPM para discutir os caminhos da mediação – com ênfase da familiar – ficou consolidado para a comunidade europeia que mediação é um princípio ético, um comportamento humano”. Assim, a definição de mediação elaborada na conformidade do estágio de evolução em que se encontra é a seguinte: “A mediação é um processo de criação e de repartição do vínculo social e de regramento dos conflitos da vida cotidiana na qual um terceiro imparcial e independente, por meio da organização de trocas entre as pessoas ou instituições, tenta ajudá-los a melhorar uma relação ou regular um conflito que as opõe”.

2 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005. 17. ed. p. 288 e 289.

3 Disponível em: <www.mediationfamiliale.fr>. Acesso em: 15.12.05: “La médiation familiale, notamment en matière de séparation et de divorce, est un processus de gestion des conflits dans lequel les membres de la famille demandent ou acceptent l'intervention confidentielle et impartiale d'une tierce personne, le médiateur familial. Son rôle est de les amener à trouver eux-mêmes les bases d'un accord durable et mutuellement acceptable, tenant compte des besoins de chacun et particulièrement de ceux des enfants dans un esprit de co-responsabilité parentale. La médiation familiale aborde les enjeux de la désunion, principalement relationnels, économiques, patrimoniaux. Ce processus peut être accessible à l'ensemble des membres de la famille (ascendants, descendants, collatéraux) concernés par une rupture de communication dont l'origine est liée à une séparation” (*Définition de la médiation familiale adoptée par l'Association Pour la Médiation Familiale le 5 décembre 1998*).

familiar ocupa-se das questões da desunião, principalmente relacionais, econômicas e patrimoniais. Este processo pode ser acessível ao conjunto de membros da *familia* (ascendentes, descendentes, colaterais) concernentes à ruptura da comunicação cuja origem está vinculada a uma separação.”

Não há como compreender a atividade da mediação e a atividade do mediador sem conhecimento interdisciplinar. Trata-se de retirar o foco do olhar dos mediandos, que está voltado ao passado e ao presente para ensiná-los a enxergar o futuro. Esta arte requer muito estudo, informação criteriosa e formação continuada, empregados em intensa prática, capaz de ampliar a compreensão do Direito, outorgando-lhe plena eficácia, pois alia o pensamento e o sentimento humanos, numa criação com a vontade – uma verdadeira comunicação.

III – ENSINO DA MEDIAÇÃO FAMILIAR NA GRADUAÇÃO EM DIREITO

As primeiras experiências brasileiras de ensino da mediação são tímidas, pois são raras as faculdades que inserem esta disciplina na grade do curso de graduação, especialmente de Direito.

Há uma polêmica acerca da conveniência de inserir a disciplina na grade do quinto e último ano de graduação do Curso de Direito. Trata-se de aluno destinatário já com sólida formação processual, com prontidão para o largo uso de mecanismos jurídicos procedimentais para a obtenção de prestação jurisdicional. Não conhecem outra forma jurídica de assegurar o acesso à justiça.

Uma queixa comum do quintanista de Direito é o excesso de compromissos dos alunos nesta fase, pois, se preparam para o Exame de Ordem, finalizam o TCC (monografia), e, a maioria deles, já faz estágio, o que lhes consome todo o tempo disponível.

Ademais, nas primeiras experiências, os alunos não conheciam o conteúdo da matéria e tinham uma atitude preconceituosa com a mediação, pois a tinham como *perfumaria*, tomando espaço das matérias nobres que entram no exame da OAB.

Pensou-se, então, em inserir a disciplina mediação nos primeiros anos do curso de Direito. Porém, esta ideia logo foi afastada, pois não há como ensinar a lógica da mediação a quem ainda não conhece a lógica do litúgio e do conflito e o espectro de possibilidades de recursos e mecanismos jurídicos, a exemplo das cautelares, para ganhar uma causa. Portanto, é inadequado o ensino da mediação antes do quinto ano de graduação em Direito.

Trata-se de um desafio ao professor⁴. A conquista do aluno para a compreensão do instituto da mediação, como outra forma de acesso à justiça, com fundamentação teórica, de acordo com o rigor científico das ciências jurídicas, exige muito empenho, com metodologia capaz de demonstrar que a justiça pode ser acessada por meio de outra linguagem, advinda do próprio conhecimento jurídico, que se expressa da mesma princiologia.

Esta trajetória é lenta, porém, a efetiva e eficaz transformação da lógica do conflito em lógica da mediação dependerá de uma criteriosa construção, junto às gerações em formação⁵.

O conteúdo da disciplina pressupõe formação humanista, com ênfase em filosofia, sociologia e psicologia jurídica, para a formação de pensamento crítico. Soamente assim o aluno poderá recepcionar o conhecimento da mediação, de natureza interdisciplinar, e compreender a dimensão social da mediação, e, em contrapartida, o malefício de um acordo utilitário, só para desafogar o Judiciário.

Ademais, é importante exaltar que o objetivo da disciplina não é a formação de mediadores, o que exige longa carga horária, e deverá ser ministrada em extensão universitária, para aqueles que assim desejarem, posto que, pela própria natureza, não pode ser obrigatória. O que se pretende é despertar no aluno o interesse por uma lógica diferente, registrando que há um caminho capaz de humanizar o Direito.

Pode-se assegurar, a partir dos depoimentos de ex-alunos, que o conhecimento da mediação resgata a paixão pelo Direito, dando sentido a tudo que foi aprendido e esperança de ser um agente da transformação social.

IV – FORMAÇÃO DO MEDIADOR FAMILIAR

Outro aspecto do ensino da mediação é aquele que tem por destinatário os profissionais que trabalham com conflitos humanos, principalmente decorrentes de

4 A experiência narrada ocorreu no Curso de Direito da Universidade Municipal de São Caetano do Sul – IMES, na Grande São Paulo, a quem se deve o pioneirismo de introduzir o ensino da mediação na graduação. Em 2001 a prática foi introduzida no Núcleo de Atendimento Jurídico Gratuito, para uso dos alunos estagiários, no atendimento dos conflitos de Direito de Família, sob orientação do professor da matéria. A partir de 2006 a mediação passou a ser disciplina obrigatória no quinto ano, com o desenvolvimento teórico deste conhecimento, obrigando estes alunos à prática junto ao Núcleo, como complementaridade, para que o estudante pudesse manter contato direto com os assistidos. No ano de 2008 a disciplina Mediação fundiu-se com as disciplinas Direito de Família e Direito das Sucessões, para construir a mentalidade mediadora à medida que se desenvolvem os institutos em exame. A avaliação dos ex-alunos, já formados e no exercício da profissão, demonstra que o desafio, que, inicialmente, pareceu ser uma tarefa hercúlea, valeu pela ousadia transformativa.

5 BARBOSA, Águida Arruda. A implantação do instituto da mediação no Brasil. Artigo publicado na obra coletiva coordenada por Maria Berenice Dias e Jorge Duarte Pinheiro (Universidade de Lisboa). *Escritos de Direito das Famílias: uma perspectiva luso-brasileira*. Porto Alegre: Magister, 2008. p. 377-394.

relações familiares, alcançando, assim, o advogado, o juiz, o promotor de justiça, o psicólogo, o psicanalista, o terapeuta familiar, o assistente social, o pedagogo etc.

As Escolas da Magistratura, do Ministério Público, da Advocacia e os próprios Tribunais de Justiça, de diversos Estados da federação, têm promovido cursos de formação em mediação para seus membros, na busca de mecanismos para realizar as mudanças necessárias ao aprimoramento do acesso à justiça.

O que se observa, nesses cursos, é que os profissionais resgatam a prática de estudos de atualização, mais amplos que o estudo técnico-legislativo, pois ampliam o contexto e permitem maior reflexão. Aprender a prática da mediação entusiasma os profissionais para promover novos projetos, principalmente aqueles que estão inseridos no poder público, e se conscientizam do potencial disponível para a transformação do tecido social. Enfim, os profissionais *empoderam-se*⁶ e se encorajam a ousar, criativamente.

A falta de um criterioso programa de formação acaba deixando uma lacuna. Afinal, o que é preciso para se tornar um mediador? Que conteúdo é necessário conhecer? Qual é a carga horária adequada para esta formação?

Pretendendo dar respostas a tantas questões, o IBDFAM inspirou-se e tomou a iniciativa de construir um programa de formação do mediador familiar interdisciplinar.

V – PROGRAMA DE FORMAÇÃO DO MEDIADOR FAMILIAR INTERDISCIPLINAR

O IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família –, fundado em 1997, tem sido o arauto das conquistas do Direito de Família contemporâneo e, no tocante à mediação familiar, seguramente, foi o responsável pela iniciativa de promover o desenvolvimento teórico desse conhecimento, comunicando, em curtos passos, a formação de um pensamento orientado pelo rigor de uma fundamentação teórica.

A comunicação do zelo na construção teórica da mediação deu-se a partir do Boletim IBDFAM nº 12, Ano 2, edição de novembro/dezembro de 2002, em decorrência da criação da Comissão de Mediação, ocorrida durante o III Congresso Brasileiro de Direito de Família, realizado em Ouro Preto.

O título da coluna pioneira da Comissão de Mediação foi: *Padrão de Excelência*. Ali foram conclamados todos os sócios para que se debruçassem sobre o estudo e a construção do conceito brasileiro de mediação, na conformidade dos novos paradigmas do Direito de Família.

6 Empoderar é a tradução de *empowerment*, do inglês, e começa a ser adotado no Brasil como neologismo para representar a ação de usar o poder criativamente.

O impulso que resultou na criação desta Comissão é devido a dois fatos que serviram de marco à história do IBDFAM e da mediação.

O primeiro refere-se à participação do Instituto no Congresso da *International Society of Family Law*, realizado na Austrália, em 2000, quando membros do IBDFAM apresentaram um trabalho acerca da implantação da mediação familiar no Brasil.

O segundo fato foi o lançamento da tradução da obra *Dinâmica da Mediação*⁷, que serviu de norte para um estudo sistematizado da matéria, permitindo uma orientação teórica a partir de um referencial de excelência na construção de um conceito brasileiro de mediação familiar.

Com todas as dificuldades inerentes às ideias pioneiras, o modelo de mediação buscado pelo IBDFAM desenvolveu-se no ritmo necessário para as grandes caminhadas, com pequenos passos, porém, sólidos e constantes.

Quase uma década depois, um novo marco da mediação familiar construída pelo IBDFAM foi a edição do Boletim nº 67, Ano 11, março/abril de 2011, dedicado à Mediação que, com muita sensibilidade, apresenta o editorial com a frase: *Uma voz em busca de instrumento*.

Esta edição do Boletim expressou a maturidade do Instituto no trato do tema, com fundamento na cultura de paz, servindo de instrumento para a humanização do Direito de Família, tendo como marco teórico a ética da discussão, em que tudo se constrói pela comunicação⁸.

Outra importante comunicação veiculada pelo Boletim em comento é a notícia de que o IBDFAM estava elaborando um programa nacional de formação de mediadores especializados em Direito de Família, visando à certificação de mediadores capazes de multiplicar este padrão de excelência para todo o território nacional.

Dada a repercussão da notícia da iniciativa do IBDFAM, em 04 julho de 2012, a presidência baixou a Resolução RD/PRESI/001/2011, nomeando uma comissão⁹ especialmente designada para elaborar um programa capaz de dar uma formação ao mediador familiar, para apresentar o resultado deste colegiado por ocasião da realização do VIII Congresso Brasileiro de Direito de Família, realizado em Belo Horizonte, em novembro de 2011.

7 SIX, Jean-François. *Dinâmica da Mediação*. Tradução brasileira por Águida Arruda Barbosa, Eliana Riberti Nazareth e Giselle Câmara Groeninga. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

8 HABERMAS, Jürgen. Nascido em Düsseldorf, Alemanha, em 18 de junho de 1929, filósofo e sociólogo contemporâneo, um dos últimos representantes da Escola de Frankfurt, desenvolveu a ética da comunicação.

9 Comissão formada por 14 integrantes para a elaboração do programa: Rodrigo da Cunha Pereira, Águida Arruda Barbosa, Anna Salles, Camila Werneck de Souza Dias, Cleide Rocha de Andrade, Djenane Comparin, Erica Salgado, Fernanda Paiva da Costa Carvalho, Fernanda Tartuce, Gildo Alves de Carvalho Filho, Giselle Groeninga, Helena Gurfinkel Mandelbaum, Raffaella Antici de Oliveira Lima, Valeria Ferioli Lagrasta Luchiarini.

Com esta iniciativa o IBDFAM exerce sua responsabilidade social de vigilância na preservação da essência da mediação familiar, que se desenvolve no cenário jurídico brasileiro, para ocupar seu lugar privilegiado, atendendo aos novos paradigmas da pós-modernidade, norteadores do acesso à justiça e ao ideal de cidadania.

Pela trajetória histórica, somente ao IBDFAM cabe a legitimidade para se arrojar este poder, afinal, conta com o reconhecimento da comunidade jurídica nacional para tomar o exercício da função social de participar da atividade de educar, com rigor, por meio de *certificação* da formação do mediador familiar.

Exalte-se, ademais, que o projeto tem por objetivo a certificação do curso, e não do aluno, portanto, não caberá ao IBDFAM promover cursos, como concorrente de tantas outras instituições que se ocupam desta atividade, com fins lucrativos. O diferencial que o IBDFAM oferecerá é o padrão de *excelência* na estrutura pedagógica do programa, que deverá nortear a formação de natureza interdisciplinar do mediador familiar.

O IBDFAM assume a responsabilidade de formar uma rede robusta de mediadores especializados em conflito familiar, em nível nacional, por meio de multiplicadores, implantando este projeto com aporte advindo da diversidade multicultural e de fundamentação teórica construída a partir das experiências alienígenas.

A iniciativa do IBDFAM é alvissareira, em decorrência do contexto histórico de encontrar o apoio institucional do CNJ – Conselho Nacional de Justiça – que baixou a Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010, reconhecendo a importância da mediação como meio de acesso à justiça, formatando parcerias público-privadas para aperfeiçoamento dos mecanismos de distribuição de justiça.

A formação do mediador familiar interdisciplinar deverá ter a carga horária mínima de 120 horas, com prazo de duração de, no mínimo, 18 meses. Exalte-se que não se trata de um curso meramente informativo, mas *formador de um pensamento*, de uma ética, enfim, o objetivo pedagógico é a lapidação e *um modo de ser, de pensar e de agir*, fundamentado na teoria do agir comunicativo, numa síntese entre ação e linguagem.

O conteúdo programático do curso, para alcançar este objetivo, deve trazer um diferencial na atuação profissional e no exercício da função mediadora, a partir da dinâmica estabelecida pela dialética entre teoria e prática. É impositivo que se organize o curso com intervalo entre as quatro etapas do programa, permitindo que o aluno faça leitura de textos, assista a filmes recomendados, enfim, que a formação do pensamento dê-se em tempo integral e continuado.

Por meio do conhecimento dos vários significados dos relacionamentos e da comunicação humana, dos conflitos sob o ângulo das várias disciplinas e, também,

sob a perspectiva das lides judiciais, visar-se-á desenvolver uma maior sensibilidade às demandas, no campo psicossocial e jurídico, por meio da função mediadora.

A base teórica da Mediação Familiar Interdisciplinar será ministrada a partir dos diferentes campos que ela abrange, explorando-a de acordo com a experiência profissional e pessoal dos participantes. Por meio de um percurso interativo, estas dimensões serão conjugadas de tal modo que permita aos participantes fazer uso do *seu saber, do saber-fazer e do saber-ser*, conjugando o binômio *compreensão-ação*.

Serão utilizados instrumentos didáticos tais como: aportes teóricos, jogos de papéis, com simulação de situação de mediação, dinâmicas de sensibilização à mediação, filmes com temática inerente aos conflitos e à forma de enfrentá-los etc. O aperfeiçoamento da função mediadora dar-se-á, também, mediante análise da prática, uma atividade permanente à disposição dos formandos, a ser organizada e detalhada oportunamente.

VI – CONTEÚDO PROGRAMÁTICO

O conteúdo programático do ensino da mediação familiar organiza-se a partir do vértice epistemológico com base psicanalítica, conjugando a alternância entre teoria e prática.

A carga horária prevista para este conteúdo programático é de 120 horas, distribuída em quatro etapas de 30 horas cada uma. Cumprida a carga horária estabelecida, a conclusão do curso ocorrerá com a entrega de um artigo individual, cujas características serão expostas a seguir.

A ideia de distribuir a carga horária em quatro etapas tem a finalidade de viabilizar, ao interessado, uma melhor acomodação de tempo a ser dedicado para a formação. Assim, o candidato poderá escolher, na sua disponibilidade, quando cursará cada uma das etapas, desde que respeite a ordem estabelecida para desenvolvimento do programa. Registre-se, outrossim, que não haverá tempo mínimo para completar as etapas, o que possibilita maior flexibilidade.

O conteúdo de cada etapa foi elaborado de acordo com o que se tem como fundamental para a formação de uma estrutura de pensamento a ser forjado. É preciso exaltar que o curso não é de informação, mas de formação capaz de assegurar um comportamento, uma ética, um modo de agir adequado ao cuidado com os conflitos familiares.

Eis o objetivo pedagógico de cada etapa.

Primeira Etapa – Alicerce da Mediação

Esta etapa inicial da formação deve ser mais genérica, com temas abertos, desde que convergentes à construção do conceito de mediação. Frequentemente, o interessado no curso está bastante motivado, portanto, é preciso reforçar esta atitude, e um bom caminho é fazer uso de recursos pedagógicos que garantam a alternância entre prática e teoria, sempre nesta ordem. A estrutura desse módulo deve seguir os seguintes passos para a garantia de uma alfabetização em mediação:

- a) apresentação do curso;
- b) política pública de tratamento de conflitos – CNJ;
- c) sensibilização à mediação;
- d) conceito de mediação a partir do construtivismo;
- e) história da mediação;
- f) linguagem binária e ternária;
- g) diferença entre mediação e conciliação;
- h) projeção de filme para identificação desses conceitos;
- i) fenomenologia da mediação;
- j) arte e técnicas da mediação;
- k) dinâmica: por que se tornar mediador?

Segunda Etapa – Construção de Conhecimento Interdisciplinar

Este momento da formação tem como premissa que o participante tenha vivenciado a primeira etapa, e, com temas mais fechados e pontuais, o objetivo desta fase é o início da transformação do pensamento binário em pensamento ternário. A estrutura dessa fase do curso deve seguir o seguinte programa:

- a) noções de psicanálise;
- b) estudo da linguagem;
- c) teoria da comunicação;
- d) conceito de conflito;
- e) psicologia, psicanálise e direito – objetividade e o lugar da subjetividade;
- f) o psiquismo humano; afetos que nos afetam: pensamento e razão, razão e sensibilidade; culpa e responsabilidade;
- g) a ética e a moral – visão psicanalítica;

- h) conceitos operativos – ansiedade, características do conflito, tabu do incesto; inconsciente, projeção, transferência e contratransferência;
- i) a sensibilidade e as técnicas de escuta;
- j) técnicas de mediação familiar interdisciplinar;
- k) família sob enfoque do direito, da psicanálise, da sociologia e antropologia;
- l) família sistêmica e terapia familiar;
- m) o ciclo da violência.

Terceira Etapa – Cultura de Paz

Esta etapa da formação do mediador familiar interdisciplinar, depois do desenvolvimento do amplo temário das etapas anteriores, deve convergir para o exercício da capacidade de fazer reflexões acerca da compreensão e do entendimento do conceito de cultura de paz.

O futuro mediador já estará se transformando em um questionador de tudo, evidenciando a mudança de estrutura do pensamento, tornando-se insatisfeito com respostas simples, pois deverá estar quebrando paradigmas.

Trata-se da fase mais complexa da formação do mediador familiar, exigindo o enfrentamento de temas e pensadores que possam colaborar para a elaboração desta reflexão.

Esta etapa deve ser precedida de cuidadoso preparo, com indicação de leituras prévias, análise de filmes etc. A estrutura do programa deve ser assim norteada:

- a) noções de filosofia;
- b) teoria do agir comunicativo de Habermas – síntese entre ação e linguagem;
- c) relação entre o pragmatismo de Willian James e a mediação;
- d) teoria da intuição de Henri Bergson;
- e) modernas teorias acerca da busca da felicidade;
- f) PEC da felicidade do Senador Cristóvão Buarque;
- g) o novo divórcio, ruptura conjugal, compreensão do casal conjugal e do casal parental;
- h) casamento ou união estável: por quê?
- i) Técnicas de mediação familiar interdisciplinar.

Quarta Etapa – Nasce um Mediador Familiar Interdisciplinar

A quarta e última etapa do curso de formação de mediador familiar interdisciplinar é apenas um ritual de passagem, pois não tem fim...

O mediador aprende com os mediados, a cada sessão, a cada resistência, a cada transformação do conflito.

As três etapas precedentes consolidam o ensino da mediação familiar interdisciplinar transformativa do conflito, fundamentada em conhecimento transdisciplinar, portanto, é de rigor que o mediador tenha a iniciativa de promover seu autoconhecimento.

O programa para esta etapa deve contemplar os grandes temas que não foram tratados antes, por falta de enquadre, a saber:

- a) ética da mediação;
- b) código deontológico do mediador;
- c) análise da prática;
- d) guarda compartilhada e mediação;
- e) alienação parental e mediação
- f) planejamento sucessório e mediação;
- g) mediação para empresas familiares;
- h) psicopatologias e seus reflexos na família: neurose, psicose, perversão, alcoolismo e drogas lícitas e ilícitas;
- i) imparcialidade, envolvimento do mediador e desenvolvimento da mediação – transferência e contratransferência;
- j) o funcionamento do Judiciário e a possibilidade de elaboração dos conflitos – Teoria das Posições de Melanie Klein;
- k) FOM – família de origem do mediador.

VII – CONCLUSÃO

O programa de formação do mediador familiar interdisciplinar foi elaborado a partir de criteriosa pesquisa, tomando por base tantos outros programas, a exemplo da França, que já tem tradição neste mister.

Para uma formação tão profunda, é preciso contar com um programa de excelência, com conteúdo diversificado. Este padrão poderá não ser alcançado, porém, é

necessário que se tenha um ideal a ser atingido, para que se tenha, constantemente, um caminho a ser percorrido em prol do aprimoramento do conhecimento da mediação.

O conteúdo contempla o estudo de três aspectos filosóficos, qual seja a teoria do agir comunicativo, desenvolvido por Jürgen Habermas, o pragmatismo, de Willian James e a teoria da intuição, de Henri Bergson. Não se pretende estudar os filósofos referidos, mas, apenas estes aspectos de suas respectivas obras, pois a formação tem como núcleo o estudo da mediação e não da filosofia ou da psicanálise etc.

Exalte-se, ademais, que a escolha de marcos teóricos – da filosofia e da psicanálise – não devem ser considerados como únicas possibilidades para a formação do mediador familiar interdisciplinar, pois, o que importa é a coerência, portanto, podem ser alterados, desde que guardem coerência com o objetivo maior da formação de um pensamento aberto, plural, pós-moderno.

O curso pressupõe uma atitude de mudança de comportamento, portanto, o mediador que acaba sua formação no enquadre deste programa deverá escrever um artigo a partir de uma pesquisa de campo, fundamentada nos ensinamentos teóricos recebidos no curso. Trata-se de devolver à sociedade aquilo que dela colheu.

Os trabalhos serão apresentados para uma plateia formada por aqueles que têm interesse em fazer o curso, semeando a difusão da mediação familiar interdisciplinar.

Os melhores trabalhos serão selecionados para compor uma obra coletiva, fomentando, assim, a construção de uma bibliografia genuinamente brasileira.

O programa pode parecer muito elitista, para alguns, mas é preciso lembrar que o IBDFAM resolveu elaborar um curso de qualidade máxima de *excelência*, para *certificar*. Porém, considerando que o Brasil é multicultural, com diferenças regionais acentuadas, é preciso ter a consciência de que este padrão é reservado aos multiplicadores da grande rede nacional. Ademais, haverá sempre a possibilidade de flexibilizar para permitir as necessárias inclusões.

A avaliação dos alunos deverá ser de natureza continuada, com uso de múltiplas ferramentas, ao longo de cada etapa, na preparação do material de apoio etc.

Em decorrência das diferenças, a bibliografia básica e de apoio serão oferecidas a cada curso, de acordo com a disponibilidade local das obras.

O presente programa de formação de mediador familiar interdisciplinar representa uma expressiva contribuição para a comunidade jurídica brasileira, pois o IBDFAM sempre faz a diferença.

INSTRUÇÃO PROBATÓRIA E DEPOIMENTO SEM DANO

*Ana Cecília Rosário Ribeiro**

“Estátuas e cofres. E paredes pintadas. Ninguém sabe o que aconteceu. Ela se jogou da janela do quinto andar. Nada é fácil de entender. Dorme agora. É só o vento lá fora. Quero colo. Vou fugir de casa. Posso dormir aqui com vocês? Estou com medo. Tive um pesadelo. Só vou voltar depois das três. Meu filho vai ter nome de santo. Quero o nome mais bonito.”

Renato Russo (Pais e Filhos)

SUMÁRIO: 1 Colocação do Problema e Justificativas. 2 Objeto. 3 Desenvolvimento; 3.1 A Criança e o Adolescente Enquanto Sujeitos de Direito em Fase de Desenvolvimento; 3.2 Instrução Probatória; 3.3 Depoimento Sem Dano. 4 Conclusões. Referências.

1 COLOCAÇÃO DO PROBLEMA E JUSTIFICATIVAS

A oitiva de crianças e adolescentes vítimas de violência constitui relevante meio de prova, em grande parte dos casos, na medida em que somente a narrativa da vítima é capaz de evidenciar, com a riqueza de detalhes necessária à condenação do seu agressor, o *modus operandi* deste. Da mesma forma, em outras tantas hipóteses, os depoimentos da criança e do adolescente são alçados a um patamar de importância ainda maior, posto que, na imensa maioria dos delitos de que estes são vítimas, há o planejamento e execução às escondidas por parte do agressor, que concretiza o seu delito à uma prudente distância dos olhos de possíveis testemunhas. É nesse contexto que consideramos a palavra da vítima, seja ela criança ou adolescente, como instrumento crucial à punição do seu agressor e, por conseguinte, para a realização da Justiça no caso concreto.

A vulnerabilidade, a fragilidade e a condição de pessoas em desenvolvimento de crianças e adolescentes são percebidas pela legislação nacional que, de forma expres-

* Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado do Piauí; Mestre em Direito pela Universidade Autónoma de Lisboa, Diploma Revalidado pela Universidade Federal de Pernambuco; e Especialista em Direito Civil pela Universidade Salvador.

sa, elenca os princípios da Proteção Integral, do Superior Interesse da Criança e da Dignidade da Pessoa Humana, responsáveis por traduzirem a sua especial condição, bem como por indicarem um conjunto de ações a serem perseguidas pela família, pela sociedade e pelo Estado.

Mais que recomendável, concebo, como medida indispensável, a atuação interdisciplinar, a ser desempenhada através dos profissionais de psiquiatria, psicologia e assistência social, em conjunto com os operadores do direito, como forma de preservar a condição de vulnerabilidade de crianças e adolescentes e obstar a sua revitimização no processo judicial.

No desiderato de priorizar a proteção das crianças e adolescentes não se pode olvidar da aplicação dos princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, corolários do Estado Democrático de Direito. Necessário, pois, viabilizar-se a criação de um modelo específico de instrução probatória nos processos cuja oitiva de crianças e adolescentes, como vítimas ou testemunhas, sejam indispensáveis.

É com este foco, de permitir a interdisciplinaridade e de albergar a condição de vulnerabilidade e fragilidade da criança e do adolescente e os princípios processuais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, que surge a metodologia do Depoimento Sem Dano.

2 OBJETO

Pretende-se expor neste ensaio que a metodologia criada pelo Depoimento sem Dano visa promover a interdisciplinaridade indispensável à concretização dos princípios da Proteção Integral, do Superior Interesse da Criança e da Dignidade da Pessoa Humana.

Esclarece-se outrossim que o objetivo precípua do Depoimento Sem Dano é alcançar a verdade real com o mínimo de danos à criança e ao adolescente, por meio de uma intervenção técnica adequada e especializada a atuar no procedimento de instrução processual, a qual somente poderá ser alcançada por meio de equipes interdisciplinares criadas com o fim específico de inquirir crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas em processos judiciais.

Finalmente, busca-se evidenciar, ainda, que a metodologia preconizada pelo Depoimento Sem Dano além de ser compatível com os princípios acima declinados e que tem na condição de vulnerabilidade da criança e do adolescente o foco principal, propicia a ocorrência de um julgamento justo ao acusado, com respeito aos princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, sem, contudo, descuidar de proteger a vítima, de forma a não revitimizá-la neste processo instrutório, evitando

que o mesmo funcione como um meio agravador dos danos psicológicos que já lhe foram impostos através do ato violador.

3 DESENVOLVIMENTO

3.1 A Criança e o Adolescente Enquanto Sujeitos de Direito em Fase de Desenvolvimento

Para se compreender o sistema de normas e princípios, criados no âmbito do Direito brasileiro, e que destina maior proteção às crianças e adolescentes, faz-se necessário partir sempre do pressuposto de que estes sujeitos apresentam uma condição de vulnerabilidade ínsita à sua condição peculiar de sujeitos em constante evolução.

Partindo desta premissa, é certo concluir que esta condição de vulnerabilidade também precisa ser observada como consequência lógica da adoção do princípio da dignidade da pessoa humana. Explico.

O legislador constituinte, ao eleger o princípio da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental da República, terminou por espriar o conteúdo deste princípio pelas mais diversas normas jurídicas. Neste contexto, em relação ao tema posto à nossa apreciação não poderia ser diferente. Aqui, também, o princípio da dignidade da pessoa humana determina e impõe a garantia de proteção isonômica substancial dos indivíduos, o que equivale dizer que aqueles que se encontram em situação de vulnerabilidade e fragilidade reclamam tratamento distinto dos que não estão nesta condição. Seguindo este trilhar, quando se pensa em crianças e adolescentes, há que se trabalhar sempre com uma tutela jurídica diferenciada que tenha como baliza a sua condição de parte mais vulnerável da relação jurídica.

Nesta linha de raciocínio, a doutrina da proteção integral justifica-se em razão da situação de maior fragilidade e vulnerabilidade das crianças, que autoriza atribuir-lhes um regime especial de proteção, a fim de que possam se estruturar enquanto pessoa humana. Sobre essa vulnerabilidade, escreve Martha de Toledo Machado:

“É ela, outrossim, que autoriza a aparente quebra do princípio da igualdade: porque (referindo-se às crianças e adolescentes) são portadores de uma desigualdade inerente, intrínseca, o ordenamento confere-lhes tratamento mais abrangente como forma de equilibrar a desigualdade de fato e atingir a igualdade jurídica material e não meramente formal.”¹

1 MACHADO, Martha de Toledo. *A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos*. Barueri: Manole, 2003, p. 119.

É marcante, pois, que a incidência dos princípios da proteção integral e da prioridade absoluta harmoniza-se com o princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que implicam em uma mudança de paradigma, no qual a criança e o adolescente deixam de ser menores e objetos e são alçados à categoria de sujeito especial de direitos, com todas as prerrogativas e garantias que lhes são inerentes. Obtempera, de modo mais incisivo, o brilhante civilista baiano Cristiano Chaves de Farias:

“A proteção integral serve, assim, como instrumento vinculante de todo o tecido infraconstitucional, impondo ao jurista compreender toda e qualquer situação concreta de acordo com o que o melhor interesse da criança e adolescente recomendar. (...) Todo e qualquer instituto concernente a interesse de criança ou adolescente precisa estar sintonizado na frequência da proteção integral constitucional, pena de incompatibilidade com o sistema constitucional.”²

É nesse contexto que os princípios da proteção integral, da prioridade absoluta e da dignidade da pessoa humana permeiam todo o ordenamento infraconstitucional e condiciona toda e qualquer interpretação, sobretudo, na análise de cada caso concreto, à busca incessante pelo melhor interesse da criança e do adolescente. Segundo Maria Clara Sottomayor, defensora intransigente do melhor interesse concreto da criança, para cada processo relativo ao destino de um menor devia ser designado, para funcionar como seu representante, um profissional que:

“(…) analisasse profundamente a questão do ponto de vista da criança fornecendo toda a informação relativa a esta (a sua personalidade, preferências, relação com os pais), dando-lhe todas as informações necessárias relativamente ao processo, no caso de ela ter maturidade suficiente para as entender, determinando a sua opinião e trazendo-a ao conhecimento do Tribunal (arts. 9º e 10 da Convenção Europeia sobre o exercício dos direitos das crianças). Na falta deste representante, terá o julgador que se colocar, na medida do possível, no lugar do menor e desempenhar este papel.”³

De posse dessa informação, foi criada a metodologia do Depoimento Sem Dano, com uma estrutura de instrução probatória voltada para a oitiva de crianças e adolescentes vítimas e testemunhas, abandonando-se a normativa processual criminal e cível de cunho geral existente, visando superar os entraves causados com a aplicação desses procedimentos não específicos, como salienta José Antônio Daltoé Cezar:

“Tais normas processuais, em sendo observadas rigidamente, como de regra o são, ao exigirem da criança um discurso lógico, assim como um poderio de enfrenta-

2 FARIAS, Cristiano Chaves de. *A possibilidade de prestação de contas dos alimentos na perspectiva da proteção integral infanto-juvenil*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=582>>. Acesso em: 11.10.2011.

3 SOTTOMAYOR, Maria Clara. Quem são os “verdadeiros” pais? Adopção plena de menor e oposição dos pais biológicos. In: *Abandono e adoção*. Coimbra: Almedina, 2005, p.60.

mento da realidade como o do adulto, colaboram indubitavelmente para que, em casos de abuso sexual, os acusados consigam desqualificar a acusação.”⁴

3.2 Instrução Probatória

Consequência da assimilação do Estado de Direito por nossa ordem jurídica é a necessidade de processamento, julgamento e punição do agressor. Neste cenário, a instrução probatória representa o fator mais relevante de concretização deste ideal preconizado pelo Estado de Direito, seja porque é através da instrução que se busca os elementos necessários à condenação do agressor, mas também é por meio dela que são preservados os princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal.

Em nosso ordenamento, os princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal constituem princípios gerais do processo que informam todo o sistema processual e que derivam diretamente da norma constitucional, sendo, portanto, de aplicação obrigatória.

Hodiernamente, a instrução criminal prevista no Código de Processo Penal abandona o método tradicional de oitiva de testemunhas, representada pelo sistema presidencialista, e permite ao promotor de justiça e ao advogado de defesa a inquirição direta das testemunhas, por meio da adoção do sistema da *cross-examination*. A propósito, veja-se a lição de Fredie Didier Jr.:

“No direito anglo-americano, a inquirição das testemunhas é feita pelo advogado diretamente à testemunha. A *direct-examination* (inquirição pela parte que arrolou a testemunha) e a *cross-examination* (inquirição pela parte contrária) são feitas sem a intermediação do magistrado, a quem cabe principalmente controlar a regularidade da inquirição (EUA, Federal Rules of Evidence, rule nº 611, ‘a’). Permite-se que o magistrado formule perguntas com o objetivo de integrar as perguntas formuladas pelas partes e esclarecer pontos duvidosos do depoimento – trata-se de poder escassamente exercitado, porém.”⁵

Entretanto, essa norma processual não pode ser trabalhada de forma isolada, mas em perfeita sintonia com os princípios processuais da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, sem jamais olvidar que em casos de oitiva de crianças e adolescentes não se pode descuidar da proteção integral, da prioridade absoluta e do melhor interesse da criança. É dessa forma que a metodologia de instrução proba-

4 CEZAR, José Antônio Daltoé. *Depoimento Sem Dano: Uma alternativa para inquirir crianças e adolescentes nos processos judiciais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 65.

5 DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. II, Salvador: Juspodivm, 2007.

tória desenvolvida a partir da criação do Depoimento Sem Dano rompe a barreira do modelo geral de procedimento de alcance de provas e propõe que:

“Além de serem observados o contraditório e a ampla defesa, estatuídos como garantias do processo e da jurisdição, e, portanto, inarredáveis à constituição do devido processo legal, também se observe, à luz das normas processuais vigentes, respeito e dignidade às crianças e aos adolescentes que são ouvidos em juízo, com absoluta prioridade, conforme determina o art. 227 da Constituição Federal.”⁶

E assim, voltando ao que já foi dito, também a norma desenhada no art. 405, § 1º, do Código de Ritos Civis, segundo a qual os menores de 16 (dezesesseis) anos são incapazes de testemunhar, encontra-se em total dissonância com o art. 12º da Convenção Internacional dos Direitos da Criança⁷, que consagra o princípio do respeito pelas opiniões das crianças, segundo o qual elas têm o direito de serem ouvidas e de terem suas opiniões seriamente levadas em consideração, incluindo em qualquer processo judicial. Associando tal princípio ao do interesse superior da criança, Catarina de Albuquerque acentua: “(...) para podermos determinar qual o interesse superior da criança numa situação determinada é indispensável escutar a opinião da própria criança de acordo com a sua idade e maturidade”⁸.

Indispensável, portanto, que antigas normas processuais sejam redesenhadas e/ou reinterpretadas com os contornos, os traçados e as cores do superior interesse da criança, da prioridade absoluta e da proteção integral.

3.3 Depoimento Sem Dano

Em um mundo ideal, entendo que o depoimento da criança e do adolescente deveria ser a exceção, sendo apenas utilizado quando indispensável à instrução probatória, esgotados os demais meios de prova, pois a sua oitiva representa um fato de tensão e estresse, na medida em que as suas narrativas fazem lembrar um episódio de violência e agressão. Ocorre que, infelizmente, não vivemos no mundo ideal.

De outro modo, aqui no mundo real, em um país de dimensões continentais como o Brasil, poucos são os casos em que são produzidas provas periciais, seja pela

6 CEZAR, José Antônio Daltoé, *ob.cit.*, p. 66.

7 O art. 12º da Convenção dispõe, *in verbis*: “1. Os Estados Partes garantem à criança com capacidade de discernimento o direito de exprimir livremente a sua opinião sobre as questões que lhe respeitem, sendo devidamente tomadas em consideração as opiniões da criança, de acordo com a sua idade e maturidade. 2. Para este fim, é assegurada à criança a oportunidade de ser ouvida nos processos judiciais e administrativos que lhe respeitem, seja directamente, seja através de representante ou de organismo adequado, segundo as modalidades previstas pelas regras de processo da legislação nacional”.

8 ALBUQUERQUE, Catarina de. Os Direitos da Criança em Portugal e no Mundo Globalizado. In: *Direito das Crianças*. Corpus Iuris Gentium Conimbrigae 3. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 61.

deficiência no quadro de peritos, que conta com um reduzido número, ou mesmo pela inexistência dos equipamentos necessários, sobretudo nos Estados mais carentes da Federação, como o caso do Piauí, onde todas as perícias criminais centram-se na sua capital Teresina, inviabilizando que sejam realizadas nas mais distantes cidades do interior deste Estado.

A técnica preconizada pelo Depoimento Sem Dano permite a produção antecipada de provas com o fim de impedir sucessivos depoimentos das crianças e dos adolescentes vítimas, que os fazem reviver todas as vezes que são chamados a depor, as situações de agressões, nas quais são sujeitos passivos. Importante observar que a técnica do Depoimento Sem Dano surgiu da necessidade de oitiva de crianças e adolescentes nos processos criminais, nos quais eram vítimas de abuso sexual. Contudo, hodiernamente vem sendo aplicada essa metodologia em outros processos não somente no âmbito criminal, mas também em se tratando de processos relacionados ao Direito de Família ou à Infância e Juventude.

Ademais, essa nova forma de tomada de depoimento das crianças e dos adolescentes vítimas de violência, denominada por Depoimento Sem Dano, ocorre em sala distinta do ambiente reservado à audiência. Nesta permanecerá o juiz, o promotor de justiça, o réu e o defensor do acusado; aquela, mais aconchegante e humanizada, abrigará a criança ou o adolescente, vítima ou testemunha, e o psicólogo, o qual será o responsável por transmitir ao depoente as perguntas realizadas pelo magistrado, advogado e promotor. Por sua vez, a comunicação destes com o psicólogo ocorre com a utilização de tecnologia de áudio e imagem, hoje facilmente disponível.

Uma grande vantagem dessa metodologia de depoimento, que poucas vezes é mencionada em artigos doutrinários, consiste no fato da vítima permanecer em um ambiente distinto daqueles que formularão as perguntas, sobretudo por dois motivos que vivencio na prática como promotora de justiça. O primeiro motivo é traduzido no grande benefício de não sujeitar a criança e o adolescente vítima a questionamentos das mais diversas ordens e que, na maioria dos casos, não visam a preservação da integridade psicológica da vítima, mas apenas o fim de condenar ou absolver o acusado agressor. O segundo motivo traz um benefício de clareza solar, na medida em que o depoimento em sala distinta evita o constrangimento do reencontro entre o agressor e a vítima, fato que seria suficiente para que esta relembresse a situação traumática por ela vivenciada e, por conseguinte, a violência contra si perpetrada.

Sou verdadeiramente uma entusiasta do Depoimento Sem Dano, não que ele seja desprovido de dano, como pode sugerir a sua nomenclatura, mas por ser a metodologia que, sem dúvida, mais se afina com as regras processuais de instrução probatória vigentes e com os princípios que devem nortear todos aqueles que têm na sua atividade profissional o fim precípuo de proteger e salvaguardar as crianças e os

adolescentes, sem nunca esquecer que faz parte deste processo a necessária punição da figura do agressor.

Neste contexto é que, quando se trabalha com jovens e crianças vítimas de violência, as balizas e o foco da nossa atenção precisam estar centrados no cuidado como um valor jurídico a ser perseguido diuturnamente em nossas atividades profissionais, de modo a não engessar as instituições. Assim, consoante os precisos ensinamentos de Leonardo Boff:

“A justiça e as virtudes para serem humanas precisam expressar o modo de ser singular do ser humano: ser individual que se faz virtuoso para com os outros, animal político vivendo sob o império de leis justas e de instituições. Em ambas as esferas se realizam a justiça e vigoram as virtudes. Mas isso não basta, precisa revelar sua essência como um ser que nasceu do cuidado, tende naturalmente a cuidar e deseja ser cuidado. O cuidado impedirá que as virtudes se transformem em farisaísmo, as leis em legalismo e as instituições em prisões.”⁹

Alguns psicólogos criticam a metodologia do Depoimento Sem Dano por considerá-lo ofensivo à atuação do psicólogo, posto que este não seria chamado a desenvolver as suas habilidades e práticas para a qual está capacitado, mas sim para assumir a função de instrumento do magistrado, funcionando simplesmente como figura humanizada deste. Seguindo esta linha de entendimento, a Resolução nº 10/2010, do Conselho Federal de Psicologia, chegou a, de forma explícita, impedir os psicólogos de atuarem no Depoimento Sem Dano¹⁰.

Com convicção, digo que se trata de uma visão errônea¹¹ a de que o psicólogo atuaria como um inquiridor. Isto porque este profissional, por dominar diversas técnicas de comunicação, exerceria a função de intérprete da linguagem da criança e do adolescente, como um facilitador, auxiliando o magistrado, que, na maioria das vezes, não dispõe de qualquer conhecimento referente às áreas da psicologia e psicanálise.

9 BOFF, Leonardo. Justiça e Cuidado: Opostos ou Complementares. In: *O Cuidado como Valor Jurídico*. (Guilherme de Oliveira e Tânia da Silva Pereira. Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2008.

10 Essa resolução foi objeto de exame pela Juíza Federal Marciane Bonzanini, que considerou a vedação imposta pela Resolução ilegítima. Ademais, esclareceu em seu *devisum* que os Conselhos Profissionais têm atribuições para disciplinar e fiscalizar seus profissionais, não podendo jamais criarem limitações ou impedimentos ao exercício das profissões. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-mai-18/justica-decide-psicologos-podem-atuar-depoimento-dano>>. Acesso em 24.09.2011.

11 Adotando esta linha de entendimento aqui criticada, o Conselho Regional de Psicologia/RJ manifesta-se contra a metodologia do Depoimento Sem Dano, por entender que “ela coloca os psicólogos em um lugar que não é o seu, o de inquiridor. A função do psicólogo é fazer uma escuta acolhedora, ouvir a criança em seu tempo, sem pressão ou direcionamento da fala. Outro ponto grave dessa metodologia é colocar a criança e o adolescente no lugar de denúncia, de delação, responsabilizando-os pela produção de provas. O DSD parte do pressuposto de que um depoimento dado a um psicólogo ou assistente social, no lugar do juiz, reduziria o dano causado à criança, como se aquilo que ela fala – e que fica gravado – não fosse produzir efeitos em sua vida”. Disponível em: <<http://www.crprj.org.br/comissoes/justica/depoimento-sem-dano.html>>. Acesso em: 24.09.2011.

Desta forma, as perguntas seriam dos juízes, dos advogados e dos membros do Ministério Público, e seriam repassadas à criança, por meio de profissional habilitado (o psicólogo), que, se valendo de uma linguagem acessível à criança e ao adolescente, transmitiria a estes as perguntas.

Ora, pois, esta situação em nada há que equiparar a função desempenhada pelo psicólogo com a de um inquisidor, mas com a de auxiliar do magistrado, na medida em que estará ao lado das crianças e adolescentes, cedendo a estes a proximidade com a sua figura humana e evitando que perguntas ou palavras impertinentes cheguem às vítimas já tão fragilizadas.

Compreender a criança e o adolescente como sujeitos em desenvolvimento, como pessoas que ocupam o polo mais fragilizado da relação jurídica, sobretudo quando vítimas de um crime, em muito facilita a superação da equivocada ideia de que o psicólogo funcionaria como um inquisidor e que a criança e o adolescente seriam postos na condição de delatores; principais responsáveis pela produção probatória.

Particularmente, entendo que o Depoimento Sem Dano visa especificamente à instrução de um processo cível ou criminal, não tendo por objetivo ou finalidade impedir que outras práticas, com outros fins, por exemplo, o de acompanhar o desenvolvimento psíquico da criança e do adolescente e a superação de um trauma psicológico, também ocorram. Nesta situação específica, a criança e o adolescente serão acompanhados, não na condição de depoente vítima, mas como pessoa humana em desenvolvimento, hipótese em que os seus anseios e perspectivas serão considerados, centrando-se a principal diferença no fato de que o foco aqui é o pleno restabelecimento da vítima violentada e não a instrução de um processo, principal finalidade do Depoimento Sem Dano. Seguindo esta linha de entendimento, Esther Maria de Magalhães Arantes posiciona-se contra a metodologia do Depoimento Sem Dano por acreditar que este preconiza uma técnica reducionista e limitadora da participação do psicólogo e das crianças e adolescentes. Em suas palavras:

“Mas não acreditamos que a proteção à criança e ao adolescente se fará reduzindo todas as falas e práticas a uma racionalidade única e totalizante. Ao contrário, se o psicólogo não se diferenciar do juiz, se for apenas o seu duplo, não haverá espaço para outra fala da criança que não seja a de vítima (...) caso o lugar reservado ao psicólogo seja apenas o de instrumento ou de duplo humanizado do juiz, acreditamos que tal depoimento não será ‘sem dano’, pois anulará o espaço onde a criança poderá existir de uma outra forma, inclusive, fora da conceituação jurídica de vítima.”¹²

12 ARANTES, Esther Maria de Magalhães. *Mediante quais práticas a Psicologia e o Direito pretendem discutir a relação? Anotações sobre o mal-estar*, p. 13. Disponível em: <<http://www.crprj.org.br/documentos/2007/artigo-esther-arantes.pdf>>. Acesso em: 25.10.2011.

Outra virtude da técnica do Depoimento Sem Dano consiste no fato de que, por diversas vezes, sobretudo em se tratando de crianças, não se consegue obter destas as respostas necessárias à condenação do seu agressor por meio de depoimento alcançado através da linguagem verbal. Entretanto, a mesma é capaz de fazê-lo utilizando uma outra linguagem que lhe é mais familiar, como as brincadeiras e os desenhos. Esta forma de linguagem, essencial para o desenvolvimento probatório e o sucesso do processo, não é corretamente interpretada pelos profissionais do Direito, na medida em que não são treinados a distinguir a realidade do mundo da fantasia, do imaginário da criança. Somente o psicólogo, profissional treinado para este *mister*, pode entender e alcançar este tipo de expressão não verbal. Neste mesmo sentir, Denise Maria Perissini da Silva expõe com precisão: “através de desenhos, jogos, brincadeiras com bonecos que reproduzem a cena traumática e demonstrem a sexualidade, é possível fazer com que a criança manifeste os sentimentos que está vivenciando”¹³.

Os principais aspectos positivos do Depoimento Sem Dano são ressaltados no Mandado de Segurança¹⁴ impetrado pelo Ministério Público gaúcho, que visou aplicar o procedimento e a sistemática do Depoimento Sem Dano para a oitiva de vítima menor a ser realizada em local distinto da sala de audiência. Neste processo, o relator Des. Aymoré Roque Potte de Melo traz os diversos aspectos elencados por Jorge Ruben Volnovich:

- registro rigoroso da entrevista;
- documentação visual dos gestos e expressões faciais que acompanham os enunciados verbais da criança;
- registro visual e verbal que pode ser visto muito tempo depois por outros profissionais;
- forma de capacitação contínua para os entrevistadores;
- ajuda efetiva para conseguir uma aceitação do acontecido por parte do ofensor;

13 SILVA, Denise Maria Perissini da. *Psicologia Jurídica no Processo Civil Brasileiro*. A interface da Psicologia com Direito nas questões de família e infância. São Paulo: Casa do psicólogo, 2007. 2. ed. p. 143.

14 Trata-se do Mandado de Segurança nº 70.013.748.959, Sexta Câmara Criminal, Porto Alegre/MP, cuja ementa é a seguinte: MANDADO DE SEGURANÇA. PROJETO “DEPOIMENTO SEM DANO”. Pleito de inquirição de vítimas menores, abusadas sexualmente, nos moldes da procedimentalidade técnica desenvolvida no âmbito do “Projeto Depoimento sem Dano – DSD”. Relevância da postulação, a partir da caracterização do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*. Priorização objetiva de medida judiciária institucionalizada no denominado “Projeto Depoimento sem Dano – DSD”, que objetiva a proteção psicológica de crianças – como no caso – e adolescentes vítimas de abusos sexuais e outras infrações penais que deixam graves sequelas no âmbito da estrutura da personalidade, ainda permitindo a realização de instrução criminal tecnicamente mais apurada, viabilizando uma coleta de prova oral rente ao princípio da veracidade dos fatos havidos. Precedente no direito comparado. Ordem concedida para que as vítimas sejam inquiridas sob a tecnicidade do “Projeto Depoimento sem Dano”, não obstante os indiscutidos predicados e atributos profissionais da magistrada que preside o processo criminal no Juízo *a quo*. Ação julgada procedente. Ordem concedida. Voto vencido.

– instrumento de ajuda ao familiar não ofensor ou ao ofensor, facilitando a compreensão do que aconteceu e do que não aconteceu.”¹⁵

4 CONCLUSÕES

Como consequência do desenvolvimento dos tópicos abordados neste ensaio, é chegado o momento de trazer algumas conclusões que saltam aos olhos, sintetizando-as aqui uma a uma:

1) A condição de pessoas em desenvolvimento e, por conseguinte, a posição de vulnerabilidade de crianças e adolescentes impõe ao jurista a criação de um novo método de instrução probatória, específico e adequado à oitiva de crianças e adolescentes e que, ao mesmo tempo, se valha de equipes interdisciplinares;

2) A metodologia do Depoimento Sem Dano é ancorada na observância dos princípios da Proteção Integral, do Superior Interesse da Criança e da Dignidade da Pessoa Humana, mas também encontra-se sintonizado com os princípios processuais da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, corolários do Estado Democrático de Direito;

3) O procedimento utilizado no Depoimento Sem Dano busca, de forma eficiente, a coleta de provas de forma menos danosa à criança e ao adolescente vítimas de violência ou testemunhas, de modo a evitar a ocorrência de sua revitimização;

4) A utilização da equipe interdisciplinar, seja por meio de psicólogo ou de assistente social, na oitiva de crianças e adolescentes, gera especialização e eficiência na coleta de provas, na medida em que se vale de conhecimentos próprios de outras ciências, sendo, pois, medida que se impõe em respeito à condição de vulnerabilidade de crianças e adolescentes.

REFERÊNCIAS

ARANTES, Esther Maria de Magalhães. *Mediante quais práticas a Psicologia e o Direito pretendem discutir a relação?* Anotações sobre o mal-estar. Disponível em: <<http://www.crprj.org.br/documentos/2007artigo-esther-arantes.pdf>>. Acesso em: 25.10.2011.

ALBUQUERQUE, Catarina de. Os Direitos da Criança em Portugal e no Mundo Globalizado. In: *Direito das Crianças*. Corpus Iuris Gentium Conimbrigae 3. Coimbra: Coimbra, 2004.

BOFF, Leonardo. Justiça e Cuidado: Opostos ou Complementares. In: *O Cuidado como Valor Jurídico*. (Guilherme de Oliveira e Tânia da Silva Pereira. Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2008.

15 VOLNOVICH, Jorge Ruben. *Abuso sexual de crianças pequenas: da suspeita à validação*. Rio de Janeiro: Lacerda, 2005, p. 42-43. Disponível em: <http://jjj.tj.rs.gov.br/jjj_site/docs/JURIS/>. Acesso em: 26.10.2011.

- CEZAR, José Antônio Daltoé. *Depoimento Sem Dano: Uma alternativa para inquirir crianças e adolescentes nos processos judiciais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- CONTI, Matilde Carone Slaibi. *Da pedofilia – Aspectos Psicanalísticos, Jurídicos e Sociais do Perverso Sexual*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. II, Salvador: Juspodivm, 2007.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- FARIAS, Cristiano Chaves. *A possibilidade de prestação de contas dos alimentos na perspectiva da proteção integral infanto-juvenil*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=582>>. Acesso em: 11.10.2011.
- MACHADO, Martha de Toledo. *A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos*. Barueri: Manole, 2003.
- RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. *Abuso sexual ou alienação parental: o difícil diagnóstico*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br>>. Acesso em: 24.09.2011.
- SILVA, Denise Maria Perissini da. *Psicologia Jurídica no Processo Civil Brasileiro*. A interface da Psicologia com Direito nas questões de família e infância. São Paulo: Casa do psicólogo, 2007. 2. ed.
- SOTTOMAYOR, Maria Clara. Quem são os “verdadeiros” pais? Adopção plena de menor e oposição dos pais biológicos. In: *Abandono e adoção*. Coimbra: Almedina, 2005.

NÚCLEO DE PROMOÇÃO DA FILIAÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE ALAGOAS: DESBUROCRATIZANDO O ACESSO AO DIREITO À FILIAÇÃO

*Ana Florinda Mendonça da Silva Dantas**

*Ana Claudia Acioli Lopes***

*Katiana Régio de Lima****

*Marcia Cristina Gomes Carvalho*****

O Núcleo de Promoção da Filiação (NPF) foi criado pelo Tribunal de Justiça de Alagoas, em 2008, a partir de pesquisas realizadas pela Juíza de Direito Ana Florinda Dantas e estudantes do curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas do Centro Universitário CESMAC, através do Programa Semente de Iniciação Científica, que comprovaram que aproximadamente 20% das crianças registradas em Maceió não possuíam o nome paterno nos registros de nascimento.

Diante dessa realidade, foi criado o NPF, por meio da Resolução TJ-AL nº 36/08, com o objetivo de promover o cumprimento dos procedimentos das averiguações de paternidade estabelecidos na Lei nº 8.560/92 e agilizar os processos de investigação de paternidade em andamento, reduzindo ao mínimo indispensável os procedimentos burocráticos necessários para o registro completo e o reconhecimento

* Juíza Coordenadora do Núcleo de Promoção da Filiação do Tribunal de Justiça de Alagoas; Mestre e Doutoranda em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito de Lisboa; Professora da Graduação e Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Maceió – CESMAC.

** Analista Judiciária do Tribunal de Justiça de Alagoas; Coordenadora Técnica do Núcleo de Promoção de Filiação – NPF; Graduada do Curso de Direito da Faculdade CESMAC/AL.

*** Psicóloga Jurídica do Núcleo de Promoção à Filiação – NPF CRP:15/0370; Especialista em Psicologia Clínica – CESMAC/AL; Especialista em Educação Sexual – Universidade Gama Filho/RJ.

**** Assistente Social e Perita do Núcleo de Promoção à Filiação – NPF; Especialista em Saúde Coletiva – Universidade Gama Filho/RJ; Graduada do Curso de Direito da Faculdade Estácio de Sá – FAL.

da paternidade. A coordenação do NPF é exercida por um juiz de direito, dela fazendo parte um representante do Ministério Público e um da Defensoria Pública.

Como uma das causas diagnosticadas para o alto índice de registros incompletos foi a baixa resolutividade das averiguações de paternidade, o NPF passou a funcionar como órgão centralizador das comunicações enviadas pelos oficiais de registro civil, a fim de promover o efetivo cumprimento do princípio da prioridade absoluta do interesse da criança e do adolescente, contido na Constituição Federal e o disposto nas Leis ns. 6.016/73, 8.560/92 e 8.069/90. Embora priorizando o atendimento à criança e ao adolescente, o NPF atende pessoas de todas as faixas etárias, como órgão promotor do direito à filiação e dos demais direitos dele decorrentes, a exemplo do direito de guarda, convivência familiar e alimentos, além de atendimentos que possam evitar futuras ações judiciais relacionadas com esse direito.

Recentemente foi implantado no NPF o *Projeto adoção simples: adoção unilateral consensual com reconhecimento de filiação socioafetiva*, objetivando promover, com simplicidade e rapidez, processos de adoção por padrastos (adoção unilateral), legalizando a filiação socioafetiva construída na convivência da criança ou adolescente com o marido/esposa ou companheiro(a) de sua mãe/pai, em casos cuja filiação socioafetiva necessita ser legalmente reconhecida e regularizada, programa pioneiro que vem obtendo excelentes resultados.

O NPF faz parte do Programa de Registro Integral, que juntamente com as Centrais de Conciliações e de Registros de Nascimento e o FEREC – Fundo Especial para o Registro Civil de Alagoas –, trabalha com ênfase na garantia do registro civil de nascimento feito ainda na maternidade ou nos noventa dias a partir do nascimento da criança. Além da demanda proveniente dos Cartórios de Registro Civil, que enviam mensalmente os termos de alegações de paternidade, o NPF realiza mutirões e ações continuadas em escolas públicas, presídios, centros de ressocialização, associações comunitárias e Varas de Família em Maceió, para o reconhecimento espontâneo da filiação, oportunidade em que são selecionados os casos aptos para a inserção nos demais projetos desenvolvidos.

PARCERIAS

Para desenvolver suas atividades, o NPF firmou diversas parcerias, funcionando dentro da estrutura do Poder Judiciário e na Faculdade de Ciências Jurídicas do Centro Universitário CESMAC. Em julho de 2009, foi firmado um Termo de Cooperação com a Prefeitura de Maceió, para que passassem a atuar no NPF profissionais de psicologia e serviço social, além do fornecimento de infraestrutura para o desenvolvimento das atividades da equipe interdisciplinar.

Em maio de 2010, foi firmado um Convênio de Cooperação Técnica com a UNICEF para capacitação da equipe, apoio ao planejamento e monitoramento das ações, parceria que foi fundamental para promover a integração do TJ-AL ao Comitê Estadual de Erradicação do Sub-Registro de Nascimentos e ao Pacto Nacional “Um mundo para a criança e o adolescente do semiárido”.

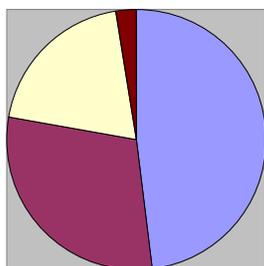
Uma parceria inovadora foi firmada com a Universidade Federal de Alagoas, junto ao *Programa de Identificação Humana e Diagnóstico Molecular*, desenvolvendo, no seu laboratório de genética, um prático *kit* de coleta de material genético a partir da saliva, que pode ser realizado em qualquer local e sem a necessidade de profissionais especializados da área de saúde, desde que previamente treinados. O material também pode ser enviado por correio sem risco de dano, e posteriormente é enviado ao laboratório para realização do exame diagnóstico. Este procedimento possibilita ações fora da sede do NPF.

Outros parceiros estratégicos foram incorporando-se às ações, a exemplo da Associação dos Notários e Registradores de Alagoas e das Secretarias de Ação Social e de Educação do Estado de Alagoas, com as quais estão sendo firmados convênios. No mês de abril de 2011, o Fundo de Combate à pobreza de Alagoas – FECOEP – destinou recursos às ações do NPF, reconhecendo que seus usuários são predominantemente pessoas muito pobres e que suas ações contribuem para a inclusão social dessas pessoas, na medida em que possibilita o acesso aos direitos básicos vinculados à cidadania.

RESULTADOS

As atividades do NPF vêm propiciando uma redução significativa das ações de Investigação de Paternidade que tramitam nas Varas de Família.

Procedimentos resolvidos em 2009:



■ Reconhecimento espontâneo (sem DNA) - 317
■ Reconhecimento com realização de DNA - 198
■ Endereço da genitora não localizado 130
■ Processos arquivados por falta de interesse da genitora - 16

Atualmente existem 1.952 procedimentos em tramitação no NPF, sendo que 812 foram reconhecimentos espontâneos sem exame de DNA e 530 com exame de DNA. Do total de procedimentos, somente 05 foram encaminhados para ingressar com ações judiciais.

ENDEREÇOS E TELEFONES PARA CONTATO

Fórum Jairo Maia Fernandes – Av. Presidente Roosevelt, S/N, Sala 10, Térreo, Barro Duro, Maceió/AL.

Fone/FAX: (82) 4009.3571/ (82) 9119.5620

Fadima – Rua Íris Alagoense, 458, Farol, Maceió/AL.

Fone: (82) 3215.5207

FAMÍLIA: CUIDADO, VULNERABILIDADE E SUSTENTABILIDADE

*Antônio Carlos Mathias Coltro**

“A lei escrita pode ser obra de uma ilusão, de um capricho, de um momento de pressa, ou qualquer outra causa menos ponderável; o uso, por isso mesmo que tem o consenso diuturno de todos, exprime a alma universal dos homens e das cousas.” (Machado de Assis)

SUMÁRIO: Nota Inicial. O Ordenamento e a Jurisprudência. O Cuidado. Vulnerabilidade. Sustentabilidade. Conclusão.

NOTA INICIAL

“Os juristas que prestam atenção ao cuidado e à vulnerabilidade acrescentam tijolos indispensáveis nas paredes-mestres de uma construção infinita.” (Guilherme de Oliveira – Prof. da Universidade de Coimbra)

“Podemos escapar de tudo, menos de nossa infância.” (Beryl Bainbridge)

1) Após aludir, como preâmbulo, ao asseguramento do exercício dos direitos sociais e individuais, à liberdade, segurança, bem-estar, desenvolvimento, igualdade e justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, como claro índice dos objetivos pretendidos com a promulgação da Constituição Federal de 1988, passou o constituinte a enunciar os princípios que não poderiam deixar de ser considerados na elaboração de um documento destinado à defesa da cidadania.

Assim, e desde logo, indicou como *Fundamentos da República* a própria cidadania e a dignidade da pessoa humana, mencionando, ademais e no rol dos direitos fundamentais, serem homens e mulheres iguais em direitos e obrigações, não sendo ninguém obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei, ratificando,

* Desembargador do TJSP; Diretor-Presidente do IBDFAM-SP (2010/2011) e do IBDC (2011/2012); Mestre em Direito das Relações Sociais (PUC-SP); Membro da Academia Paulista de Direito e Academia Paulista de Magistrados; Coordenador do Curso de Pós-Graduação em Direito de Família no LFG, em São Paulo.

adiante e no âmbito familiar, a equivalência quanto ao exercício de direitos e deveres inerentes à sociedade conjugal, pelo homem e pela mulher, sem olvidar o reconhecimento à necessidade de ampliar a moldura do ente familiar e esclarecer que ele alcança também a união estável entre homem e mulher e os próprios casais integrados por pessoas do mesmo sexo, segundo interpretação do STF (ADPF 132/RJ – Rio de Janeiro¹), como guardião da Constituição e a entidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes².

- 1 Ementa: 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREIA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da *kel-seniana* “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanação do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito à autoestima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SOCIOCULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO REDUCIONISTA. O *caput* do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal *locus* institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autônoma família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTE-

Não bastasse, e em implícita consideração ao princípio do superior interesse da criança e do adolescente e à doutrina da proteção integral, está expresso no art. 227, ser “(...) dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”, dispondo, em seguida: “§ 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos: I – aplicação de

ÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELEÇER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no § 3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu § 3º. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese *sub judice*. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não equiparação jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do § 2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, *verbis*: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. 5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de famílias constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata autoaplicabilidade da Constituição. 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como famílias. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva (ADPF 132, Relator(a): Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, j. 05.05.2011, DJe-198 divulg. 13.10.2011 public. 14.10.2011 ement. vol. 02607-01 p. 00001).

2 Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

(...)

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil; II – criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação”.

Outrossim, e no § 3º, referiu: “O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos”:

“I – idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7º, XXXIII; II – garantia de direitos previdenciários e trabalhistas; III – garantia de acesso do trabalhador adolescente e jovem à escola (*Redação dada pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010*); IV – garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica; V – obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade; VI – estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado; VII – programas de prevenção e atendimento especializado à criança, ao adolescente e ao jovem dependente de entorpecentes e drogas afins (*Redação dada pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010*). § 4º A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente. § 5º A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros. § 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. § 7º No atendimento dos direitos da criança e do adolescente levar-se-á em consideração o disposto no art. 204.”

Seguindo, e nos arts. 229 e 230, estabelece o quanto segue: “Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade. Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida. § 1º Os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares. § 2º Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos”.

Evidente, assim, o relevo constitucional da família, sistematizada, sem qualquer dúvida, em um novo e mais elevado cenário, no que tange aos princípios a serem considerados pela legislação infraconstitucional e pelos usuários e aplicadores do sistema legal.

2) Conforme Paulo Lôbo, “Um dos maiores avanços do direito brasileiro, principalmente após a Constituição de 1988, é a consagração da força normativa dos princípios constitucionais explícitos e *implícitos*, superando o efeito simbólico que a doutrina tradicional a eles destinava”³.

Em outro momento de sua obra, salienta o doutrinador: “Os princípios constitucionais são expressos ou implícitos. Estes últimos podem derivar da interpretação do sistema constitucional adotado ou podem brotar da interpretação harmonizadora de normas constitucionais específicas (por exemplo, o princípio da afetividade)”⁴.

Como decorrência, anota: “Em virtude das transformações ocorridas e que estão a ocorrer no direito de família, alguns princípios emergem do sistema jurídico brasileiro e que poderiam desfrutar de autonomia, como o princípio do pluralismo de entidades familiares, adotado pela Constituição de 1988, pois elas são titulares de mesma proteção legal”⁵.

Entretanto, e ainda que não previsto de forma expressa e independente e como se verá, tal princípio vem sendo considerado pela jurisprudência, inclusive do STF, e com força tal que a interpretação dada à CF pode ser tida como reconhecendo efeito consoante o referido, servindo como exemplo, desde já, a asserção feita em decisão outra, além da já mencionada e que resultou no reconhecimento de efeitos à união estável homossexual, relatado agora pelo constitucionalista e Ministro Celso de Mello, cuja ementa sem formatação assinala, em dado momento: “O Supremo Tribunal Federal – apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva e invocando princípios essenciais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não discriminação e da busca da felicidade) – reconhece assistir, a qualquer pessoa, o direito fundamental à orientação sexual, havendo proclamado, por isso mesmo, a plena legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, atribuindo-lhe, em consequência, verdadeiro estatuto de cidadania, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes consequências no plano do Direito, notadamente no campo previdenciário, e, também, na esfera das relações sociais e familiares”. “A extensão, às uniões homoafetivas, do mesmo regime jurídico aplicável à união estável entre pessoas de gênero distinto justifica-se e legitima-se pela direta incidência, dentre outros, dos princípios constitucionais da igualdade, da liberdade, da dignidade, da segurança jurídica e do postulado constitucional implícito que consagra o direito à busca da felicidade, os quais configuram, numa estrita dimensão que privilegia o sentido de inclusão decorrente da própria Constituição da República (art. 1º, III, e art. 3º, IV), fundamentos autônomos e suficientes aptos a conferir suporte legitimador à qualificação

3 Famílias, São Paulo, Saraiva, 2008, p. 34, n. 3.1. O sublinhado não é do original.

4 Idem, p. 36

5 Mma. op., p. cit.

das conjugalidades entre pessoas do mesmo sexo como espécie do gênero entidade familiar. Toda pessoa tem o direito fundamental de constituir família, independentemente de sua orientação sexual ou de identidade de gênero. A família resultante da união homoafetiva não pode sofrer discriminação, cabendo-lhe os mesmos direitos, prerrogativas, benefícios e obrigações que se mostrem acessíveis a parceiros de sexo distinto que integrem uniões heteroafetivas” (RE 477.554 AgR, Relator(a): Min. Celso de Mello, Segunda Turma, j. 16.08.2011, DJe-164 divulg 25.08.2011 public. 26.08.2011 ement. vol. 02574-02 p. 00287).

O ORDENAMENTO E A JURISPRUDÊNCIA

“O direito tem fórmulas e métodos de julgamento apropriados à conservação e fórmulas e métodos apropriados à mudança.” (Benjamin Nathan Cardozo)

3) Afora o que deriva de forma direta da CF e no exercício da missão interpretativa e sob certo aspecto de criação e complementação legislativa que lhes cabe, conscientes (da mesma forma que ocorre em relação ao direito consuetudinário), ainda, de que os princípios legais “(...) nunca foram tratados como verdades finais, mas como hipóteses de trabalho, continuamente reexaminadas nesses grandes laboratórios do direito que são os tribunais de justiça”, na referência de Monroe Smith, conforme a citação feita por Benjamin Nathan Cardozo⁶ e ante o fato de que, “(...) se as regras derivadas de um princípio não estiverem dando bons resultados, ele próprio deverá, em última análise, ser revisto”, passaram os julgadores a ter um novo olhar para as situações a si submetidas, tendo em conta tanto as inovações constitucionais, quanto a antiga, mas sempre atual regra da Lei de Introdução ao Código Civil, hoje Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, dirigida a que, *Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum* (art. 5º).

Como corolário disso, assumiu a socioafetividade apropriado local para cogitação no universo jurídico nacional, desde sua consideração para o fim de adoção *post mortem*⁷, como para o reconhecimento do interesse que o padrasto tem na adoção do enteado⁸, quanto para a manutenção do reconhecimento de maternidade realizado por

6 A natureza do processo e a evolução do direito. Porto Alegre: Ajuris, 1978. trad. Leda Boechat Rodrigues, p. 59/60.

7 ADOÇÃO PÓSTUMA. Prova inequívoca. O reconhecimento da filiação na certidão de batismo, a que se conjugam outros elementos de prova, demonstra a inequívoca intenção de adotar, o que pode ser declarado ainda que ao tempo da morte não tenha tido início o procedimento para a formalização da adoção. Procedência da ação proposta pela mulher para que fosse decretada em nome dela e do marido pré-morto a adoção de menino criado pelo casal desde os primeiros dias de vida. Interpretação extensiva do art. 42, § 5º, do ECA. Recurso conhecido e provido (REsp 457.635/PB, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, j. 19.11.02, DJ 17.03.03, p. 238).

8 Direito civil. Família. Criança e adolescente. Adoção. Pedido preparatório de destituição do poder familiar formulado pelo padrasto em face do pai biológico. Legítimo interesse. Famílias recompostas. Melhor interesse da criança.

– O procedimento para a perda do poder familiar terá início por provocação do Ministério Público ou de pessoa dotada de legítimo interesse, que se caracteriza por uma estreita relação entre o interesse pessoal do sujeito ativo e o bem-estar da criança.

aquela que não tinha vínculo biológico com a criança e a importância da regra final do art. 1.593 do atual CC⁹, o mesmo se dando quanto ao genitor reconhecente¹⁰ e aquele com quem a mãe da criança convive, se estrangeiro e para o fim de beneficiar-se em *habeas corpus* destinado a impedir sua expulsão do Brasil, em virtude do envolvimento

– O pedido de adoção, formulado neste processo, funda-se no art. 41, § 1º, do ECA (correspondente ao art. 1.626, parágrafo único, do CC/02), em que um dos cônjuges pretende adotar o filho do outro, o que permite ao padrasto invocar o legítimo interesse para a destituição do poder familiar do pai biológico, arvorado na convivência familiar, ligada, essencialmente, à paternidade social, ou seja, à socioafetividade, que representa, conforme ensina Tânia da Silva Pereira, um convívio de carinho e participação no desenvolvimento e formação da criança, sem a concorrência do vínculo biológico (Direito da criança e do adolescente – uma proposta interdisciplinar. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 735).

– O alicerce, portanto, do pedido de adoção reside no estabelecimento de relação afetiva mantida entre o padrasto e a criança, em decorrência de ter formado verdadeira entidade familiar com a mulher e a adotanda, atualmente composta também por filha comum do casal. Desse arranjo familiar, sobressai o cuidado inerente aos cônjuges, em reciprocidade e em relação aos filhos, seja a prole comum, seja ela oriunda de relacionamentos anteriores de cada consorte, considerando a família como espaço para dar e receber cuidados.

– Sob essa perspectiva, o cuidado, na lição de Leonardo Boff, “representa uma atitude de ocupação, preocupação, responsabilização e envolvimento com o outro; entra na natureza e na constituição do ser humano. O modo de ser cuidado revela de maneira concreta como é o ser humano. Sem cuidado ele deixa de ser humano. Se não receber cuidado desde o nascimento até a morte, o ser humano desestrutura-se, define, perde sentido e morre. Se, ao largo da vida, não fizer com cuidado tudo o que compreender, acabará por prejudicar a si mesmo por destruir o que estiver à sua volta. Por isso o cuidado deve ser entendido na linha da essência humana” (apud Pereira, Tânia da Silva. Op. cit. p. 58).

– Com fundamento na paternidade responsável, “o poder familiar é instituído no interesse dos filhos e da família, não em proveito dos genitores” e com base nessa premissa deve ser analisada sua permanência ou destituição. Citando Laurent, “o poder do pai e da mãe não é outra coisa senão proteção e direção” (Principes de Droit Civil Français, 4/350), segundo as balizas do direito de cuidado a envolver a criança e o adolescente.

– Sob a tônica do legítimo interesse amparado na socioafetividade, ao padrasto é conferida legitimidade ativa e interesse de agir para postular a destituição do poder familiar do pai biológico da criança. Entretanto, todas as circunstâncias deverão ser analisadas detidamente no curso do processo, com a necessária instrução probatória e amplo contraditório, determinando-se, outrossim, a realização de estudo social ou, se possível, de perícia por equipe interprofissional, segundo estabelece o art. 162, § 1º, do Estatuto protetivo, sem descuidar que as hipóteses autorizadoras da destituição do poder familiar – que devem estar sobejamente comprovadas – são aquelas contempladas no art. 1.638 do CC/02 c/c art. 24 do ECA, em *numerus clausus*. Isto é, tão somente diante da inequívoca comprovação de uma das causas de destituição do poder familiar, em que efetivamente seja demonstrado o risco social e pessoal a que esteja sujeita a criança ou de ameaça de lesão aos seus direitos, é que o genitor poderá ter extirpado o poder familiar, em caráter preparatório à adoção, a qual tem a capacidade de cortar quaisquer vínculos existentes entre a criança e a família paterna.

– O direito fundamental da criança e do adolescente de ser criado e educado no seio da sua família, preconizado no art. 19 do ECA, engloba a convivência familiar ampla, para que o menor alcance em sua plenitude um desenvolvimento sadio e completo. Atento a isso é que o Juiz deverá colher os elementos para decidir consoante o melhor interesse da criança.

– Diante dos complexos e intrincados arranjos familiares que se delineiam no universo jurídico – ampliados pelo entrecruzar de interesses, direitos e deveres dos diversos componentes de famílias redimensionadas –, deve o Juiz pautar-se, em todos os casos e circunstâncias, no princípio do melhor interesse da criança, exigindo dos pais biológicos e socioafetivos coerência de atitudes, a fim de promover maior harmonia familiar e consequente segurança às crianças introduzidas nessas inusitadas tessituras.

– Por tudo isso – consideradas as peculiaridades do processo –, é que deve ser concedido ao padrasto – legitimado ativamente e detentor de interesse de agir – o direito de postular em juízo a destituição do poder

em atividade penal ilícita¹¹, além de assim se entender relativamente à possibilidade do que foi criado como filho requerer o reconhecimento de tal condição por meio de ação investigatória, sem interferir a inexistência do liame biológico com os que o

familiar – pressuposto lógico da medida principal de adoção por ele requerida – em face do pai biológico, em procedimento contraditório, consonante o que prevê o art. 169 do ECA.

– Nada há para reformar no acórdão recorrido, porquanto a regra inserta no art. 155 do ECA foi devidamente observada, ao contemplar o padrasto como detentor de legítimo interesse para o pleito destitutivo, em procedimento contraditório.

Recurso especial não provido. (REsp 1.106.637/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 01.06.2010, DJe 01.07.2010)

- 9 Direito civil. Família. Recurso Especial. Ação de anulação de registro de nascimento. Ausência de vício de consentimento.

Maternidade socioafetiva. Situação consolidada. Preponderância da preservação da estabilidade familiar.

– A peculiaridade da lide centra-se no pleito formulado por uma irmã em face da outra, por meio do qual se busca anular o assento de nascimento. Para isso, fundamenta seu pedido em alegação de falsidade ideológica perpetrada pela falecida mãe que, nos termos em que foram descritos os fatos no acórdão recorrido – considerada a sua imutabilidade nesta via recursal –, registrou filha recém-nascida de outrem como sua.

– A par de eventual sofisma na interpretação conferida pelo TJ/SP acerca do disposto no art. 348 do CC/1916, em que tanto a falsidade quanto o erro do registro são suficientes para permitir ao investigante vindicar estado contrário ao que resulta do assento de nascimento, subjaz, do cenário fático descrito no acórdão impugnado, a ausência de qualquer vício de consentimento na livre vontade manifestada pela mãe que, mesmo ciente de que a menor não era a ela ligada por vínculo de sangue, reconheceu-a como filha, em decorrência dos laços de afeto que as uniram. Com o foco nessa premissa – a da existência da socioafetividade –, é que a lide deve ser solucionada.

– Vê-se no acórdão recorrido que houve o reconhecimento espontâneo da maternidade, cuja anulação do assento de nascimento da criança somente poderia ocorrer com a presença de prova robusta – de que a mãe teria sido induzida a erro, no sentido de desconhecer a origem genética da criança, ou, então, valendo-se de conduta reprovável e mediante má-fé, declarar como verdadeiro vínculo familiar inexistente. Inexiste meio de desfazer um ato levado a efeito com perfeita demonstração da vontade daquela que um dia declarou perante a sociedade, em ato solene e de reconhecimento público, ser mãe da criança, valendo-se, para tanto, da verdade socialmente construída com base no afeto, demonstrando, dessa forma, a efetiva existência de vínculo familiar.

– O descompasso do registro de nascimento com a realidade biológica, em razão de conduta que desconsidera o aspecto genético, somente pode ser vindicado por aquele que teve sua filiação falsamente atribuída e os efeitos daí decorrentes apenas podem se operar contra aquele que realizou o ato de reconhecimento familiar, sondando-se, sobretudo, em sua plenitude, a manifestação volitiva, a fim de aferir a existência de vínculo socioafetivo de filiação. Nessa hipótese, descabe imposição de sanção estatal, em consideração ao princípio do maior interesse da criança, sobre quem jamais poderá recair prejuízo derivado de ato praticado por pessoa que lhe ofereceu a segurança de ser identificada como filha.

– Some-se a esse raciocínio que, no processo julgado, a peculiaridade do fato jurídico morte impede, de qualquer forma, a sanção do Estado sobre a mãe que reconheceu a filha em razão de vínculo que não nasceu do sangue, mas do afeto.

– Nesse contexto, a filiação socioafetiva, que encontra alicerce no art. 227, § 6º, da CF/88, envolve não apenas a adoção, como também “parentescos de outra origem”, conforme introduzido pelo art. 1.593 do CC/02, além daqueles decorrentes da consanguinidade oriunda da ordem natural, de modo a contemplar a socioafetividade surgida como elemento de ordem cultural.

– Assim, ainda que despida de ascendência genética, a filiação socioafetiva constitui uma relação de fato que deve ser reconhecida e amparada juridicamente. Isso porque a maternidade que nasce de uma decisão espontânea deve ter guarida no Direito de Família, assim como os demais vínculos advindos da filiação.

– Como fundamento maior a consolidar a acolhida da filiação socioafetiva no sistema jurídico vigente, erige-se a cláusula geral de tutela da personalidade humana, que salvaguarda a filiação como elemento fundamental na formação da identidade do ser humano.

criaram¹², reconhecendo-se, outrossim, a própria supremacia do laço afetivo sobre o biológico¹³ e o patrimonial¹⁴, bem como o relevo que tal circunstância assumiu para o

Permitir a desconstituição de reconhecimento de maternidade amparado em relação de afeto teria o condão de extirpar da criança – hoje pessoa adulta, tendo em vista os 17 anos de tramitação do processo – preponderante fator de construção de sua identidade e de definição de sua personalidade. E a identidade dessa pessoa, resgatada pelo afeto, não pode ficar à deriva em face das incertezas, instabilidades ou até mesmo interesses meramente patrimoniais de terceiros submersos em conflitos familiares.

– Dessa forma, tendo em mente as vicissitudes e elementos fáticos constantes do processo, na peculiar versão conferida pelo TJ/SP, em que se identificou a configuração de verdadeira “adoção à brasileira”, a caracterizar vínculo de filiação construído por meio da convivência e do afeto, acompanhado por tratamento materno-filial, deve ser assegurada judicialmente a perenidade da relação vivida entre mãe e filha. Configurados os elementos componentes do suporte fático da filiação socioafetiva, não se pode questionar sob o argumento da diversidade de origem genética o ato de registro de nascimento da outrora menor estribado na afetividade, tudo com base na doutrina de proteção integral à criança.

– Conquanto a “adoção à brasileira” não se revista da validade própria daquela realizada nos moldes legais, escapando à disciplina estabelecida nos arts. 39 usque 52-D e 165 usque 170 do ECA, há de preponderar-se em hipóteses como a julgada – consideradas as especificidades de cada caso – a preservação da estabilidade familiar, em situação consolidada e amplamente reconhecida no meio social, sem identificação de vício de consentimento ou de má-fé, em que, movida pelos mais nobres sentimentos de humanidade, A. F. V. manifestou a verdadeira intenção de acolher como filha C. F. V., destinando-lhe afeto e cuidados inerentes à maternidade construída e plenamente exercida. A garantia de busca da verdade biológica deve ser interpretada de forma correlata às circunstâncias inerentes às investigatórias de paternidade; jamais às negatórias, sob o perigo de se subverter a ordem e a segurança que se quis conferir àquele que investiga sua real identidade.

– Mantém-se o acórdão impugnado, impondo-se a irrevogabilidade do reconhecimento voluntário da maternidade, por força da ausência de vício na manifestação da vontade, ainda que procedida em desconformidade com a verdade biológica. Isso porque prevalece, na hipótese, a ligação socioafetiva construída e consolidada entre mãe e filha, que tem proteção indelével conferida à personalidade humana, por meio da cláusula geral que a tutela e encontra respaldo na preservação da estabilidade familiar.

Recurso especial não provido. (REsp 1.000.356/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 25.05.2010, DJe 07.06.2010)

10 REGISTRO CIVIL. RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE VIA ESCRITURA PÚBLICA. INTENÇÃO LIVRE E CONSCIENTE. ASSENTO DE NASCIMENTO DE FILHO NÃO BIOLÓGICO. RETIFICAÇÃO PRETENDIDA POR FILHA DO *DE CUJUS*. ART. 1.604 DO CÓDIGO CIVIL. AUSÊNCIA DE VÍCIOS DE CONSENTIMENTO. VÍNCULO SOCIOAFETIVO. ATO DE REGISTRO DA FILIAÇÃO. REVOGAÇÃO. DESCABIMENTO. ARTS. 1.609 E 1.610 DO CÓDIGO CIVIL.

1. Estabelecendo o art. 1.604 do Código Civil que “ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade de registro”, a tipificação das exceções previstas no citado dispositivo verificar-se-ia somente se perfeitamente demonstrado qualquer dos vícios de consentimento, que, porventura, teria incorrido a pessoa na declaração do assento de nascimento, em especial quando induzido a engano ao proceder o registro da criança.

2. Não há que se falar em erro ou falsidade se o registro de nascimento de filho não biológico efetivou-se em decorrência do reconhecimento de paternidade, via escritura pública, de forma espontânea, quando inteirado o pretense pai de que o menor não era seu filho; porém, materializa-se sua vontade, em condições normais de discernimento, movido pelo vínculo socioafetivo e sentimento de nobreza.

3. “O reconhecimento de paternidade é válido se reflete a existência duradoura do vínculo socioafetivo entre pais e filhos. A ausência de vínculo biológico é fato que por si só não revela a falsidade da declaração de vontade consubstanciada no ato do reconhecimento. A relação socioafetiva é fato que não pode ser, e não é, desconhecido pelo Direito. Inexistência de nulidade do assento lançado em registro civil” (REsp nº 878.941-DF, Terceira Turma, Relª Minª Nancy Andrighi, DJ de 17.09.07).

direito¹⁵, constituindo situação de relevo à própria adoção por casal integrado por pessoas do mesmo sexo¹⁶, sem olvidar a união estável homossexual e, que, inevitavelmente resulta da socioafetividade e comunhão de interesses que enlaça o par a ela concernente.

-
4. O termo de nascimento fundado numa paternidade socioafetiva, sob autêntica posse de estado de filho, com proteção em recentes reformas do direito contemporâneo, por denotar uma verdadeira filiação registral – portanto, jurídica –, conquanto respaldada pela livre e consciente intenção do reconhecimento voluntário, não se mostra capaz de afetar o ato de registro da filiação, dar ensejo a sua revogação, por força do que dispõem os arts. 1.609 e 1.610 do Código Civil.
5. Recurso especial provido (REsp 709.608/MS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Quarta Turma, j. 05.11.09, DJe 23.11.09)
- 11 ADMINISTRATIVO. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. EXPULSÃO DE ESTRANGEIRO DO TERRITÓRIO NACIONAL. AUSÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA NO INTERROGATÓRIO. NULIDADE. NÃO CONFIGURAÇÃO. SÚMULA VINCULANTE Nº 5/STF. FILHO NASCIDO NO BRASIL APÓS A CONDENAÇÃO PENAL. CONVIVÊNCIA SOCIOAFETIVA E DEPENDÊNCIA ECONÔMICA SUFICIENTEMENTE DEMONSTRADAS. REQUISITO DE NÃO EXPULSÃO. ART. 75, II, *b*, DA LEI Nº 6.815/80. OCORRÊNCIA. ORDEM CONCEDIDA.
1. O *habeas corpus*, remédio jurídico-processual, de índole constitucional, que tem como escopo resguardar a liberdade de locomoção contra ilegalidade ou abuso de poder, é marcado por cognição sumária e rito célere, motivo pelo qual não comporta o exame de questões que, para seu deslinde, demandem aprofundado exame do conjunto fático-probatório dos autos, peculiar ao processo de conhecimento.
2. O ato administrativo de expulsão, manifestação da soberania do país, é de competência privativa do Poder Executivo, competindo ao Judiciário apenas a verificação da higidez do procedimento por meio da observância das formalidades legais.
3. Não há falar em prejuízo ao contraditório, à ampla defesa e ao devido processo legal, em face da ausência de defensor no interrogatório do paciente, o que foi suprido nos demais atos, por ser dispensável a presença de advogado no processo administrativo (Súmula Vinculante nº 5/STF).
4. Na hipótese em exame, extrai-se que o paciente possui união estável com brasileira desde 2005, bem como filho brasileiro nascido em 21.11.07, atualmente com 3 anos de idade, sob sua guarda e dependência.
5. “A jurisprudência desta Corte firmou-se quanto à impossibilidade de expulsão de estrangeiro que possua filho brasileiro, desde que comprovada a dependência econômica ou afetiva” (HC nº 104.849/DF, Rel. Min. Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe 23.10.08).
6. Preenchidos os requisitos legais para a não expulsão contidos no Estatuto do Estrangeiro, deve ser afastado o constrangimento ilegal imposto ao paciente pela autoridade coatora, que decretou sua expulsão do território nacional.
7. Ordem concedida para invalidar a Portaria/MJ nº 3.152, de 11.10.2010, que decretou a expulsão do paciente do território nacional (HC nº 197.570/DF, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Seção, j. 14.09.2011, DJe 22.09.2011)
- 12 CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE E MATERNIDADE SOCIOAFETIVA. POSSIBILIDADE. DEMONSTRAÇÃO.
1. A paternidade ou maternidade socioafetiva é concepção jurisprudencial e doutrinária recente, ainda não abraçada, expressamente, pela legislação vigente, mas a qual se aplica, de forma analógica, no que forem pertinentes, as regras orientadoras da filiação biológica.
2. A norma princípio estabelecida no art. 27, *in fine*, do ECA afasta as restrições à busca do reconhecimento de filiação e, quando conjugada com a possibilidade de filiação socioafetiva, acaba por reorientar, de forma ampliativa, os restritivos comandos legais hoje existentes, para assegurar ao que procura o reconhecimento de vínculo de filiação socioafetivo, trânsito desimpedido de sua pretensão.
3. Nessa senda, não se pode olvidar que a construção de uma relação socioafetiva, na qual se encontre caracterizada, de maneira indelével, a posse do estado de filho, dá a esse o direito subjetivo de pleitear, em juízo, o reconhecimento desse vínculo, mesmo por meio de ação de investigação de paternidade, *a priori*, restrita ao reconhecimento forçado de vínculo biológico.

Ademais e por conta de alteração legislativa imposta ao ECA, sobreveio a figura da família extensa, não demorando a merecer a necessária consideração da jurisprudência¹⁷.

4. Não demonstrada a chamada posse do estado de filho, torna-se inviável a pretensão.

5. Recurso não provido. (REsp 1.189.663/RS, Rel^a Min^a Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 06.09.2011, DJe 15.09.2011)

13 PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. RECURSO ESPECIAL. REGISTRO CIVIL. ANULAÇÃO PEDIDA POR PAI BIOLÓGICO. LEGITIMIDADE ATIVA. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. PREPONDERÂNCIA.

1. A paternidade biológica não tem o condão de vincular, inexoravelmente, a filiação, apesar de deter peso específico ponderável, ante o liame genético para definir questões relativas à filiação.

2. Pressupõe, no entanto, para a sua prevalência, da concorrência de elementos imateriais que efetivamente demonstram a ação volitiva do genitor em tomar posse da condição de pai ou mãe.

3. A filiação socioafetiva, por seu turno, ainda que despida de ascendência genética, constitui uma relação de fato que deve ser reconhecida e amparada juridicamente. Isso porque a parentalidade que nasce de uma decisão espontânea, frise-se, arrimada em boa-fé, deve ter guarida no Direito de Família.

4. Nas relações familiares, o princípio da boa-fé objetiva deve ser observado e visto sob suas funções integrativas e limitadoras, traduzidas pela figura do *venire contra factum proprium* (proibição de comportamento contraditório), que exige coerência comportamental daqueles que buscam a tutela jurisdicional para a solução de conflitos no âmbito do Direito de Família.

5. Na hipótese, a evidente má-fé da genitora e a incúria do recorrido, que conscientemente deixou de agir para tornar pública sua condição de pai biológico e, quiçá, buscar a construção da necessária paternidade socioafetiva, toma-lhes o direito de se insurgirem contra os fatos consolidados.

6. A omissão do recorrido, que contribuiu decisivamente para a perpetuação do engodo urdido pela mãe, atrai o entendimento de que a ninguém é dado alegrar a própria torpeza em seu proveito (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*) e faz fenecer a sua legitimidade para pleitear o direito de buscar a alteração no registro de nascimento de sua filha biológica.

7. Recurso especial provido. (REsp 1.087.163/RJ, Rel^a Min^a Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 18.08.2011, DJe 31.08.2011)

14 DIREITO DE FAMÍLIA. GUARDA DE MENOR PLEITEADA POR AVÓS. POSSIBILIDADE. PREVALÊNCIA ABSOLUTA DO INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE OBSERVADA.

1. É sólido o entendimento segundo qual mesmo para fins de prequestionamento, a oposição de embargos de declaração não prescinde de demonstração da existência de uma das causas listadas no art. 535 do CPC, inócurrentes, no caso.

2. No caso em exame, não se trata de pedido de guarda unicamente para fins previdenciários, que é repudiada pela jurisprudência. Ao reverso, o pedido de guarda visa à regularização de situação de fato consolidada desde o nascimento do infante (16.01.91), situação essa qualificada pela assistência material e afetiva prestada pelos avós, como se pais fossem. Nesse passo, conforme delineado no acórdão recorrido, verifica-se uma convivência entre os autores e o menor perfeitamente apta a assegurar o seu bem-estar físico e espiritual, não havendo, por outro lado, nenhum fato que sirva de empecilho ao seu pleno desenvolvimento psicológico e social.

3. Em casos como o dos autos, em que os avós pleiteiam a regularização de uma situação de fato, não se tratando de “guarda previdenciária”, o Estatuto da Criança e do Adolescente deve ser aplicado tendo em vista mais os princípios protetivos dos interesses da criança. Notadamente porque o art. 33 está localizado em seção intitulada “Da Família Substituta”, e, diante da expansão conceitual que hoje se opera sobre o termo “família”, não se pode afirmar que, no caso dos autos, há, verdadeiramente, uma substituição familiar.

4. O que deve balizar o conceito de “família” é, sobretudo, o princípio da afetividade, que “fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico”. (REsp 945.283/RN, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 15.09.09, DJe 28.09.09)

Não bastando o exposto e graças à importância dada ao instituto do bem de família, editou-se súmula pelo STJ, sob número 364 e cujo enunciado é o seguinte:

15 RECURSO ESPECIAL. RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE. CANCELAMENTO PELO PRÓPRIO DECLARANTE. FALSIDADE IDEOLÓGICA. IMPOSSIBILIDADE. ASSUNÇÃO DA DEMANDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. DEFESA DA ORDEM JURÍDICA OBJETIVA. ATUAÇÃO QUE, *IN CASU*, NÃO TEM O CONDÃO DE CONFERIR LEGITIMIDADE À PRETENSÃO. RECURSO NÃO CONHECIDO.

1. Salvo nas hipóteses de erro, dolo, coação, simulação ou fraude, a pretensão de anulação do ato, havido por ideologicamente falso, deve ser conferida a terceiros interessados, dada a impossibilidade de revogação do reconhecimento pelo próprio declarante, na medida em que descabido seria lhe conferir, de forma absolutamente potestativa, a possibilidade de desconstituição da relação jurídica que ele próprio, voluntariamente, antes declarara existente; ressalte-se, ademais, que a ninguém é dado beneficiar-se da invalidez a que deu causa.

2. No caso em exame, o recurso especial foi interposto pelo Ministério Público, que, agindo na qualidade de *custos legis*, acolheu a tese de falsidade ideológica do ato de reconhecimento, arguindo sua anulabilidade, sob o pálio da defesa do próprio ordenamento jurídico; essa atuação do *Parquet*, contudo, não tem o condão de conferir legitimidade à pretensão originariamente deduzida, visto que, em assim sendo, seria o mesmo que admitir, ainda que por via indireta, aquela execrada potestade, que seria conferida ao declarante, de desconstituir a relação jurídica de filiação, como fruto da atuação exclusiva de sua vontade.

3. Se o reconhecimento da paternidade não constitui o verdadeiro *status familiae*, na medida em que, o declarante, ao fazê-lo, simplesmente lhe reconhece a existência, não se poderia admitir sua desconstituição por declaração singular do pai registral. Ao assumir o Ministério Público sua função precípua de guardião da legalidade, essa atuação não poderia vir a beneficiar, ao fim e ao cabo, justamente aquele a quem essa mesma ordem jurídica proíbe romper, de forma unilateral, o vínculo afetivo construído ao longo de vários anos de convivência, máxime por se tratar de mera “questão de conveniência” do pai registral, como anotado na sentença primeva.

4. “O estado de filiação não está necessariamente ligado à origem biológica e pode, portanto, assumir feições originadas de qualquer outra relação que não exclusivamente genética. Em outras palavras, o estado de filiação é gênero do qual são espécies a filiação biológica e a não biológica (...). Na realidade da vida, o estado de filiação de cada pessoa é único e de natureza socioafetiva, desenvolvido na convivência familiar, ainda que derive biologicamente dos pais, na maioria dos casos” (Mauro Nicolau Júnior. In: *Paternidade e Coisa Julgada*. Limites e Possibilidade à Luz dos Direitos Fundamentais e dos Princípios Constitucionais. Curitiba: Jurua, 2006).

5. Recurso não conhecido (REsp 234.833/MG, Rel. Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Quarta Turma, j. 25.09.07, DJ 22.10.07, p. 276)

16 DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. ADOÇÃO DE MENORES POR CASAL HOMOSSEXUAL. SITUAÇÃO JÁ CONSOLIDADA. ESTABILIDADE DA FAMÍLIA. PRESENÇA DE FORTES VÍNCULOS AFETIVOS ENTRE OS MENORES E A REQUERENTE. IMPRESCINDIBILIDADE DA PREVALÊNCIA DOS INTERESSES DOS MENORES. RELATÓRIO DA ASSISTENTE SOCIAL FAVORÁVEL AO PEDIDO. REAIS VANTAGENS PARA OS ADOTANDOS. ARTS. 1º DA LEI Nº 12.010/09 E 43 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DEFERIMENTO DA MEDIDA.

1. A questão diz respeito à possibilidade de adoção de crianças por parte de requerente que vive em união homoafetiva com companheira que antes já adotara os mesmos filhos, circunstância a particularizar o caso em julgamento.

2. Em um mundo pós-moderno de velocidade instantânea da informação, sem fronteiras ou barreiras, sobretudo as culturais e as relativas aos costumes, onde a sociedade transforma-se velozmente, a interpretação da lei deve levar em conta, sempre que possível, os postulados maiores do direito universal.

3. O art. 1º da Lei nº 12.010/09 prevê a “garantia do direito à convivência familiar a todas e crianças e adolescentes”. Por sua vez, o art. 43 do ECA estabelece que “a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos”.

4. Mister observar a imprescindibilidade da prevalência dos interesses dos menores sobre quaisquer outros, até porque está em jogo o próprio direito de filiação, do qual decorrem as mais diversas consequências que refletem por toda a vida de qualquer indivíduo.

O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas, porquanto e para o fim de tal figura jurídica, “A impenhorabilidade do bem de família, prevista no art. 1º da Lei nº 8.009/90, visa resguardar não somente o casal, mas a própria entidade familiar”.

5. A matéria relativa à possibilidade de adoção de menores por casais homossexuais vincula-se obrigatoriamente à necessidade de verificar qual é a melhor solução a ser dada para a proteção dos direitos das crianças, pois são questões indissociáveis entre si.

6. Os diversos e respeitáveis estudos especializados sobre o tema, fundados em fortes bases científicas (realizados na Universidade de Virgínia, na Universidade de Valência, na Academia Americana de Pediatria), “não indicam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga a seus cuidadores”.

7. Existência de consistente relatório social elaborado por assistente social favorável ao pedido da requerente, ante a constatação da estabilidade da família. Acórdão que se posiciona a favor do pedido, bem como parecer do Ministério Público Federal pelo acolhimento da tese autoral.

8. É incontroverso que existem fortes vínculos afetivos entre a recorrida e os menores – sendo a afetividade o aspecto preponderante a ser sopesado numa situação como a que ora se coloca em julgamento.

9. Se os estudos científicos não sinalizam qualquer prejuízo de qualquer natureza para as crianças, se elas vêm sendo criadas com amor e se sabe ao Estado, ao mesmo tempo, assegurar seus direitos, o deferimento da adoção é medida que se impõe.

10. O Judiciário não pode fechar os olhos para a realidade fenomênica. Vale dizer, no plano da “realidade”, são ambas, a requerente e sua companheira, responsáveis pela criação e educação dos dois infantes, de modo que a elas, solidariamente, compete a responsabilidade.

11. Não se pode olvidar que se trata de situação fática consolidada, pois as crianças já chamam as duas mulheres de mães e são cuidadas por ambas como filhos. Existe dupla maternidade desde o nascimento das crianças, e não houve qualquer prejuízo em suas criações.

12. Com o deferimento da adoção, fica preservado o direito de convívio dos filhos com a requerente no caso de separação ou falecimento de sua companheira. Asseguram-se os direitos relativos a alimentos e sucessão, viabilizando-se, ainda, a inclusão dos adotandos em convênios de saúde da requerente e no ensino básico e superior, por ela ser professora universitária.

13. A adoção, antes de mais nada, representa um ato de amor, desprendimento. Quando efetivada com o objetivo de atender aos interesses do menor, é um gesto de humanidade. Hipótese em que ainda se foi além, pretendendo-se a adoção de dois menores, irmãos biológicos, quando, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, que criou, em 29 de abril de 2008, o Cadastro Nacional de Adoção, 86% das pessoas que desejavam adotar limitavam sua intenção a apenas uma criança.

14. Por qualquer ângulo que se analise a questão, seja em relação à situação fática consolidada, seja no tocante à expressa previsão legal de primazia à proteção integral das crianças, chega-se à conclusão de que, no caso dos autos, há mais do que reais vantagens para os adotandos, conforme preceitua o art. 43 do ECA. Na verdade, ocorrerá verdadeiro prejuízo aos menores caso não deferida a medida.

15. Recurso especial improvido. (REsp 889.852/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 27.04.2010, DJe 10.08.2010)

17 2ª Turma Cível – Processo N. Agravo de Instrumento 2009002135845AGI – Relª Desª Carmelita Brasil – Acórdão 412.030

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADOÇÃO. GUARDA PROVISÓRIA. RECÉM NASCIDO. GUARDA DE FATO EXERCIDA DESDE O NASCIMENTO DO INFANTE. ESTUDO PSICOSSOCIAL PRÉVIO COM A FAMÍLIA EXTENSA. DESNECESSIDADE. No conceito insculpido na Lei nº 12.010/09, família extensa é “aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade”. Tratando-se de recém nascido que foi entregue voluntariamente pela genitora à adoção logo após o nascimento, e não havendo notícia sobre o genitor ou família nem mesmo no registro de nascimento, dispensa-se a realização prévia de estudo psicossocial da família extensa para o deferimento da guarda provisória.

Assim, “A entidade familiar, deduzida dos arts. 1º da Lei nº 8.009/90 e 226, § 4º, da CF/88, agasalha, segundo a aplicação da interpretação teleológica, a pessoa que, como na hipótese, é separada e vive sozinha, devendo o manto da impenhorabilidade, dessarte, proteger os bens móveis guarnecedores de sua residência. Precedente: (REsp 205.170/SP, DJ 07.02.00)”.

Como consequência, e “(...) no caso de separação dos cônjuges, a entidade familiar, para efeitos de impenhorabilidade de bem, não se extingue, ao revés, surge uma duplicidade da entidade, composta pelos ex-cônjuges varão e virago”, segundo trechos do acórdão relativo ao REsp 859.937/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 04.12.07, DJ 28.02.08, p. 74.

De se ponderar, ainda, ter o STJ, em julgado recente e relatado pelo Ministro Luiz Felipe Salomão (REsp 1.183.378-RS), admitido o casamento entre pessoas de igual sexo¹⁸, entendendo inexistir vedação expressa quanto a tal.

18 DIREITO DE FAMÍLIA. CASAMENTO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO (HOMOA-FETIVO). INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO EXPRESSA A QUE SE HABILITEM PARA O CASAMENTO PESSOAS DO MESMO SEXO. VEDAÇÃO IMPLÍCITA CONSTITUCIONALMENTE INACEITÁVEL. ORIENTAÇÃO PRINCIPALMENTE CONFERIDA PELO STF NO JULGAMENTO DA ADPF Nº 132/RJ E DA ADI Nº 4.277/DF.

1. Embora criado pela Constituição Federal como guardião do direito infraconstitucional, no estado atual em que se encontra a evolução do direito privado, vigorante a fase histórica da *constitucionalização do direito civil*, não é possível ao STJ analisar as celeumas que lhe aportam “de costas” para a Constituição Federal, sob pena de ser entregue ao jurisdicionado um direito desatualizado e sem lastro na Lei Maior. Vale dizer, o Superior Tribunal de Justiça, cumprindo sua missão de uniformizar o direito infraconstitucional, não pode conferir à lei uma interpretação que não seja constitucionalmente aceita.

2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto da ADPF nº 132/RJ e da ADI nº 4.277/DF, conferiu ao art. 1.723 do Código Civil de 2002 interpretação conforme à Constituição para dele excluir todo significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como *entidade familiar*, entendida esta como sinônimo perfeito de *família*.

3. Inaugura-se com a Constituição Federal de 1988 uma nova fase do direito de família e, conseqüentemente, do casamento, baseada na adoção de um explícito *poliformismo familiar* em que *arranjos multifacetados* são igualmente aptos a constituir esse núcleo doméstico chamado “família”, recebendo todos eles a “especial proteção do Estado”. Assim, é bem de ver que, em 1988, não houve uma recepção constitucional do conceito histórico de casamento, sempre considerado como via única para a constituição de família e, por vezes, um ambiente de subversão dos ora consagrados princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Agora, a concepção constitucional do casamento – diferentemente do que ocorria com os diplomas superados – deve ser necessariamente plural, porque plurais também são as famílias e, ademais, não é ele, o casamento, o destinatário final da proteção do Estado, mas apenas o intermediário de um propósito maior, que é a proteção da pessoa humana em sua inalienável dignidade.

4. O *pluralismo familiar* engendrado pela Constituição – explicitamente reconhecido em precedentes tanto desta Corte quanto do STF – impede se pretenda afirmar que as famílias formadas por pares homoafetivos sejam menos dignas de proteção do Estado, se comparadas com aquelas apoiadas na tradição e formadas por casais heteroafetivos.

5. O que importa agora, sob a égide da Carta de 1988, é que essas famílias multiformes recebam efetivamente a “especial proteção do Estado”, e é tão somente em razão desse desígnio de especial proteção que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento, ciente o constituinte que, *pelo casamento, o Estado melhor protege esse núcleo doméstico chamado família*.

Poder-se-ia argumentar que a postura dos tribunais caracteriza ativismo judicial indevido, além de ser abusivo o uso de cláusulas como as da dignidade, igualdade e intimidade com vistas à extensão de direitos previstos para determinada situação a outra, diversa, conforme entende Marco Túlio de Carvalho Rocha, em aprofundada obra intitulada *O conceito de família e suas implicações jurídicas*¹⁹.

Entretanto e apesar de a CF ter um capítulo destinado à família, não esgotou e nem chegou o constituinte perto de esgotar a matéria a tanto correspondente, pois embora destinando um capítulo à família, não referiu a Constituição aspectos variados e pertinentes a tal ramo do direito e o fato de o legislador constitucional ter ampliado o conceito da família, mesmo que alguém do que poderia ter feito, pode representar a indicação de que – de qualquer maneira –, adotou a Carta princípio a tanto dirigido, ou seja, de que a família não se restringe ao casamento, como anteriormente entendido e do que se torna possível extrair ampla interpretação, pelos métodos cabíveis e adequados e da qual se reconheça idêntica proteção para circunstâncias diversas daquelas consideradas em 1988.

Se a Carta Constitucional reconheceu que a família não é mais entidade singular, atribuindo-lhe significação plural, não se ocupando, todavia, de permitir, em norma

6. Com efeito, se é verdade que o casamento civil é a forma pela qual o Estado melhor protege a família, e sendo múltiplos os “arranjos” familiares reconhecidos pela Carta Magna, não há de ser negada essa via a nenhuma família que por ela optar, independentemente de orientação sexual dos partícipes, uma vez que as famílias constituídas por pares homoafetivos possuem os mesmos núcleos axiológicos daquelas constituídas por casais heteroafetivos, quais sejam, a dignidade das pessoas de seus membros e o afeto.

7. A igualdade e o tratamento isonômico supõem o direito a ser diferente, o direito à autoafirmação e a um projeto de vida independente de tradições e ortodoxias. *Em uma palavra: o direito à igualdade somente se realiza com plenitude se é garantido o direito à diferença*. Conclusão diversa também não se mostra consentânea com um ordenamento constitucional que prevê o princípio do livre planejamento familiar (§ 7º do art. 226). E é importante ressaltar, nesse ponto, que o planejamento familiar se faz presente tão logo haja a decisão de duas pessoas em se unir, com escopo de constituir família, e desde esse momento a Constituição lhes franqueia ampla liberdade de escolha pela forma em que se dará a união.

8. Os arts. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565, todos do Código Civil de 2002, não vedam expressamente o casamento entre pessoas do mesmo sexo, e não há como se enxergar uma vedação implícita ao casamento homoafetivo sem afronta a caros princípios constitucionais, como o da igualdade, o da não discriminação, o da dignidade da pessoa humana e os do pluralismo e livre planejamento familiar.

9. Não obstante a omissão legislativa sobre o tema, a maioria, mediante seus representantes eleitos, não poderia mesmo “democraticamente” decretar a perda de direitos civis da minoria pela qual eventualmente nutre alguma aversão. Nesse cenário, em regra é o Poder Judiciário – e não o Legislativo – que exerce um papel contramajoritário e protetivo de especialíssima importância, exatamente por não ser compromissado com as maiorias votantes, mas apenas com a lei e com a Constituição, sempre em vista a proteção dos direitos humanos fundamentais, sejam eles das minorias, sejam das maiorias. Dessa forma, ao contrário do que pensam os críticos, a democracia se fortalece, porquanto esta se reafirma como forma de governo, não das maiorias ocasionais, mas de todos.

10. Enquanto o Congresso Nacional, no caso brasileiro, não assume, explicitamente, sua coparticipação nesse processo constitucional de defesa e proteção dos socialmente vulneráveis, não pode o Poder Judiciário demitir-se desse mister, sob pena de aceitação tácita de um Estado que somente é “democrático” formalmente, sem que tal predicativo resista a uma mínima investigação acerca da universalização dos direitos civis.

11. Recurso especial provido.

aberta, a expressa consideração a situações diversas das que aludiu, também se deve ter em conta que tal não proibiu, não se devendo deixar de lembrar, com Benjamin Nathan Cardozo, que “Os sentimentos de justiça não podem ser banidos da teoria do direito nem de sua administração” e “O juiz, como intérprete do sentimento do direito e da ordem da comunidade, deve suprir as omissões, corrigir as incertezas e harmonizar os resultados com a justiça, por meio do método da livre decisão – *libre recherche scientifique*”, concluindo, pouco à frente: “Os tribunais devem ‘buscar esclarecimentos entre os elementos sociais de toda espécie, as forças vivas atrás dos fatos com que se relacionam’”²⁰.

Dessa forma e considerando que, embora avançando, a CF não individualizou o limite cabível quanto ao conceito do em que consiste a família – instituto evidentemente *aberto* –, em especial ante as alterações por que tem passado a sociedade, tiveram os Tribunais, na incessante busca de solução adequada para a resolução das exceções oferecidas de forma constante pela vida, procurando cumprir a tarefa que a constituição atribui ao Judiciário, inclusive advertindo o legislativo para a necessidade de reconhecer o quanto exigido pela sociedade quanto à atualização do sistema legal²¹, ou realizando a interpretação atualizada das normas existentes, conforme o senso de justiça o exija.

19 Rio de Janeiro, São Paulo, Elsevier, 2009, p. 91.

20 Ob. ref., p. 55

21 Notícias STF – Quinta-feira, 05 de maio de 2011 – “Presidente do STF conchama Legislativo a colaborar com regulamentação da união estável homoafetiva. Décimo e último ministro a votar, o presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), ministro Cezar Peluso, convocou o Poder Legislativo a assumir a tarefa de regulamentar o reconhecimento da união estável para casais do mesmo sexo. Ele acompanhou o relator, ministro Ayres Britto, no sentido de julgar procedentes a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132. Com o voto do presidente da Corte, o Plenário do STF reconheceu por unanimidade (10 votos) a estabilidade da união homoafetiva, decisão que tem efeito vinculante e alcança toda a sociedade. Condenação a toda forma de discriminação

De forma breve, ele justificou sua adesão à procedência das ações. Segundo o ministro, o Supremo condenou todas as formas de discriminação, ‘contrárias não apenas ao nosso direito constitucional, mas contrária à própria compreensão da raça humana à qual todos pertencemos com igual dignidade’. Peluso considerou que as normas constitucionais – em particular o art. 226, § 3º, da Constituição Federal – não excluem outras modalidades de entidade familiar. ‘Não se trata de *numerus clausus*, o que permite dizer, tomando em consideração outros princípios da Constituição – dignidade, igualdade, não discriminação e outros – que é possível, além daquelas que estão explicitamente catalogadas na Constituição, outras entidades que podem ser tidas normativamente como familiares, tal como se dá no caso’, afirmou.

Lacuna normativa. O ministro também reconheceu a existência de uma lacuna normativa que precisa ser preenchida. Conforme o presidente do STF, tal lacuna tem de ser preenchida ‘diante, basicamente, da similitude, não da igualdade factual em relação a ambas as entidades de que cogitamos: a união estável entre homem e mulher e a união entre pessoas do mesmo sexo’. De acordo com ele, ‘estamos diante de um campo hipotético que em relação aos desdobramentos deste importante julgamento da Suprema Corte brasileira, nós não podemos examinar exaustivamente, por diversos motivos’. Conforme o ministro, os pedidos não o comportariam, além de que ‘sequer a nossa imaginação seria capaz de prever todas as consequências, todos os desdobramentos, todas as situações advindas do pronunciamento da Corte’. Ao mencionar voto do ministro Gilmar Mendes, Peluso ressaltou que os ministros não têm o modelo institucional que o Tribunal pudesse reconhecer ‘e definir

Nesse trabalho diário, e ainda com Benjamin Cardozo, no tocante à função judicial, e como não podia deixar de ser, atentaram os julgadores para o fato de que tal função “(...) floresce e persiste em virtude da necessidade humana, à qual responde constantemente” e “As grandes generalidades da constituição têm conteúdo e significação de idade em idade”²² e, “Nos primórdios do Século XXI, Picardi entrevê ‘a vocação do nosso tempo para a jurisdição e a doutrina jurídica’”, conforme a nota de Humberto Theodoro Jr., prefaciando a já citada obra de Marco Túlio de Carvalho Rocha²³.

Assinala Theodoro Jr., ainda: “Esse enfoque tem o condão de ressaltar a quem cabe o controle do comando do poder, de sorte que não tão importante é o poder, mas, sim, o controle de seu exercício, cuja efetivação reclama ‘uma adequada organização das instituições’, dentro da qual se atribui modernamente à jurisdição o papel de ‘instituição de garantia por excelência’. Destaca Picardi que, à vista desta constatação, ‘hoje se verifica um estado tendente a valorizar o *momento jurisprudencial* do direito’”²⁴.

Para tanto, cumpre não perder de vista a advertência do mesmo prefaciador, para quem, “A atividade do intérprete, no mundo atual, não mais se reduz a uma simples ‘explicitação’, mas é, na verdade, sempre uma contínua ‘reformulação’ da norma. A função do intérprete, cujo ápice é enfeixado pelo juiz, assume as proporções de uma ‘colaboração’ com o legislador na produção do direito, no dizer de Luzzati (*L’interprete il legislatore. Saggio sulla certezza Del diritto*, Milano, 1999, p. 87 e s.)”²⁵.

A isso, portanto, limitou-se a atividade desenvolvida pelo STF e pelo STJ, o mesmo se dando quanto às demais Cortes nacionais, nas decisões referidas e outras a tanto atinentes e nas quais manifestado o entendimento possível ao sentido de *família*, segundo os princípios constitucionais e jurídicos aplicáveis e levando em consideração a necessária interdisciplinaridade com outras ciências sociais, a partir do significado plural atribuído pelo constituinte ao ente familiar.

Feitas tais considerações, a tanto adequadas, passa-se à apreciação dos aspectos de importância a este texto e à exposição que lhes concerne, respeitantes ao *cuidado*, à *vulnerabilidade* e à *sustentabilidade* das relações familiares.

de uma maneira clara e com a capacidade de responder a todas as exigências de aplicações à hipóteses ainda não concebíveis’. ‘Da decisão da Corte folga um espaço para o qual, penso eu, que tem que intervir o Poder Legislativo’, disse o ministro. Ele afirmou que o Legislativo deve se expor e regulamentar as situações em que a aplicação da decisão da Corte será justificada também do ponto de vista constitucional”. EC/CG

22 A natureza (...), cit., p. 56

23 O conceito (...), ref., p. XIV

24 Ob. e p. citadas na nota anterior

25 Op. ref., p. XV

O CUIDADO

“O cuidado impedirá que as virtudes se transformem em farisaísmo, as leis em legalismo e as instituições em prisões.” (Leonardo Boff)

4) Se, conforme Leonardo Boff, o cuidado “(...) sempre tem a ver com relações humanas e com a proteção da vida, seja sanando as chagas passadas, seja prevenindo as chagas futuras”²⁶, integrando a noção do cuidado, na conjugalidade, segundo Tânia da Silva Pereira, “(...) o *respeito*, a *atenção*, o *apoio*, a *compreensão*, o *afeto*, a *solidariedade* e a *proteção*, enfim, atitudes marcadas pela reciprocidade”²⁷, aspectos que, expressa ou implicitamente foram inseridas na CF de 1988, não há como deixar de reconhecer que o constituinte, ainda que não se referindo de forma expressa a tanto, acabou por ter em conta tal princípio (*cuidado*) na redação de normas integrantes da Constituição Federal, principalmente no que se refere ao direito de família, embora não exclusivamente a ele.

Por isso mesmo, e como escrito por Roberta Tupinambá, “(...) no âmbito das crianças e adolescentes, a criação e incorporação da doutrina da *proteção integral* e do *melhor interesse da criança* pelo sistema brasileiro através da ratificação da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (Decreto-Lei nº 99.710/90) e através da própria Constituição Federal (art. 227), foram, sem dúvidas, fomentadas pelo valor jurídico do cuidado”²⁸, o qual, por sua importância e efeitos que produz, sem qualquer dúvida assumiu a condição de verdadeiro *princípio jurídico*.

Efetivamente, e não excluídos da CF a consideração a direitos e garantias outros nela não especificamente referidos, ao contrário e de forma clara admitida sua consideração (art. 5º, § 2º²⁹) naquele diploma maior, no qual, dentre outros, estão contidas as cláusulas da dignidade da pessoa humana, da igualdade e do superior interesse e da doutrina da proteção integral, já citados os dois últimos, a que se acresce, ainda, a da proteção do idoso, por óbvio que o próprio constituinte teve o *cuidado* de erigir tal circunstância a condição a ser tida em conta e dela resultar linha orientadora da conduta dos cidadãos e dos direitos e deveres a eles concernente.

26 Justiça e cuidado: opostos ou complementares?, em O Cuidado como valor jurídico, Rio de Janeiro, 2008, Forense, coord. Tânia da Silva Pereira e Guilherme de Oliveira, p. 1 e SS.

27 O cuidado como valor jurídico, 08.03.06, Bol. Eletrônico IBDFAM.

28 O cuidado como princípio jurídico nas relações familiares, em O cuidado como valor jurídico (...), cit., p. 357 e SS.

29 Art. 5º (...) § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Cf., a respeito, Roberta Tupinambá, O cuidado (...), cit., p. 372, n. 6.

Não fosse assim e não teria incorporado ao texto constitucional, outrossim, dando-lhes conformação familiar, as figuras da *união estável* e da *família monoparental*, da mesma forma como não teria atentado para a necessidade de proteger o *idoso*, deixando de lado a ultrapassada ideia de que apenas do casamento derivava a família, e afirmando expressamente que o Estado deve protegê-la, *sem especificar* esta ou aquela forma como constituída.

Isso, para que sejam referidos alguns dos aspectos tidos como de proteção necessária e inclusive a indicação de medidas a serem tomadas pelo Estado, pela comunidade e pela família, com vistas à proteção do quanto já referido, além de acentuar o dever estatal de não interferir no planejamento familiar, ressaltando ser ele de livre decisão do casal e caber ao Estado garantir o exercício desse direito, proibindo a intervenção coercitiva oficial ou privada em relação a tanto.

Afora o mencionado, enunciou ser *dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão*, como anteriormente citado.

Disso e como exemplo, pode-se inferir o nível de preocupação do constituinte quanto a tais aspectos, indicativos do *cuidado* que teve quanto às circunstâncias a eles respeitantes, independente do fato de em nenhum instante se haver mencionado, na CF, tal princípio, que, entretanto e consoante Roberta Tupinambá, se acha inserido na significativa moldura da *dignidade da pessoa humana*, inscrita na CF como um dos *fundamentos* da República (art. 1º, III), ao lado da própria cidadania.

Uma e outra têm íntima ligação entre si, já que não é admitido pretender-se o exercício da cidadania, sem o respeito à dignidade de todos os cidadãos, inserindo-se a prática de uma e outra de tais cláusulas no conceito que se pode intuir do em que consista o *cuidado*.

À evidência que a consideração dada a cada uma de tais circunstâncias está nitidamente envolvida com a ética em que se deve alicerçar a vida, de tudo se esperando o surgimento do respeito e consideração a todos devidos e que de todos se espera sejam praticados.

A própria luta pelo reconhecimento de direitos antes não previstos pode ser afirmada como também decorrente do *cuidado* daqueles que se aperceberam de sua necessidade e defenderam sua explícita declaração constitucional, legal e jurisprudencial.

Não fosse a defesa do concubinato na doutrina e nos tribunais e não se teria chegado à união estável e a admissão dos efeitos que produz, o mesmo se dando quanto à união estável entre pessoas do mesmo sexo, como caracterizadora de família, com

as inevitáveis consequências disto possíveis, afora circunstâncias outras submetidas às cortes e por elas tidas como produtoras de direitos inerentes aos nelas envolvidos.

Indubitavelmente e além de em tais casos asseverar presente o *cuidado*, ainda que de forma implícita ou até explícita e decorrente da menção à dignidade da pessoa, tiveram os juízes que os apreciaram atenção para o valor jurídico que tal princípio possui, agindo eles próprios com o *cuidado* que se impõe na prática da função jurisdicional.

Assim e como reconhecido pelo TJSP:

“EMENTA: Agravo de Instrumento. Pedido de Alimentos Provisionais na pendência de ação de reconhecimento de união estável. Concessão de liminar fixando-se os alimentos em 1/3 dos proventos líquidos do requerido, com base em documento público onde reconhecida a sociedade de fato pelos litigantes. Observância dos requisitos do art. 273 do CPC, concedida, assim, verdadeira antecipação de tutela. O atual Código Civil, em seu art. 1.694, como não poderia deixar de ser e em face do reconhecimento constitucional da união estável como entidade familiar (art. 226, § 3º), admite o pleito alimentar entre companheiros, cumprindo ao Judiciário, conforme o caso concreto e segundo princípios tanto legais, quanto éticos, reconhecer ou não a caracterização do dever alimentar de um para outro dos afirmados conviventes. Agravo parcialmente provido, para reduzir o valor da pensão Agravo de Instrumento nº 427.658.4/0-00. Voto nº 11.591.”

“EMENTA: Agravo de instrumento. Busca e apreensão de menor. Pedido de liminar. Impossibilidade, sempre em atenção ao princípio do melhor interesse da criança e considerando-se o *cuidado* que a situação comporta, além da doutrina da proteção integral que a ela deve ser conferida. Inversão da guarda que ocorreu de modo não violento, tendo a própria recorrente passado a infante à avó, com quem ela está, juntamente com o genitor, não se vislumbrando, de momento, razão eficiente a alterar-se tal circunstância, pois ainda que a guarda de direito tenha anteriormente sido conferida à agravante, tal condição foi alterada, de fato, por iniciativa da própria e por não ter condição para manter a filha. Agravo improvido, inclusive pela atenção com que o juízo de primeiro grau tem tratado o assunto, ressalvada a ele a eventual modificação da guarda, se e quando for o caso.” (Agravo de Instrumento nº 990.10.131459-2)

“EMENTA: Separação de corpos. Pedido de justiça gratuita deferido para possibilitar o processamento do agravo, apenas. Alegação de conduta agressiva. Lavratura de boletim de ocorrência. Presença dos requisitos para o deferimento da cautela, máxime diante do cuidado que deve orientar a atividade do julgador. Filha adolescente que está com o pai, sendo de melhor alvitre a manutenção da guarda com ele. Agravo parcialmente provido.” (Agravo de Instrumento nº 0101350-51.2011.8.26.0000)

VULNERABILIDADE

“No momento em que se procura ampliar a efetivação da cláusula geral de tutela da pessoa humana que emerge do texto constitucional, impõe-se o aprofundamento da reflexão jurídica sobre a vulnerabilidade e sobre o cuidado. Os conceitos se imbricam, e sua melhor compressão possibilitará a edição de novas medidas jurídicas, bem como a interpretação das já existentes, de modo a tornar efetiva a proteção conferida pela Constituição Federal à pessoa humana, em especial àquelas já vulneradas.” (Heloisa Helena Barboza)

5) A partir da CF, e passando por leis de ordem variada, tem-se a clara percepção do quanto se preocupou o legislador com o aspecto da vulnerabilidade em relação ao ente familiar e todos os que o integram.

Na Constituição desde logo se afere a ocupação do constituinte com o ente familiar, segundo o neste trabalho já aludido, destinando à família um capítulo próprio e no qual desde logo ressaltou a necessidade da proteção estatal às várias figuras que possam integrar o conceito plural que ela passou a ter e que acabou por orientar os julgadores e o legislativo a ampliar a compreensão da moldura que contorna o grupo familiar, nos termos já enunciados.

Assim, e para citar como exemplos, já referidos, pode-se invocar o considerado quanto à união estável entre pessoas do mesmo sexo e a adoção de criança que venham a fazer e a referência do ECA à família extensa, dentre circunstâncias outras.

Se a cláusula constitucional da dignidade da pessoa humana interferiu para que tanto ocorresse, também não se pode olvidar que a solidariedade, igualmente citada na CF, acabou por servir como razão a que juízes e parlamentares não descurassem da missão a uns e outros atribuída, disto advindo decisões e deliberações legislativas consoante as antes indicadas e que também servem a mostrar o cuidado dos seus autores relativamente à vulnerabilidade dos destinatários dos atos decorrentes da atividade judicante e legiferante.

No âmbito da última, pode-se invocar, como exemplo, o disposto no art. 1.704, no qual, após afirmar que, “Se um dos cônjuges separados judicialmente vier a necessitar de alimentos, será o outro obrigado a prestá-los mediante pensão a ser fixada pelo juiz, *caso não tenha sido declarado culpado* na ação de separação judicial”, acaba o parágrafo único do dispositivo por ressaltar, em clara indicação sobre estar a regra motivada na solidariedade: “Se o cônjuge declarado culpado vier a necessitar de alimentos, e não tiver parentes em condições de prestá-los, nem aptidão para o trabalho, o outro cônjuge será obrigado a assegurá-los, fixando o juiz o valor indispensável à sobrevivência”.

Quanto à outra, serve de indicação ao que se menciona, a adoção por casal homossexual, já citada.

Nas manifestações de uma ou outra de tais atividades, fica evidente o exato atendimento, por aqueles que delas se ocupam, quanto ao aspecto da *vulnerabilidade* existente em relação aos envolvidos nas situações a cada uma das hipóteses referente e com o fim de resguardá-los dos danos que pudessem resultar, caso não houvesse o atendimento judicial ou legislativo apto a tanto.

Sempre atentando para o superior interesse da criança e do adolescente, como também cuidando do tratamento destinado àqueles que resolvessem viver em união estável, mas sem distinção de sexo quanto aos integrantes do casal, souberam os tribunais tratar do assunto de forma ponderada e atenta aos fins sociais a que a lei se destina e proteção do bem comum, da mesma forma que, em análise à guarda compartilhada, pode-se concluir conforme o que se transcreve:

“CIVIL E PROCESSUAL. PEDIDO DE GUARDA COMPARTILHADA DE MENOR POR TIO E AVÓ PATERNOS. PEDIDO JURIDICAMENTE POSSÍVEL. SITUAÇÃO QUE MELHOR ATENDE AO INTERESSE DA CRIANÇA. SITUAÇÃO FÁTICA JÁ EXISTENTE. CONCORDÂNCIA DA CRIANÇA E SEUS GENITORES. PARECER FAVORÁVEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

I. A peculiaridade da situação dos autos, que retrata a longa coabitação do menor com a avó e o tio paternos, desde os quatro meses de idade, os bons cuidados àquele dispensados, e a anuência dos genitores quanto à pretensão dos recorrentes, também endossada pelo Ministério Público Estadual, é recomendável, em benefício da criança, a concessão da guarda compartilhada.

II. Recurso especial conhecido e provido.” (REsp 1.147.138/SP, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 11.05.2010, DJe 27.05.2010)

Sem descuidar e em interpretação ampla ao conceito de *família*, também não deixaram os julgadores de protegê-la sob o aspecto patrimonial e social, inclusive no que tange à moradia, atentando para valorar a socioafetividade e permitir-lhe efeitos jurídicos adequados à proteção dos envolvidos por circunstâncias em que ela bem se insere e que permitiram que fosse vista como verdadeiro princípio jurídico-social.

Ao adotar como fundamento da República a dignidade da pessoa humana e referir como princípio fundamental o da igualdade, afirmando, ademais, que a *família*, pouco importando decorra ela do casamento, da união estável, da entidade monoparental, de vínculos biológicos, socioafetivos ou extensos, e surja da união de pessoas de sexos diversos ou não, merece a especial proteção do Estado, evidenciou a CF o viés a ser considerado pelo intérprete e pelo aplicador da lei, além de pelo próprio

legislador, em atitude na qual resplandece de maneira evidente e a não deixar dúvida, o *cuidado* com a *vulnerabilidade* daqueles que estejam inseridos nas relações familiares e com o próprio *ente família*.

Se “A família é um fato natural; não a cria o homem, mas a natureza (...)”, como há muito afirmara Sá Pereira, indagando: “Que é que vedes quando vedes um homem e uma mulher, reunidos sob o mesmo tento, em torno de um pequenino ser, que é o fruto do seu amor? Vereis uma família. Passou por o juiz com a sua lei, ou o padre, com o seu sacramento? Que importa isso? O acidente convencional não tem força para apagar o fato natural”, isto foi reconhecido de forma a não deixar dúvida pelo constituinte, pela maneira ampla como indicou ser o conceito de família e, conforme o *trilho constitucionalmente* delineado, não se esquivaram o Judiciário e o Legislativo à necessidade de novas e necessárias interpretações e alterações, em relação ao que era e ainda é preciso fazer por cada um de tais Poderes Republicanos.

O primeiro, atentando-o à advertência de Benjamim Nathan Cardozo e dirigida a que “O juiz não deve construir seus julgamentos sobre seus gostos e desgostos pessoais, ‘mas sobre uma cultural liberal informada (como diria Arnold) com o melhor do pensado e dito no mundo, desde que guarde relação com o problema social a ser resolvido”³⁰, inclusive porque, “(...) interpreta a consciência social e lhe dá efeito jurídico, mas, ao fazê-lo, auxilia a formação e modificação da consciência que interpreta”³¹.

O segundo, não deixando se seguir o traçado constitucionalmente fixado e ciente à advertência de Jean Jacques Rousseau, de que, “(...) das luzes públicas resulta a união do entendimento e da vontade do corpo social, daí o perfeito concurso das partes e, enfim, a maior força de todos”, disto advindo “(...) a necessidade de um legislador” e o respeito devido à cidadania, que tem como necessária a existência de uma e outra de tais instituições e em ambas, apesar das críticas que possam ser feitas, ainda confia.

SUSTENTABILIDADE

“A coisa mais importante que os pais podem ensinar ao filho é como ele pode prosseguir na vida sem precisar deles.” (Frank A. Clarck)

6) Conforme publicado na *Revista da ESPM*, vol. 17, n. 1 (2010), “Sustentabilidade significa sobrevivência, entendida como a perenidade dos empreendimentos humanos e do planeta. Por isso, o desenvolvimento sustentável implica planejar e executar ações – sejam elas de governos ou de empresas, sejam elas locais, nacionais

30 A natureza do processo e a evolução do direito. Porto Alegre: Ajuris, 3. ed., 1978. p. 24, trad. Leda Boechat Rodrigues.

31 A Natureza (...), cit., p. 18

ou globais – levando em conta, simultaneamente, as dimensões econômica, ambiental e social”.

Embora se cuide de conceito no qual se aluda à sobrevivência, meio ambiente e a circunstância social, inexistente nela, de forma expressa, a referência à família ou ao ente familiar, como aspecto no tocante ao qual também se imponha a consideração da *sustentabilidade*.

A consulta aos textos jurídicos concernentes ao ramo do *direito de família*, outrossim e ao menos no âmbito a que se referiu o exame feito pelo autor das presentes notas, não indica haver já uma preocupação – ao menos expressa – quanto ao exame do assunto sob tal aspecto, o mesmo se dando quanto à jurisprudência.

De se ponderar, todavia, que, ainda que “Governos, universidades, agências multilaterais e empresas de consultoria técnica” tenham introduzido, conforme Henrique Rattner (Professor Titular Aposentado da FEA/USP e coordenador do programa Profides da Associação Brasileira para o Desenvolvimento de Lideranças), “(...) em escala e extensão crescentes, considerações e propostas que refletem a preocupação do ‘esverdeamento’ de projetos de desenvolvimento e a ‘democratização’ dos processos de tomada de decisão”, também é certo, que, “Muitas ONGs, adotando um posicionamento crítico em relação à definição oficial de desenvolvimento dos governos e agências internacionais, entendem sustentabilidade como o princípio estruturador de *um processo de desenvolvimento centrado nas pessoas e que poderia se tornar o fator mobilizador e motivador nos esforços da sociedade para transformar as instituições sociais, os padrões de comportamento e os valores dominantes*.”

Contudo – como prossegue o autor mencionado –, a falta de precisão do conceito de sustentabilidade evidencia a ausência de um quadro de referência teórico capaz de relacionar sistematicamente as diferentes contribuições dos discursos e campos de conhecimentos específicos. Por outro lado, esta situação reflete a indecisão prevalecente das elites em definir um plano e programa de ação coerentes que aceitem e incorporem as crescentes críticas dirigidas ao modelo de desenvolvimento convencional e ainda dominante³².

No entanto e ainda que inexistente ou ao menos não se tenha encontrado estudo jurídico atinente à *família e sustentabilidade* ou à *sustentabilidade da família*, pode-se, pela oportunidade e pedindo licença para transcrever o escrito por Amadeu Epifânio, em

32 *Sustentabilidade: uma visão humanística*. Ambiente & sociedade, *print version*. ISSN 1414-753X, Ambient. Soc. n. 5. Campinas: July/Dec. 1999, p. 233. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S1414-753X1999000200020>>. O grifado não é do original.

artigo intitulado *Sustentabilidade – consequências de uma continuidade interrompida*³³, entender quanto à compreensão do sentido que tenha a sustentabilidade, o que segue:

“(…) a primeira palavra que vem à cabeça é continuidade; sustentar algo, alguma coisa ou alguém sugere continuidade e de longo prazo. Sustentabilidade não está voltado apenas para questões ambientais, pois há outras coisas que precisam e necessitam ser sustentados, *como a família, o casamento e o bem-estar dos filhos*. (o grifo não é do original)

Outra coisa que vem à cabeça, ainda em sustentabilidade, é propósito, que em outras palavras significa ‘pano de fundo’, isto é, se o que tiver que ser sustentado não tiver um propósito que dignifique a ação, tenderá a perder motivação e regredir progressivamente à estaca zero.

Relacionamentos são como os pilares de uma família, que ao menor sinal de desarmonia, começam a ruir e enfraquecer toda estrutura sobre os quais está alicerçada. É de conhecimento de todos que mesmo as melhores construções, se não sofrerem manutenção, tenderão a ficar comprometidas. Quero dizer que, se as relações no lar não tiverem continuidade assídua e frequente, nem mesmo os laços filiais e paternos serão suficientes para a *sustentabilidade da família*. (o grifo não é do original)

Filhos crescem dependentes desses laços, por puro instinto e se frustram severamente quando não têm, modificando depreciativamente seu conceito sobre a própria família. Estes conceitos se formam pela média aritmética do convívio familiar e compromete seriamente as relações entre pais e filhos.”

Um pouco à frente, assinala o mesmo autor:

“Vale lembrar que, nestes casos, não bastam apenas promessas, mas principalmente atitudes, e contínuas.”

Ou seja, a *sustentabilidade* familiar, como tal considerada, dá a *continuidade* dos laços entre os integrantes do grupo familiar e, neste espaço, o que de bom nele possa ser produzido, em termos de educação e orientação, principalmente no que diz respeito aos filhos e seu amadurecimento, depende da firme consciência e boa intenção dos pais, quanto à missão que têm e os objetivos a ela correspondentes.

Conforme ainda Amadeu Epifânio, “Manter o equilíbrio entre os cônjuges às vezes não é tarefa fácil, mas devem lembrar que há toda uma estrutura apoiada e dependente da relação (...), onde no topo está o elo mais fraco dessa corrente: Os filhos”.

Com base em tais circunstâncias, afirma:

33 Disponível em: <amadeuepifanio.blogspot.com/.../sustentabilidade-consequencias-de-...>. O grifado não é do original.

“Sustentabilidade familiar envolve responsabilidade e cumplicidade, com bem-estar, felicidade e harmonia do grupo, através do diálogo, afeto e respeito mútuo. Viver bem é possível.”

Resulta claro do quanto mencionado nos trechos transcritos, extraídos do texto já aludido, que a *sustentabilidade* depende do *cuidado* que os pais empreguem na educação e formação dos filhos (CC, arts. 1.566, IV, e 1.631 a 1.634) e a maneira como os próprios genitores a sua relação afetiva, em um exercício de consideração e respeito mútuos (CC, arts. 1.511, 1.565 e 1.566, III e V, e art. 1.724, pertinentes a ambas as situações, ou seja, a dos cônjuges e a destes quanto aos filhos), de sorte a ser possível que estes façam o mesmo em relação aos seus pares e prole, se vierem a se unir a outrem.

Afinal e conforme o Talmude, “Quando educamos nosso filhos, estamos educando o filho do nosso filho”.

Ao invocar a *solidariedade* e a *fraternidade* preambularmente, sem olvidar a *pluralidade* e a *ausência de preconceito*, adotando, ademais, a *dignidade da pessoa humana* e a *cidadania* como fundamentos da república, atribuindo à *igualdade a condição de direito e garantia fundamental* e acabando por dedicar à *família a especial proteção do Estado*, pode-se ter como implícita e claramente adotado o *cuidado* pelo constituinte, como princípio que norteou sua atuação e dirigido a orientar os legisladores e aplicadores da CF e das leis.

Com efeito e muito embora se saiba que em relação ao direito positivo se dá sua imediata aplicação aos casos concretos e para a solução dos eventuais descumprimentos do quanto na lei se contém, acabou-se por dar atenção e consideração aos princípios jurídicos, expressos ou implícitos no sistema legal, em especial naquelas hipóteses em que se constatava a não subsunção do fato à norma, com relevo para o direito de família, “(...) em virtude do reiterado desenvolvimento das relações humanas e familiares (...)”, aspecto no tocante a que, “(...) o estudo dos princípios ganhou maior atenção”, na bem lançada assertiva de Roberta Tupinambá³⁴.

Efetivamente e segundo essa jurista,

“(...) constatou-se que a aplicação dos princípios seria absolutamente necessária para a resolução de casos mais complexos, notadamente aqueles que envolvessem o Direito Constitucional, pois, por sua fluidez, e afastada a possibilidade de se realizar a subsunção de um princípio a um caso concreto, dada a insuficiência do seu grau de concretização, os princípios permitem o delineamento das indicações sobre as consequências jurídicas de um caso. E vão além. Considerando-se que a

34 *O cuidado como Princípio Jurídico nas Relações Familiares*, em *O Cuidado como valor jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 357/379.

realidade sempre antecede ao direito, a *juridicização de atos e fatos acontece a partir da vida concreta do sujeito*".

Como decorrência, assumem os princípios, segundo Rodrigo da Cunha Pereira, "(...) função de otimização do Direito"³⁵ e constituem, conforme Daniel Sarmento, nos "(...) mandamentos nucleares do sistema jurídico, irradiando seus efeitos sobre diferentes normas e servindo de balizamento para a interpretação e a integração de todo o setor do ordenamento em que radicam"³⁶.

A partir da abertura trazida pela CF de 1988, com as cláusulas liberais nela inseridas e a necessidade de interpretar-se cada uma, frente a princípios outros nela própria inseridos, passaram a doutrina e os pretórios a elaborar trabalho exegético produtor e no qual foi possível aferir os limites exegéticos admissíveis, inclusive tendo-se em conta a principiologia própria ao Direito, segundo o que a vida oferece na realidade cotidiana, de tudo advindo, como lógica consequência, a imperiosidade de soluções não previstas de forma expressa mas passíveis de serem intuídas e concluídas mediante a consideração dos princípios jurídicos gerais e aqueles enunciados no desenho que a arquitetura constitucional apresentou a partir de 1988 e dependia apenas de apreciação tendente a verificar o possível a nessa moldura ter-se como incluído.

Principalmente em aspectos ligados à família e na esteira do quanto asseverado por Rodrigo da Cunha Pereira,

"Atualmente, o Direito gira em torno da pessoa humana concreta e das situações jurídicas, tendo em vista, principalmente, o processo de Constitucionalização do Direito Civil. Em outras palavras, interessa na relação jurídica muito mais o sujeito do que o seu objeto. Este é um imperativo ético que se impõe especialmente com a introdução do discurso psicanalítico da valorização do sujeito (...) Por isso, o sistema de regras tornou-se insuficiente, em face da revolução hermenêutica havida com o *status* que a pessoa humana alcançou, de fundamento da República federativa do Brasil, por força do art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988"³⁷.

Da insuficiência do sistema regrado, adveio a forte necessidade de serem considerados os princípios aplicáveis, oriundos tanto da ciência jurídica, quanto de outros ramos, com expressivo valor para o da psicologia, em interdisciplinar e indispensável análise das situações imprevistas.

35 *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 36.

36 *Os princípios constitucionais e a ponderação de bens*, Teoria dos direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 51. organ. Ricardo Lobo Torres.

37 Princípios (...), cit., p. 24.

CONCLUSÃO

“Para estar na memória de seus filhos amanhã, você precisa estar na vida deles hoje.” (Ed Jones Smith)

“O futuro da civilização depende da continuidade da existência da família, apesar dos perigos que espreitam e procuram solapar as bases familiares de nossa organização.” (Isaac Mielnik)

7) O que se expôs destina-se a indicar a importância que o *cuidado* assumiu na apreciação da CF e em relação à pessoa e tudo o quanto a ela diga respeito no âmbito familiar, servindo o trato dado aos mandamentos maiores e aos ordinários, bem como aos princípios jurídicos gerais e ao exame da psicologia, como indicação de que tanto doutrina, quanto jurisprudência vêm, de forma implícita ou explícita, dando ao tema o relevo que comporta, em efetivo reconhecimento à *vulnerabilidade* própria aos cidadãos e à família e à preocupação de criar condição de *sustentabilidade mínima* às atuais e próximas gerações.

Disso se torna evidente a ligação que tais circunstâncias apresentam entre si e a importância que assume a consideração que a cada uma se der, com o fito do objetivo maior que é o do respeito à dignidade da pessoa humana, adotada como fundamento da própria república e ao que a ela diga respeito e seja do interesse social e da cidadania.

CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS E DIREITO DE FAMÍLIA

Caetano Lagrasta Neto

SUMÁRIO: Introdução. 1 Acórdãos e Leis Emblemáticas. Conclusões.

INTRODUÇÃO

Inúmeras as hipóteses de julgamentos emblemáticos, diante das modificações introduzidas pela CF/88 e pelos Costumes, capazes de trazer o núcleo familiar para uma nova definição que afasta a figura do *pater* como seu condutor exclusivo, a mulher da submissão mais abjeta e os filhos da dependência econômica e do silêncio perante agressões físicas e morais. Cria-se o Estatuto das Famílias, surge a *família mosaico*, o Estatuto da Diversidade Sexual, a todos garantida a dignidade da pessoa humana.

Nada obstante a desnecessidade de algumas leis, para as quais bastaria a interpretação sistemática da própria Carta Magna, outros fenômenos invadem diariamente as emissões televisivas e as *redes sociais*, obrigando os lidadores do Direito a uma constante atualização de conceitos. Existe hoje crescente exigência por *políticas públicas* voltadas à Família e ao reconhecimento do *mínimo existencial*, capaz de garantir a *dignidade da pessoa humana*. Sob este aspecto são esclarecedoras as lições de Ricardo Lobo Torres (*Direito ao mínimo existencial*. Renovar, 2009), de Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe, (*Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. Forense, 2011). Por outro lado, avolumam-se exemplos de *retrocesso social* (na lição de Ingo Wolfgang Sarlet – v. especialmente Rev. *TST*, vol. 75, n. 3, jul./set. 2009), instituto que impede seja negada a aplicação a leis ou acórdãos paradigmas que se afastem das normas ou princípios constitucionais. Aceitos pelas Cortes Superiores (RE/STF nº 482.611/SC – Rel. Min. Celso de Mello, j. em 23.03.2010; RE/STJ nº 1.185.474/SC, Rel. Min. Humberto Martins, j. em 29.04.2010), examinada a figura da *reserva do possível*, com intervenção dos Poderes Legislativo e Executivo, no sentido de inexistência ou precariedade de verbas ou de previsão orçamentária.

* Desembargador, Presidente da Coordenadoria de Estudos, Planejamento e Acompanhamento de Projetos Legislativos do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Consultor da Comissão de Direito de Família e Sucessões da OAB/SP, e membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família.

Por fim, não há como deixar de recorrer às notícias estampadas diariamente pela mídia ou à criação de projetos, leis, regulamentos, provimentos, que busquem ampliar a proteção à dignidade da pessoa humana.

1 ACÓRDÃOS E LEIS EMBLEMÁTICAS

1) Paradigmáticas se revelam as decisões que aplicam a EC nº 66 do Divórcio e suas consequências, especialmente a decretação e prosseguimento, nos mesmos autos, da discussão e solução referente a assuntos pendentes, através de *capítulos de sentença* (Ag. I. nº 990.10.357301, 8ª CDP, v.u. j. em 10.X.2010). Por outro lado, a reserva por consciência religiosa preserva a figura da *separação de corpos*, como exceção, à permanência do vínculo conjugal. Mencionada a atividade dos delegados extrajudiciais nos casos de inexistência de litígio e sem a presença de filhos menores ou incapacitados.

2) É vinculante a decisão do STF, na ADPF nº 132 e da ADI nº 4277, Rel. Ministro Ayres Britto, ao reconhecer a união estável homoafetiva por votação unânime, em e objeto de reafirmação aos juízes brasileiros, através do *Ofício nº 81*, do Presidente, Ministro Cezar Peluso, de 9 de maio de 2011: “Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva”. Dessa forma, a não aplicação de *acórdão de caráter vinculante*, poderá implicar na imediata *Reclamação*, perante a Corte Suprema por se constituir em evidente *retrocessos social*, inclusive quanto à conversão em casamento. Por fim, este reconhecimento revê a discriminação da *Lei Maria da Penha*, devendo ser aplicada indistintamente para homens e mulheres, por agressões no âmbito familiar ou de convívio. Decisões esparsas admitem o casamento na esfera extrajudicial, *inclusive com publicação de proclamas* (PE); inclusive o STJ (REsp nº 1183378), enquanto muitos magistrados o continuam negando.

3) Projeto de Lei que pretende lançar o nome do *devedor de alimentos no Cadastro Geral de Devedores* (SERASA, Associação Comercial), desde 2007, apresentado ao Senador Eduardo Suplicy e convertido no atual nº 799/11, do Deputado Paulo Abi-Ackel, ampliam a proteção ao alimentando, como expressão da garantia da dignidade da pessoa humana. Existe ainda, apresentado à Corregedoria-Geral da Justiça, pela Coordenadoria de Estudos, Planejamento e Acompanhamento de Projetos Legislativos do TJSP, Projeto de Provimento, a exemplo do que já ocorre em Goiás e Pernambuco, a partir do protesto do título judicial. (v. Ag. I. nº 0426626-45.2010.8.26.000 – TJSP, j. em 04.05.2011).

4) Proposta no sentido da regularização do *Registro Civil da União Estável Homoafetiva* é objeto de PL apresentado pela Coordenadoria de Assuntos de Família e Sucessões da OAB/SP.

5) Projeto de Resolução foi apresentado ao Conselho Superior da Magistratura de São Paulo, para efetivar Registro Histórico do Nascimento, em *Livro Classificador*, visando regularizar o *parto anônimo*. Proteção ao recém-nascido, adotado, produto de inseminação assistida ou colocado em risco de morte. Evitando-se, dessa forma, a situação da *França*, em 2009, com mais de 400.000 pedidos de busca pela verdadeira origem do nascimento.

6) *Retrocesso Social na guarda compartilhada* por omitir a lei a fixação do domicílio da criança ou do adolescente e dos juízes que se recusam a intervir quando há litígio, o que pode agravar situação de alienação parental – conforme determinação de acórdão na Ap. Civ. TJSP, nº 581.970-4/9-00, j. 12.11.08.

7) *Retrocesso Social na alienação parental* – penas mais duras, prisão ou internação do alienador, diante do acerbado grau de dolo, a caracterizar tortura; aplicação de tornozeleira eletrônica para o guardião que constantemente e sem justificativa plausível muda de domicílio (v. acórdãos TJSP, na Ap. Civ. nº 544.107-4/0-00 e Ag. I. nº 630.114-4/4-00); abuso sexual com pedido de liminar, precariamente admitido ou negado, diante da ausência de peritos capacitados, também para caracterizar Síndrome de Alienação Parental, em evidente desprezo à dignidade da pessoa humana.

8) *Apropriação dos espaços urbanos* por gangues e submissão ao crime organizado. As meninas da Vila Mariana, as *mutras* búlgaras, a *Mara Salvatrucha* de São Salvador, enfim, as *máfias*, que se utilizam de famílias inteiras ou de algum membro para atividades da macrocriminalidade. As diversas marchas ou passeatas: o sucateamento da Economia globalizada (*ocupe Wall Street*, *bolha* imobiliária, furacão *Katrina*) e do Ensino (Chile); o futebol, para amplificar a violência e os resultados das Eleições (Inglaterra e Itália); todos elencados como fenômenos que ampliam *os dilemas da distribuição do poder e da mera permissão e melhor distribuição de renda*.

9) *Socioafetividade e posse do estado de filho* – monetarização do afeto e direito à indenização: é mais fácil rotular do que julgar com Justiça. Abandono moral (v. Ap. Civ. nº 511.903-4/7-00 – TJSP; Ap. Civ. nº 408.550-5 – TJMG, j. 2004).

10) *A carga dinâmica da prova – proteção à parte vulnerável econômica ou tecnicamente*. Presunção de Paternidade, Lei nº 11.924/09 e a Súmula nº 301 do STJ. Não há impedimento a sua aplicação diante do CPC, especialmente pela previsão constitucional: devido processo legal e do acesso à justiça, e artigos como o parágrafo único e II do 333, 125, I (igualdade no tratamento das partes); 339, 340, 342, 345 e 355 (dever de colaborar na busca da verdade real), sem contar a aplicação do atentado à jurisdição quando possível por superioridade colaborar com a Justiça (Ap. Civ. TJSP – nº 990.10.038334-5, j. em 12.05.2010).

11) Uniões estáveis simultâneas, impedido o reconhecimento. Putatividade. *Poliamorismo*. STF e o voto vencido emblemático do Ministro Ayres Britto (RE 397.762/BA e STJ, Rel. Min. Felipe Salomão (RE nº 912.926/RS) que nega e reforma decisão do TJ. Existem decisões esparsas de tribunais que o admitem para efeitos amplos, sem o reconhecimento de dupla união, mas de responsabilização e partilha, inclusive de pensão previdenciária (Ap. Civ. nº 478.819.4/4-00 e AP. Civ. 994.09.2888501-0)

12) *Lei Clodovil*, nº 11.924, altera o art. 57 da LRP, autoriza o enteado a utilizar o nome de família do pai ou mãe socioafetivos, que para garantir a estabilidade da Família necessitará de documento que esclareça seu alcance, na forma notarial.

13) *A usucapião familiar urbana*, Lei nº 12.424/2011, acrescenta o art. 1.240-A ao CC e permite a usucapião de dois anos, diante do abandono do lar, cujo alcance deve ser ajustado à realidade de cada caso.

14) *Estatuto da Diversidade Sexual*, a partir das definições de gênero, identidade de gênero, sexualidade, orientação sexual, ou seja, homossexualidade, bissexualidade, transgênero, travestis e transexualismo, impõem-se o respeito à dignidade da pessoa humana na sua opção sexual e o reflexo desta na Família. Essa reforma atinge: artigo da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro; 15 artigos do CC; 5 da LRP; 2 do ECA; 1 da lei que regula a investigação de paternidade; de benefícios previdenciários; da Previdência Social; dos Códigos Penal e Penal Militar, dentre outros.

CONCLUSÕES

I – O que se pretende é chamar a atenção para as novas tendências do Direito de Família em seus julgamentos emblemáticos e vinculantes. Interpretação profunda das normas e princípios constitucionais e das novas leis, vinculando-as às políticas públicas e ao respeito a um mínimo existencial, capaz de garantir a dignidade da pessoa humana, tendo como consequência a inclusão de relevantes parcelas da Cidadania, que continuam a ser consideradas como de segunda classe.

II – A globalização da Economia, a partir da queda do Muro de Berlim e dos atentados de 11 de setembro, acelerou a crise do Capitalismo, com reflexos nos movimentos de rua, na busca de melhor distribuição de renda e diminuição das desigualdades e que, com certeza, atingem a Família brasileira.

Cito duas lições, a primeira de Nouriel Roubini, que antecipou a crise da economia norte-americana (*Folha de São Paulo B10 Mercado*, em 16 p.): *Embora esses protestos não tenham um tema que os unifique, expressam de diferentes maneiras as sérias preocupações da classe média e da classe trabalhadora mundiais diante de suas perspectivas em vista da crescente concentração de poder nas mãos das elites econômicas, financeiras e políticas. As causas das preocupações são bastante claras: alto desemprego e subemprego nas economias avançadas e emergentes; capacitação*

profissional e educação inadequadas, entre os jovens e trabalhadores, o que impede que concorram no mundo globalizado; ressentimento contra a corrupção, inclusive em formas legalizadas como lobbies; e a alta acentuada na disparidade de renda e riqueza nas economias avançadas e nas emergentes.

A segunda, de Nizan Guanaes (mesma fonte, *B8 Mercado*, em 18 do corrente) quando analisa seus filhos e os nossos, dependurados na internet e o poder desta: *Os jovens foram da frente da TV, uma janela com grades, para a frente da janela na web, enorme, escancarada. Nesse movimento, ganharam voz e ouvidos, ganharam dentes. (...) Eles estão usando armas como telefones celulares, câmaras digitais e redes sociais. Essas armas transformaram protestos por democracia em revoluções populares. E ajudam a organizar campanhas por direitos humanos, por melhorias na educação e contra a corrupção.*

INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO DIREITO DE FAMÍLIA: ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO

*Dimas Messias de Carvalho**

RESUMO: A divisão clássica de direito público, como aquele que regula a organização e atividades do Estado e suas relações com particulares, e direito privado, que disciplina as relações entre particulares, não se aplica concretamente nos dias atuais, diante do interesse público em tutelar diversas relações privadas, interligando-os de tal forma que se confundem e por vezes não identifica o que prepondera. No Direito de família os interesses de incapazes, a proteção da pessoa humana e os direitos individuais indisponíveis exigem a intervenção do Ministério Público, instituição indispensável na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. A questão que busca debater é a atuação do Ministério Público na nova família brasileira, plúrima, afetiva e eudemonista, e os limites de sua intervenção, priorizando a defesa de direitos indisponíveis e dos membros fragilizados, sem indevida ingerência no exercício da autonomia privada e da liberdade das pessoas no exercício de direitos, distinguindo o interesse público do privado.

PALAVRAS-CHAVE: Ministério Público. Intervenção. Direito Público e Privado. Interesses sociais e individuais indisponíveis.

SUMÁRIO: 1 Direito Público e Privado. 2 Direito de Família: Entre o Público e o Privado. 3 Da Intervenção do Ministério Público nos Processos de Família; 3.1 Introdução; 3.2 Da Racionalização da Intervenção do Ministério Público; 3.3 Do Respeito à Autonomia Privada das Partes. 4 Conclusão. 5 Bibliografia.

1 DIREITO PÚBLICO E PRIVADO

A intervenção do Estado na vida das pessoas, ora excessivamente, quando deveria predominar a autonomia privada, ora ausente na proteção dos incapazes ou

* Professor de Direito de Família e Sucessões na UNIFENAS; Promotor de Justiça aposentado/MG; Advogado; Sócio do escritório DMCARVALHO Consultoria Jurídica; Autor de várias obras jurídicas publicadas pela Editora Del Rey; Pós-Graduado em Direito Público, Direito Processual, Ciências Jurídicas e Direito de Famílias e Sucessões; Sócio do IBDFAM e mestrando em Constitucionalismo e Democracia pela FDSM; Palestrante.

em situação de vulnerabilidade no âmbito da família, motivou o IBDFAM a abordar no VIII Congresso Brasileiro de Direito de Família, o tema *Família – Entre o público e o privado*. Necessário abordar, portanto, o direito público e o privado.

O direito constitui uma unidade conceitual no plano filosófico; uma unidade orgânica no plano científico; e uma unidade teleológica no plano social. A unidade do direito não impede, todavia, o agrupamento dos princípios jurídicos em direito público e direito privado, distinção já formulada pelos romanos. A divisão, entretanto, não é absoluta. A unidade do direito permite e exige intercomunicação frequente entre as normas de direito público e direito privado, que se confundem muitas das vezes, restando tormentosa e quase impossível a distinção¹, notadamente no Direito de Família.

Caio Mário já lecionava para a necessidade de utilizar diversos critérios para diferenciar o direito público do privado. Pelo *critério subjetivo*, buscando o elemento diferenciador no sujeito ou titular da relação jurídica, surge a divisão clássica, conceituando o direito público como aquele que rege a organização do Estado e suas relações com outros Estados e com particulares e, o direito privado, o que disciplina as relações entre particulares. Pelo *critério finalístico* ou extensão do direito protegido, as normas de direito público visam a tutela em que predomina os interesse gerais, enquanto as normas de direito privado as que têm sentido primordial o interesse dos cidadãos. O *critério da imutabilidade* ressalta que as normas de interesse público, cogentes, não podem ser modificadas pelos pactos entre particulares, são inderrogáveis pela simples vontade das partes. Cita ainda Ruggiero para conceituar direito público como o direito que tem por finalidade regular as relações do Estado como outro Estado, ou as do Estado com seus súditos, quando procede em razão do poder soberano, e atua na tutela do bem coletivo; enquanto o direito privado disciplina as relações entre as pessoas singulares, nas quais predomina imediatamente o interesse de ordem particular².

Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona conceituam o direito público como aquele destinado a disciplinar os interesses gerais da coletividade, dizendo respeito à sociedade política, estruturando-lhe organização, serviços, tutela dos direitos individuais e repressão dos delitos, enquanto o direito privado é o conjunto de preceitos reguladores das relações dos indivíduos entre si, tutelando interesses particulares. Ressaltam que o Direito Civil é a grande base do direito privado, ao tutelar as relações jurídicas das pessoas desde antes do nascimento até após a morte. Etimologicamente, *civil* refere-se a *cidadão*, tratando-se, pois, do ramo que disciplina as relações jurídicas da pessoa,

1 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. 1. Introdução ao Direito Civil. Rio de Janeiro, 1995. p. 11.

2 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. 1. Introdução ao Direito Civil. Forense: Rio de Janeiro, 1995. p. 12 e 13.

seja uma com as outras, envolvendo obrigações familiares e obrigacionais, seja com as coisas³.

Interessante as lições de Fábio Ulhoa ao conceituar direito público e privado diferenciando-os pelos critérios que consideram as pessoas (subjeto), a extensão do direito e o valor fundamental. Pelo *critério subjetivo* o direito público é o pertinente aos atos praticados pelo Estado, enquanto o privado cuida dos atos praticados exclusivamente por particulares. Pelo *critério da extensão dos interesses*, quando são de todos, generalizados, transindividuais e abrangentes, portanto públicos, tratam-se de direito público, enquanto os interesse particulares, individualizados, são regulados pelo direito privado. Por fim, de acordo com o *valor fundamental*, terceiro critério, no campo do direito público a segurança é o bem mais importante a ser preservado, enquanto no direito privado é a liberdade, a autonomia da vontade⁴.

Os critérios apresentados, entretanto, não são suficientes para distinguir o direito público do privado no caso concreto, já que estão interligados, restando impossível verificar com exatidão a divisão entre eles, pois intercomunicam com frequência as regras do direito público com o privado. Deve ser observado, entretanto, a *positivação e segurança do direito público e a autonomia da vontade do direito privado*, especialmente no Direito de Família, quando se completam.

2 DIREITO DE FAMÍLIA: ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO

De todos os ramos do direito civil, o Direito de Família é o mais privado de todos eles, por tratar da vida íntima das pessoas nas relações familiares, em que predomina o afeto. É também o de maior alcance pois diz respeito a todas as pessoas indistintamente, mesmo antes do nascimento, para proteção e auxílio da gestante (alimentos gravídicos), e após a morte, nas relações de parentesco (ações investigatórias de paternidade).

Tratando-se de direito intimista é vedada a intervenção de particulares e do Estado na vida das pessoas e na comunhão da família, o que é realçado no Código Civil de 2002, ao dispor no art. 1.513 que *é defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família*.

O princípio da não intervenção na comunhão de vida também é realçado na Constituição Federal, ao dispor na primeira parte do art. 226, § 7º, que *fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal*.

3 GAGILANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo Curso de Direito Civil*, v. I: Parte Geral. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 73/75.

4 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*, v.1. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 11/15.

A não intervenção, entretanto, não significa que o Estado encontra-se desobrigado de proteger a família, ao contrário, é imposto a obrigatoriedade de fornecer meios mediante políticas públicas para a estruturação da família planejada pelos cidadãos, complementando o art. 226, § 7º, da Constituição Federal, que compete ao Estado *propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito*.

A Constituição prevê a atuação do Estado na proteção da família e de seus membros, entre outras, para coibir a violência, para a proteção integral e prioritária à criança e ao adolescente, para proteção do idoso, das pessoas portadoras de deficiência, da gestante, e às diversas formas de constituição de família.

A família matrimonial, patriarcal e patrimonializada, do início do século que passou, transformou-se, especialmente a partir da Constituição de 1988, em plúrima, igualitária entre seus membros e eudemonista, buscando a felicidade individual de seus membros, tendo por núcleo central o afeto. Sábias as palavras do professor Rodrigo da Cunha Pereira de que *no Direito, hoje, constatamos que a família, além de plural, está em movimento, desenvolvendo-se para a superação de valores e impasses antigos na direção contrária a uma história de infelidades*⁵.

As significativas mudanças revolucionaram o Direito de Família, importando quebras e mudanças de paradigmas, elegendo a afetividade como princípio agregador da família e não mais o formalismo do casamento, surgindo novos princípios e conceitos. A pluralidade das famílias e a resistência dos legisladores em acompanharem as mudanças sociais, tem obrigado o judiciário, reiteradamente, a suprir lacunas na legislação, aplicando o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, o que importa nova leitura dos conceitos de família e do Direito de Família entre o público e o privado, já que os conceitos e classificação clássicas não mais atendem à realidade dos dias atuais.

Os conceitos de família mudam de acordo com o ramo da ciência adotada, como leciona Fábio Ulhoa Coelho:

“Para a história e sociologia, ela é o conjunto de pessoas que habitam a mesma casa. A antropologia já a define em função da interdição de relações sexuais incestuosas. Na psicanálise, a definição parte dos papéis psicológicos desempenhados pelas pessoas; o pai e a mãe não são necessariamente os fornecedores dos gametas, mas aqueles que cumpriram determinadas funções na estruturação da psique da pessoa. O direito, por sua vez, adota a definição de família tendo em vista certas ‘relações jurídicas’ entre os sujeitos.”⁶

A introdução da psicanálise foi um dos marcos para a revolução paradigmática no Direito de Família, novamente ensina Rodrigo da Cunha Pereira, pois a considera-

5 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Divórcio: teoria e prática*. 2. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p. 15.

6 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*. v.5. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 10/11.

ção do inconsciente revelou um outro sujeito, um *sujeito de desejo*, ou seja, na objetividade dos atos e fatos jurídicos permeia a subjetividade que não pode mais ser desconsiderada pelo direito. A consideração do desejo para manter os vínculos familiares valorizou o amor e este sentimento fez surgir um novo valor jurídico: a *afetividade*. O princípio da afetividade, agora como valor jurídico, modifica velhas concepções e instala uma nova ordem jurídica para a família⁷, possibilitando harmonia e a realização pessoal de cada um de seus membros.

O afeto como valor jurídico importa nova concepção do Direito de Família na sua relação entre o público e o privado. A intervenção do Estado na família deve ser frequente, mas apenas protetiva, especialmente para os incapazes e pessoas fragilizadas, evitando abusos e proporcionando seu desenvolvimento, sem ingerência na sua constituição e manutenção. O Direito de Família, por consequência, é ramo de direito privado, regulado por normas cogentes ou de ordem pública, com forte intervenção protetiva do Estado, mas respeitando a vontade de seus membros; suas instituições jurídicas são de direitos-deveres; é direito personalíssimo, irrenunciável e intransmissível⁸.

Maria Berenice Dias ressalta o poder-função ou direito-dever exercido pelo titular do direito no Direito de Família, citando como exemplo o poder familiar, mas lembra que não se pode conceber nada mais privado, mais profundamente humano do que a família. Conclui que o Direito de Família tem assento no direito privado, mas dispõe de acentuado domínio de normas imperativas ou cogentes, que não se sujeitam exclusivamente à vontade das partes, em face do comprometimento do Estado de proteger a família e ordenar as relações de seus membros, ressaltando a concepção supraindividualista da família. A proteção da família pelo Estado e a proximidade com o poder público não lhe retira o caráter privado e não permite intervencionismo intolerável na vida íntima das pessoas⁹.

O Direito de Família, na lição de Rolf Madaleno, respeita o conjunto de normas jurídicas que regulam as relações familiares e está em conformidade com o direito privado. Existe uma tendência doutrinária de publicizar o Direito de Família, para classificá-lo como direito público, pois contém normas impositivas que retiram das partes liberdade de disposição contratual, entretanto, embora o Direito de Família contenha preceitos de ordem pública, não se identifica com o Direito Público e já ficou constatado o fracasso do intervencionismo do Estado na vida familiar e intimidade das pessoas. Atualmente a ciência familista, como vem ocorrendo com

7 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Divórcio: teoria e prática*. 2. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p. 18 e 19.

8 CARVALHO, Dimas Messias de. *Direito de Família*. Direito Civil. v. VII. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 16.

9 DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 34 e 35.

as novas conquistas, especialmente no campo da filiação e nos modelos de famílias, procura conferir maior liberdade e autonomia aos partícipes¹⁰ das relações jurídicas de ordem familiar.

A importância conferida ao afeto e à autonomia da vontade nas relações familiares no moderno Direito de Família e o novo perfil constitucional conferido ao Ministério Público, priorizando a função de *órgão agente* em detrimento de sua atuação burocrática de *órgão interveniente*, faz repensar sobre sua intervenção nos processos de família quando não existe repercussão social ou interesses de incapazes.

3 DA INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NOS PROCESSOS DE FAMÍLIA

3.1 Introdução

Inegável é a importância do Ministério Público na sua missão constitucional de tutela de direitos coletivos e individuais indisponíveis, promoção de justiça social e pacificação social.

O novo perfil do Ministério Público traçado pela Constituição Federal exige a readequação de sua intervenção no direito privado, notadamente no direito de família, o que vem sendo objeto de estudos pela própria Instituição e seus membros.

O Conselho Nacional do Ministério Público recomendou aos Ministérios Públicos, em abril de 2010, no âmbito de sua autonomia, priorizar a função de *órgão agente* em detrimento da função de *órgão interveniente*. A providência, pioneira, já havia sido adotada nos Ministérios Públicos Estaduais de Minas Gerais e São Paulo, e, posteriormente, em Santa Catarina e Bahia, todos objetivando racionalizar a atuação do *Parquet*.

No expediente do Conselho Nacional de Justiça – Processo nº 0.00.000.000935/2007-41, fundamentou o Conselheiro Cláudio Barros Silva, citando Marcelo Zenker, que *impõe-se uma necessária integração entre a atividade do Ministério Público no processo civil – como órgão facilitador do acesso à justiça e de defesa dos direitos – e a efetividade e instrumentalidade do processo civil contemporâneo. (...) A responsabilidade do Ministério Público pela efetividade se escora na busca de uma atuação racional, moderna e voltada exclusivamente para o novo perfil traçado pela Instituição Federal de 1988. Conclui o Conselheiro Cláudio Barros Silva que o ordenamento jurídico existente, clama pela conformação entre o art. 82 do Código de Processo Civil e o conteúdo do disposto na Constituição Federal*¹¹.

10 MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 9 e 10.

11 CNMP. Processo nº 0.00.000.000935/2007-41 – Apenso nº 0.00.000.000818/2009-79. Conselheiro Cláudio Barros Silva. j. 27.04.2010.

Após a recomendação geral do CNMP, outros Estados, como Paraná e Rio Grande do Norte, expediram Recomendações para reorientar a atuação do Ministério Público no processo civil.

Observa-se, entretanto, que a intervenção do Ministério Público no Direito Civil necessita ser revista por dois fundamentos:

“O *primeiro*, pela evolução do próprio Direito de Família, conforme já abordado, e que não permite ao Estado e em consequência o Ministério Público, esmiuçar a vida íntima das pessoas e intervir na sua privacidade, devendo ser respeitada a *autonomia privada*;

O *segundo*, pelo interesse da própria Instituição em *racionalizar e otimizar sua atuação*, atendendo à vontade e real anseio da sociedade, especialmente na tutela dos direitos coletivos e promoção da justiça social.”

O Código de Processo Civil dispõe no art. 82 que:

“Art. 82. Compete ao Ministério Público intervir:

I – nas causas em que há interesses de incapazes;

II – nas causas concernentes ao estado da pessoa, pátrio poder, tutela, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência e disposições de última vontade;

III – nas ações que envolvam litígios coletivos pela posse da terra rural e nas demais causas em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte.”

A Constituição Federal atribuiu ao Ministério Público novas funções relevantes, dispondo no *caput* do art. 127 que:

“Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.”

O Código Civil, por seu turno, estabeleceu limites, vedando interferência do Estado ou de particulares na vida íntima das pessoas em família, dispondo no art. 1.513 que:

“Art. 1.513. É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família.”

3.2 Da Racionalização da Intervenção do Ministério Público

O Ministério Público foi alçado pela Constituição Federal de 1988 como o grande defensor dos interesses sociais, coletivos e individuais indisponíveis, exigindo um novo perfil de atuação dos Promotores de Justiça, reorientando para priorizar a defesa de tais interesses na qualidade de órgão agente de forma eficiente e produtiva, atendendo às expectativas da sociedade, afastando a figura do promotor *parecerista* e burocrático que manifesta em todos os feitos no processo de família.

O amplo e genérico sentido de *interesse público* adotado no art. 82, III, do Código de Processo Civil permitia a atuação do Ministério Público em infindáveis processos que em nada contribui para o exercício de suas funções institucionais, burocratizando e retardando o processo, o que, em última análise, é prejudicial ao interesse público em sentido amplo.

O interesse público a autorizar a intervenção do Ministério Público deve ser observado como algo concreto, verificado objetivo e subjetivamente, tendo como princípio norteador a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis.

Os promotores Márcio Berclaz e Millen Moura ressaltam que “para maior eficiência da tutela coletiva, torna-se forçoso um verdadeiro choque de gestão, revisitando e reformulando práticas vigentes. (...) à figura de um membro encerrado no seu gabinete, conformado e preocupado em atuar apenas como típico despachante processual, qualificado parecerista, propõe-se a edificação de um Promotor de Justiça transformador, compromissado com os grandes problemas da comunidade na implementação dos seus direitos fundamentais, aprimorando o Estado Democrático de Direito capaz de garantir o aperfeiçoamento da cidadania e condições de vida digna. (...) Racionalizar, nesta ótica, propõe uma releitura das atribuições ministeriais a partir de um processo de filtragem constitucional capaz de projetar efeitos em toda a legislação ordinária, extirpando a atuação do Promotor de Justiça em intervenções processuais obsoletas, baseadas muito mais numa praxe forense irrefletida do que, propriamente, numa missão constitucional. (...) A oferta de pareceres em feitos de pouca ou quase nenhuma relevância social tornou-se tarefa que consome enorme tempo do membro ministerial. (...) o seu preço tem sido muito alto, principalmente para a sociedade”¹².

É certo que a racionalização do Ministério Público no Processo Civil encontra opositores acomodados nos seus próprios quadros, sob o injustificável argumento de *perda de espaço*, e também de pessoas externas à Instituição, que preferem um Ministério Público burocrático e inofensivo, como ressaltam os autores já citados:

12 BERCLAZ, Márcio Soares; MOURA, Millen Castro Medeiros de. *Temas Atuais do Ministério Público*. 2. ed. Coords. Cristiano Chaves, Leonardo Barreto Moreira Alves e Nelson Rosenvald. Artigo: *Para onde caminha o Ministério Público? Um novo paradigma: Racionalizar, Regionalizar e Reestruturar para assumir a identidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 149.

“Além disso, há pessoas externas à instituição que, ao criticarem abertamente às premissas da racionalização, escondem interesses egoísticos, quando não desejos verdadeiramente escusos de continuar a ver, na rotina do membro do Ministério Público, inofensivo e qualificado ‘parecerista de luxo’. Para tais indivíduos, torna-se muito mais cômodo apostar na preservação do Promotor de Justiça ‘despachante processual’, que, se, de um lado, facilita o trabalho rotineiro do Poder Judiciário, por outro, inviabiliza-se para cumprir, com desenvoltura e comprometimento, o que a sociedade dele exige.”¹³

Interessante, complementando o raciocínio, o voto do Conselheiro Cláudio Barros Silva:

“Qual o interesse que leva o Ministério Público a ‘intervir’ em ação de separação consensual, inexistente interesses de incapazes ou, ainda, em ação de partilha de bens, quando o crime organizado toma proporções incontroláveis e assola a organização social, quando o cidadão clama pela sobrevivência frente aos níveis insuportáveis de poluição e à degradação permanente do meio ambiente, quando a sociedade é agredida pelo escárnio da corrupção na esfera pública, dos desvios do patrimônio público, da prática dos atos de improbidade, do desrespeito ao idoso, à criança, à mulher e às minorias?”¹⁴

O Conselho Nacional de Procuradores Gerais de Justiça – CNPJ constituiu Comissão Especial para oferecer sugestões para racionalização da intervenção do Ministério Público no Processo Civil, que resultou em fundamentado relatório, em 31 de julho de 2002, de lavra do Relator Miguel Bandeira Pereira.

Em 13 de maio de 2003, na reunião do Conselho Nacional dos Corregedores-Gerais do Ministério Público, em Ipojuca/CE, considerando a necessidade de otimizar a atuação do *Parquet*, dentro do limite orçamentário de 2% (dois por cento) imposto ao Ministério Público, foi expedida a *Carta de Ipojuca* sugerindo a desnecessidade de intervenção em diversos feitos, por ausência de interesse.

O Ministério Público do Estado de Minas Gerais realizou na cidade de Araxá, nos dias 25 e 26 de outubro de 2007, com cerca de cento e oitenta membros, o *Simpósio MP Cível em Debate – Otimização da Intervenção do Ministério Público no Processo Civil*, em que foi debatida exaustivamente a atuação do Ministério Público no Direito Civil, especialmente como *custos legis*. Diante das conclusões do simpósio foi expedida, em 12 de novembro, a *Recomendação Conjunta PGJ/CGMP nº 03/07*, otimizando a intervenção

13 BERCLAZ, Márcio Soares; MOURA, Millen Castro Medeiros de. *Temas Atuais do Ministério Público*. 2. ed. Coords. Cristiano Chaves, Leonardo Barreto Moreira Alves e Nelson Rosenvald. Artigo: *Para onde caminha o Ministério Público? Um novo paradigma: Racionalizar, Regionalizar e Reestruturar para assumir a identidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 154.

14 CNMP. Processo nº 0.00.000.000935/2007-41 – Apenso nº 0.00.000.000818/2009-79. Conselheiro Cláudio Barros Silva. J. 27.04.2010.

ministerial, tratando nos incisos I a IV do Direito das Famílias e no V do Direito das Sucessões. Dispõe a referida recomendação:

“Recomendam, sem caráter normativo, aos Membros do Ministério Público que oficiam no âmbito cível para não mais intervir nos seguintes feitos:

- I – separação e divórcio judiciais em que não houver interesse de incapazes;
- II – ação declaratória de união estável e respectiva partilha de bens em que não houver interesse de incapazes;
- III – ação ordinária de partilha de bens entre partes capazes;
- IV – ação executiva de alimentos entre partes capazes, excetuada a hipótese do art. 733 do CPC;
- V – ação relativa às disposições de última vontade, sem interesse de incapazes, excetuada aquela que imponha encargos ou cláusulas restritivas, bem como a aprovação, o cumprimento e o registro de testamento, e aquela que envolva reconhecimento de paternidade ou legado de alimentos.”

Novamente, o Ministério Público Mineiro realizou outro simpósio, desta vez o *I Simpósio Estadual de Direito de Família*, no dia 06 de outubro de 2010, em Belo Horizonte, ocasião em que foi criada pela Resolução PGJ nº 67/2010 a *Coordenadoria de Defesa dos Direitos das Famílias*, nomeando-se coordenadora a dinâmica Promotora de Justiça Raquel Pacheco Ribeiro de Souza. Das conclusões do simpósio foi expedida a *Carta das Famílias*, com 26 (vinte e seis) enunciados, para uma atuação mais resolutiva, sobre os temas: Tutela Coletiva na área do Direito das Famílias; Atuação do Ministério Público como órgão agente e interveniente no processo judicial de família; Homologação de acordo extrajudicial na família; Alienação parental; Mediação e conciliação da área de família.

O Ministério Público do Estado de Minas Gerais, através da *Resolução Conjunta PGJ/CGMP nº 3, de 31 de março de 2011*, regulamentou os *procedimentos para instaurações, promoção e implementação de projetos sociais – PROPS*, que objetiva, por meio de um conjunto integrado de atividades interinstitucional, reduzir, eliminar ou solucionar problemas ou promover a tutela dos direitos ou interesses difusos, coletivos, homogêneos e individuais indisponíveis, tuteláveis pelo Ministério público, permitindo uma atuação resolutiva no Direito das Famílias.

O novo perfil do Ministério Público é, portanto, órgão agente e resolutivo na defesa dos direitos da família, atuando efetivamente como instrumento de transformação social, focando na efetivação de políticas públicas para a família. A otimização da intervenção do Promotor de Justiça deve ser vocacionada para o interesse social e individuais indisponíveis, afastando-se de atividades meramente intervenientes e burocráticas, como

pareceristas de luxo, na esfera privada e personalíssima de partes capazes, que em nada interessam à coletividade e importam em morosidade do processo.

Assim, por racionalização e otimização, o Ministério Público, no interesse da própria Instituição em cumprir suas novas funções constitucionais, deve ajustar-se à nova realidade do Direito de Família, interpretando o art. 82 do Código de Processo Civil à luz da Constituição Federal de 1988 e legislações posteriores, atuando efetivamente quando existir interesses de incapazes ou interesse social, abstendo de atuar nos processos judiciais de direitos disponíveis envolvendo partes capazes.

3.3 Do Respeito à Autonomia Privada das Partes

A Constituição Federal veda expressamente ao Estado intervir no planejamento familiar e nos modelos de família (art. 226, § 7º), resguardando entre os direitos e garantias fundamentais a intimidade das pessoas e a inviolabilidade da vida privada (art. 5º, X), a liberdade e a igualdade (art. 5º, *caput*).

O Código Civil veda a interferência do Estado e de qualquer pessoa de direito privado na comunhão de vida instituída pela família (art. 1.513 do CC).

Assim, tratando-se de interesse privado entre partes capazes no Direito de Família, sem qualquer reflexo na sociedade, não existe interesse processual do Ministério Público em intervir como *custos legis*, importando sua atuação ingerência indevida, violando a autonomia privada dos legítimos interessados.

Não se justifica, a título de exemplo, o Promotor de Justiça, atuando como *custos legis* em pedido de separação consensual, recorrer da decisão que, após homologar o acordo de alimentos e guarda do filho, decretou o divórcio com amparo na EC nº 66/2010¹⁵. A partir da Lei nº 11.441/07 e da EC nº 66/2010 é inequívoco que a separação e o divórcio perderam o interesse público social que exigia intervenção do Ministério Público.

Leonardo Barreto Moreira Alves leciona que “em existindo interesse de incapaz, a atuação do Promotor de Justiça deve cingir-se apenas e tão somente a tal interesse, não se manifestando, portanto, quanto ao próprio decreto de separação ou divórcio, bem como quanto aos efeitos decorrentes da dissolução do matrimônio”¹⁶.

Inequívoco que o Ministério Público possui legitimidade para atuar como interveniente ou agente na tutela dos interesses sociais e individuais indisponíveis, restando impertinente sua intervenção nos feitos que dizem respeito aos direitos privados e disponíveis.

15 TJMG. AC nº 0014019-41.2010.8.13.0028. Relator Des. Afrânio Vilela. Relator p/acórdão Des. Roney Oliveira. p. 03.05.2011.

16 ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Temas Atuais de Direito de Família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 133.

A intervenção do Ministério Público em situações da vida privada, na esfera personalíssima de interesses do titular, não é o papel que lhe conferiu a Constituição Federal. Lembra Cristiano Chaves de Faria que “tornou-se o Ministério Público um específico órgão de atuação, essencial à função jurisdicional (como agente ou interveniente), em causas que versem sobre interesses de ordem social (difusos ou coletivos) ou mesmo de interesses privados indisponíveis.(...) E um exemplo significativamente eloquente dessa legitimação ministerial para a defesa dos interesses indisponíveis (na busca da preservação de direitos cuja proteção interessa ao Estado), é justamente, a ação de alimentos – na qual o órgão atua em juízo com vistas a garantir o direito constitucionalmente assegurado à vida, à integridade física e psíquica e, principalmente, à dignidade humana” (art. 1º, CF)¹⁷.

O Estatuto das Famílias (Projeto de Lei nº 2.285/07) prevê que “o Ministério Público deve intervir nos processos judiciais em que houver interesses de crianças, adolescentes e incapazes” (art. 130), entretanto, no caso concreto, se restar evidenciado interesses sociais ou individuais indisponíveis, torna-se necessária a intervenção do *Parquet*, como, p. ex., na proteção aos idosos, violência contra a mulher, alienação parental (convivência familiar), alimentos, ainda que capazes.

4 CONCLUSÃO

Conclui-se, assim, a necessidade de distinguir o público do privado, pois atualmente o Ministério Público está legitimado a atuar no Direito de Família somente quando restar evidenciado a presença de incapazes, interesses sociais e individuais indisponíveis, ou seja, interesses públicos, faltando-lhe legitimidade para intervir nos processos que tratam de direitos privados e disponíveis entre partes capazes.

Resta dispensável, portanto, a título de exemplo, a intervenção nos processos de família e sucessões, que versem sobre:

- a) Procedimentos cautelares sem interesses de incapazes;
- b) Procedimentos de jurisdição voluntária sem interesses de incapazes;
- c) Habilitação de casamento de partes capazes;
- d) Divórcio (e separação para a corrente que defende sua permanência) e conversões em divórcio sem interesses de incapazes;
- e) Ações declaratórias de uniões estáveis heteroafetivas e homoafetivas sem interesses de incapazes;

17 FARIAS, Cristiano Chaves de. *Temas Atuais do Ministério Público*. Coords. Cristiano Chaves, Leonardo Barreto Moreira Alves, Nelson Rosenvald. Artigo: *A Legitimidade do Ministério Público para a ação de Alimentos: Uma conclusão Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 525 e 526.

- f) Ações de partilha de bens entre partes capazes;
- g) Ações de alimentos, revisões e execuções entre partes capazes;
- h) Sucessões testamentárias sem interesses de incapazes, após a aprovação, registro e cumprimento do testamento;
- i) Ação de usucapião familiar (Lei nº 12.424, de 16.06.2011 – art. 1.240-A do CPC) entre partes capazes;
- j) Parecer ministerial em 1º grau em recurso interposto pelas partes.

5 BIBLIOGRAFIA

- ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Temas Atuais de Direito de Família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- BERCLAZ, Márcio Soares; MOURA, Millen Castro Medeiros de. *Temas Atuais do Ministério Público*. 2. ed. Coords. Cristiano Chaves, Leonardo Barreto Moreira Alves e Nelson Rosendal. Artigo: *Para onde caminha o Ministério Público? Um novo paradigma: Racionalizar, Regionalizar e Reestruturar para assumir a identidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- CARVALHO, Dimas Messias de. *Direito de Família: Direito Civil*. v. VII. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- CNMP. Processo nº 0.00.000.000935/2007-41 – Apenso nº 0.00.000.000818/2009-79. Conselheiro Cláudio Barros Silva. j. 27.04.2010.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*, v.1. São Paulo: Saraiva, 2003.
- _____. *Curso de Direito Civil*. v.5. São Paulo: Saraiva, 2006.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4. ed. São Paulo: RT, 2007.
- FARIAS, Cristiano Chaves de. *Temas Atuais do Ministério Público*. Coords. Cristiano Chaves, Leonardo Barreto Moreira Alves, Nelson Rosendal. Artigo: *A Legitimidade do Ministério Público para a ação de Alimentos: Uma conclusão Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- GAGILANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo Curso de Direito Civil*. v.I: Parte Geral. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil. v. 1. Introdução ao Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Divórcio: teoria e prática*. 2. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2010.
- TJMG. AC nº 0014019-41.2010.8.13.0028. Relator Des. Afrânio Vilela. Relator p/acórdão Des. Roney Oliveira. p. 03.05.2011.

A FAMÍLIA EUDEMONISTA DO SÉCULO XXI

*Fabiola Santos Albuquerque**

SUMÁRIO: 1 Breves Considerações sobre o Significado do Termo eudemonismo. 2 A Sociedade da Cultura do Consumismo e a Pseudo-felicidade. 3 O Eudemonismo enquanto Elemento Estruturante do Direito de Família. 4 Conclusão. 5 Bibliografia.

1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O SIGNIFICADO DO TERMO EUDEMONISMO

Segundo o Dicionário Houaiss, Eudemonismo é a doutrina que considera a busca de uma vida feliz, seja em âmbito individual, seja coletivo, o princípio e fundamento dos valores morais, julgando eticamente positivas todas as ações que conduzam o homem à felicidade.

O *eudemonismo* (do grego *eudaimonia*, “felicidade”) é, portanto, uma doutrina segundo a qual a felicidade é o objetivo da vida humana. A felicidade não se opõe à razão, mas é a sua finalidade natural.

Não obstante a clareza do significado, e em princípio a novidade do termo, na verdade a origem da teoria do eudemonismo nos remete aos clássicos da filosofia. Trata-se de um objeto de investigação que acompanha o transcorrer dos tempos, sofrendo mudanças quanto a sua acepção. O eudemonismo era a posição sustentada por todos os filósofos da Antiguidade, apesar das diferenças acerca da concepção de felicidade de cada um deles.

Exemplificativamente, destacamos Aristóteles, na sua clássica obra *Ética a Nicômacos*, ao analisar as variadas vertentes acerca da natureza da felicidade destacava: “a felicidade é algo final e autossuficiente, e é o fim a que visam as ações”. “Ela é o objetivo final da vida humana”¹.

Já na filosofia moderna, a noção de felicidade, para alguns pensadores, começa a ser estritamente ligada à de prazer. Neste período destacamos as reflexões de Locke, o

* Profa do Centro de Ciências Jurídicas da UFPE; Vice-Diretora do Centro de Ciências Jurídicas da UFPE; Profa dos cursos de Graduação e Pós-Graduação (*stricto e lato sensu*); Ex-presidente IBDFAM-PE.

1 ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*, 1985, p. 24 e 200.

qual afirmava que a felicidade “é o maior prazer de que somos capazes, e a infelicidade o maior sofrimento”. A noção de felicidade como prazer ou como soma, ou melhor, “sistema” de prazeres, começa a adquirir significado social, e a felicidade torna-se um prazer que pode ser difundido, ou seja, o prazer do maior número².

Entre os filósofos contemporâneos não há mais a compreensão da noção de felicidade como fundamento ou princípio da vida moral, ou como um horizonte norteador das ações humanas, e sim uma concepção de que a felicidade é um objetivo tangível a todos³.

A propósito, destaca-se a recente Resolução aprovada pela ONU (julho de 2011), da qual o Brasil é um dos países signatários, reconhecendo a busca da felicidade como “um objetivo humano fundamental” e que a felicidade plena não é possível sem a conquista de direitos sociais básicos. Assim, nesse sentido a felicidade torna-se um “dever do Estado que tem de promover políticas públicas necessárias para que os cidadãos possam alcançá-la, como ferramenta ao desenvolvimento”.

Neste mesmo caminho é a PEC nº 19/2010, de autoria do Senador Cristovam Buarque, cuja fundamentação é que a busca individual da felicidade pressupõe a observância da felicidade coletiva e essa somente se verifica quando são, adequadamente, observados os fatores que tornam mais feliz a sociedade, ou seja, o Estado tem o dever de cumprir corretamente suas obrigações para com a sociedade e, assim, garantir o desenvolvimento em que todos tenham acesso aos serviços públicos essenciais.

A título de registro na Declaração de Direitos da Virgínia (EUA, 1776), outorgava-se aos homens o direito de buscar e conquistar a felicidade; na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) há a primeira noção coletiva de felicidade. O Preâmbulo da Carta Francesa (1958) consagra a adesão do povo francês aos Direitos Humanos consagrados na referida Declaração, dentre os quais se inclui a felicidade geral ali preconizada. Atualmente, a felicidade está elevada ao grau constitucional em diversos ordenamentos jurídicos, exemplificativamente, citamos a Constituição do Japão, a qual determina que é direito de todos a busca pela felicidade, devendo o Estado empenhar-se em garantir as condições para atingi-la. Na mesma linha, a Carta da Coreia do Sul, que conforma o direito à felicidade aos direitos humanos dos indivíduos.

Mais adiante voltaremos a tratar deste aspecto. Por ora, vamos enfrentar outra dimensão do sentido de felicidade, relacionando-o à sociedade atual, quer dizer, o consumo enquanto fonte de prazer e felicidade.

2 Disponível em: <<http://www.filoinfo.bem-vindo.net/filosofia/>>.

3 Idem.

2 A SOCIEDADE DA CULTURA DO CONSUMISMO E A PSEUDOFELICIDADE

Segundo pesquisa realizada pela FIESP/2010 objetivando identificar o nível de felicidade no país e o que as pessoas achavam que influenciava sua satisfação com a vida, ou seja, qual o fator mais importante para se sentir feliz, 58,8% dos entrevistados responderam que era ter dinheiro⁴. E, em contrapartida, é crescente o número de famílias enfrentando o problema do superendividamento.

Estes aspectos ratificam o quanto a cultura do consumismo encontra-se enfiada no nosso cotidiano, ou seja, o exagero do comportamento de comprar, a busca descontrolada de novos produtos sem que se saiba nem qual é o motivo da compra. Este mal da contemporaneidade tem origens emocionais, sociais, financeiras e psicológicas que, juntas, levam as pessoas a gastarem o que podem e o que não podem para suprir a indiferença social, a falta de recursos financeiros, a baixa autoestima, a perturbação emocional, entre outros problemas. É a mola impulsional da “perseguição” ao dinheiro de modo alucinado e alucinante sem nenhuma qualidade de vida.

É o que Bauman denomina de cultura agorista, na qual a instabilidade dos desejos e a insaciabilidade das necessidades caracterizam a sociedade atual⁵. E o que Jean Baudrillard, em sua percuciente análise sobre a lógica social do consumo, refere-se ao que denominou de estatuto miraculoso do consumo, como sendo “um dispositivo de objetos simulacros e de sinais característicos”, voltados à sociedade de consumo, “esperando em seguida que a felicidade ali venha poisar-se”. E continua, afirmando que: “a felicidade constitui a referência absoluta da sociedade de consumo, revelando-se como o equivalente autêntico da salvação”⁶.

Aristóteles já afirmava que “a vida dedicada a ganhar dinheiro é vivida sob compulsão, e obviamente ela não é bem que estamos procurando; trata-se de uma vida apenas proveitosa e com vistas a algo mais”⁷.

Este pseudoprazer desenfiado conduz a mudança de hábitos nas pessoas. A construção da autoestima daquela família fica à mercê da aprovação social, da forma como é vista pela sociedade, do *status* que representa, a partir da quantidade de coisas, roupas, joias, sapatos, equipamentos eletrônicos de última geração e outros “mimos” que surgem no mercado e que as empresas de publicidade se encarregam de repassar a mensagem que são bens imprescindíveis à vida moderna.

4 SORG, Letícia. O mito da felicidade. *Revista Época*, 2011, p. 96.

5 BAUMAN, Zygmunt. *Vida para o consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*, 2008. p. 45.

6 Cf. A sociedade de consumo, 2010, p. 21 e 49.

7 ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*, 1985, p. 20.

O acesso aos bens dos “sonhos de consumo” impõe um estilo de vida onde o Lar é sinônimo de dormitório e os encontros qualitativamente com os filhos vão tornando-se raros, isto quando a própria quantidade também não é comprometida.

Um prazer que tem bases frágeis, efêmeras e de curto prazo, descurado do “cimento” do cuidado e dos valores concretos.

Neste sentido nos valem das reflexões de Luiz Edson Fachin, quando afirma:

“Nessa debilidade de vínculos e de sujeitos, a família se resume a um sítio de poucos intercâmbios sociais e culturais, e se insere no sintoma do ‘curto prazo’ que decreta a morte do sentido sorvido somente com dedicação e tempo. Essa é a ‘lógica do vazio’ e as mudanças verificadas na estrutura e nos papéis desempenhados pela família contemporânea, decorrentes tanto de severas restrições na alimentação de valores formativos quanto da configuração do ente familiar como mera unidade de consumo, tem apresentado em larga escala uma nova sintomatologia comportamental: a emergente família eticamente anoréxica. A família que era um continente viu se transformar num arquipélago de seres insulares ligados por frágeis laços do destino.”⁸

Este modelo estimula a lógica da compensação, quer dizer, a ausência precisa ser compensada de alguma forma, então as coisas materiais precisam ser dadas e assim os sentimentos de frustração da criança “ficam resolvidos”, já que a ela é dado tudo o que quer e deseja.

Não por acaso tomamos conhecimento de maneira recorrente de situações de crianças sem limites, adultos desajustados, pais sem autoridade que tentam transferir, desesperadamente, suas responsabilidades de formar e educar os filhos à escola.

“Adultos dessa nova estirpe, alucinados pelo consumo, vão, sem eira nem beira, se infantilizando como se fossem exclusivamente os cúmplices amigos dos filhos, e os jovens se projetam numa força inercial de adolescência tardia que repele o enfrentar da maturidade por si só.”⁹

O norte-americano, especialista em educação, John Robbins, em artigo recentemente publicado e intitulado “O que estraga nossas crianças”¹⁰, afirma, veementemente, que é a cultura do consumo a principal causa de muitos problemas enfrentados no âmbito doméstico.

Para o autor, as crianças estão sendo ensinadas a preencherem seu vazio a partir de fora, comprando coisas e fazendo atividades, em vez de aprender como devem se

8 Cf. A síndrome da família light. *Jornal Gazeta do Povo* – PR. Caderno Opinião. 30.07.09.

9 Idem.

10 PASSOS, Clarissa, *iG São Paulo*. Disponível em: <<http://delas.ig.com.br/filhos/o-que-estraga-nossas-criancas>>. Acesso em: 18.06.2010.

preencher por dentro, fazendo boas escolhas, desenvolvendo a criatividade e, deste modo, conhecendo o alimento real, e não o alimento da sucata, do prazer fugaz. E continua a análise associando a criança a uma espécie de espelho, cujo exemplo será o que os pais estabelecerem e a maneira como enfrentam a vida será a mensagem real e final repassada.

A moldura apresentada é a realidade da substituição do amor genuíno, destituído de interesse, responsável e cuidadoso, vital ao sadio desenvolvimento emocional e psíquico da criança, pelo “amor material” fincado na aparência, posse e beleza artificial.

3 O EUDEMONISMO ENQUANTO ELEMENTO ESTRUTURANTE DO DIREITO DE FAMÍLIA

O modelo “pseudoeudemonista”, acima descrito, nos distancia do ponto de chegada e de partida do sentido genuíno de eudemonismo, conforme preceitua Bertrand Russel, para quem: a felicidade deve ser compreendida enquanto tradução do gosto por viver, o apetite de viver e este estado de espírito se revela quando o homem se sente amado, uma afeição destituída de interesse, uma comunhão plena de vida.

É a afeição ínsita na família. O amor entre pais e filhos, se refere aos cuidados que um tem para com o outro. Portanto, família é aquela fundada no amor que traduz esta atenção especial entre pais e filhos¹¹.

Este é o verdadeiro sentido da família eudemonista. Família base da sociedade, *locus* privilegiado e espaço de realização de todos os seus membros, independente do modelo familiar escolhido. Relações de afeto lastreadas nos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade.

Somos protagonistas das inúmeras mudanças que incidiram e continuam incidindo na trajetória do Direito de Família pátrio, as quais destacam-se: a inserção da mulher no mercado de trabalho, a liberdade de constituir família fundada no casamento ou não, sem qualquer imposição de caráter social/patrimonial/religioso, tão somente a afetividade enquanto *leitmotiv* para a sua formação, a liberdade sexual e a livre disposição de seu corpo quanto à procriação, a conquista da igualdade jurídica entre cônjuges e entre filhos, independente da origem, ou seja, filiação dissociada do critério de legitimidade, e sim balizada no princípio jurídico da afetividade no que tange ao *reconhecendo* dos vínculos socioafetivos na filiação.

11 RUSSEL, Bertrand. *A conquista da felicidade*. 2003, p. 157.

Novos valores, princípios, quebras de paradigmas estão entre as tantas conquistas e rupturas da família contemporânea, ou, parafraseando Bertrand Russel: outros interesses foram agregados na busca da felicidade na família¹².

O fato é que assistimos a um imenso desejo e a uma ideia nova de felicidade, consoante afirma Michelle Perrot, “ser a gente mesmo, escolher sua profissão, seus amores, sua vida”¹³.

Indiscutível a importância do processo evolutivo das conquistas dos direitos fundamentais para os homens, entretanto, segundo Sérgio Resende de Barros, “não se pode pensar na vida humana sem pensar na família”, e continua seu raciocínio afirmando que:

“o direito fundamental por excelência é o próprio direito à família e o remete ao recinto familiar – o lar –, onde eles se realizam mais efetivamente, desde que envolvidos e amparados pelo afeto.

(...)

Originado e assegurado pelo afeto, o lar é o recinto basilar da família. Para ele a família converge. Nele a família convive. Da família, o lar é o teto, cuja base é o afeto. O lar sem afeto desmorona e nele a família se decompõe.”¹⁴

No mesmo sentido, nos reportamos, novamente, as palavras de Michelle Perrot quando anuncia que “a casa é, cada vez mais, o centro da existência. O lar oferece, num mundo duro, um abrigo, uma proteção, um pouco de calor humano”¹⁵.

Estabelecidos os pressupostos acerca do tema é possível estabelecer a vinculação entre o eixo temático do VIII Congresso do IBDFAM, “a família: entre o público e o privado” e a família eudemonista do século XXI.

Retomando ao tópico, alhures referenciado, da inclusão do direito à felicidade no texto constitucional (PEC nº 19/2010), importante frisar que não significa uma autorização ao indivíduo requerer do Estado sua tutela específica e nem tampouco uma pretensão de exigir uma conduta de um particular frente a outro a pretexto de atender à sua felicidade.

Os critérios objetivos da felicidade podem, no contexto constitucional, ser entendidos como a garantia da inviolabilidade dos direitos fundamentais a exemplo da dignidade, liberdade, igualdade, além daqueles relacionados no capítulo dos direitos

12 Idem.

13 Cf. O nó e o ninho. *VEJA*, 1993.

14 Cf. *Direitos humanos da família*: dos fundamentais aos operacionais. 2004, p. 612-13.

15 Op.cit.

sociais, deste modo é a previsão do direito do indivíduo e da sociedade em buscar a felicidade, obrigando-se o Estado e a própria sociedade a fornecer meios para tanto.

Assim, a laicidade estatal, com base no reconhecimento jurídico da hipercomplexidade e da pluralidade das relações interprivadas, mediante um grau necessário de intervenção, deve promover e não olvidar esforços quanto a prática de políticas garantidoras do desenvolvimento pleno de cada um dos membros integrantes daquele núcleo familiar.

Deste modo, a projeção do Direito e a necessária interlocução com a família pode ser exemplificada a partir do julgamento da ADI 4.277 do STF (05.05.2011), cujo trecho da ementa encontra-se assim redigido:

“Com o reconhecimento de que a Constituição Federal não empresta ao substantivo ‘família’ nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica. A família como categoria sócio-cultural e princípio espiritual. Direito subjetivo de constituir família, com especial proteção do Estado. Interpretação não reducionista. O objetivo constitucional é de ‘promover o bem de todos’, portanto, é a proibição do preconceito, é a liberdade inserida na categoria dos direitos fundamentais do indivíduo, expressão que é da autonomia de vontade. Direito à intimidade e à vida privada. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da ‘dignidade da pessoa humana’: direito à autoestima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade.”

4 CONCLUSÃO

Em vias de conclusão, não nos serve este modelo de família eudemonista do século XXI, fugaz em sua essência, com vistas ao ter em detrimento do ser. O que desejamos é uma família eudemonista do século XXI real, concreta, que enfrente os dramas da realidade e os nós e tensões diuturnas, mas sem perder de vista a ternura, o cuidado, a afetividade, a dignidade, a ética e a responsabilidade solidária de todos que compõem aquele grupo familiar.

“Sem embargo, relações humanas constantes, objetivos duráveis, compreensão recíproca das falhas e dos limites, dos equívocos e das percepções diversas, com tolerância e fraternidade, são bons vestígios que podem se traduzir em prova dessa família como comunidade.”¹⁶

E quanto ao consumo, merecedor de tutela jurídica, não deve ser confundido com consumismo, pois este sim degrada a dignidade da pessoa humana, na medida em que manipula as possibilidades de escolha e as condutas individuais, além de apostar

16 Cf. A síndrome da família light. *Jornal Gazeta do Povo* – PR. Caderno Opinião. 30.07.09.

na irracionalidade dos consumidores mediante o estímulo de emoções consumistas e não em suas estimativas sóbrias e bem informadas pautadas na razão.

A lógica não é um consumo por necessidade e sim um consumo induzido, com uma clara ilusão da autonomia da vontade. Nesta linha destacam-se as considerações de Jean Baudrillard ao analisar o comportamento do consumidor como fenômeno social. Destaca:

“a escolha fundamental, inconsciente e automática do consumidor é aceitar o estilo de vida de determinada sociedade particular (portanto, deixa de ser escolha! – acabando igualmente por ser desmentida a teoria da autonomia e da soberania do consumidor).”¹⁷

O tutelado é o consumo consciente, solidário e sustentável, com vistas à responsabilidade com as presentes e futuras gerações quanto a preservação do meio ambiente. Sociedade de consumo e degradação ambiental são faces da mesma moeda, por isto a responsabilidade no ato de consumir, ou, na nova definição proposta por de Luiz Gonzaga de Souza Lima, “um consumo enquanto *software* social”¹⁸, que garanta a inclusão de todos e não funcione como regra de exclusão.

5 BIBLIOGRAFIA

- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Trad. Mário da Gama Kury. 2. ed. Brasília: Edunb, 1985.
- BARROS, Sérgio Resende de. Direitos humanos da família: dos fundamentais aos operacionais. 2004. *Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Rodrigo da Cunha Pereira (coord.). Belo Horizonte: 2004, p. 607-620.
- BAUDRILLARD, Jean. *A sociedade de consumo*. Lisboa: 70, 2010.
- BAUMAN, Zygmunt. *Vida para o consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.
- BOFF, Leonardo. Governados por cegos e irresponsáveis. *Jornal Correio de Brasil*. Disponível em: <<http://correiodobrasil.com.br>>. Acesso em: 23.08.2011.
- FACHIN, Luiz Edson. A síndrome da família *light*. *Jornal Gazeta do Povo* – PR. Caderno Opinião. Disponível em: <www.gazetadopovo.com.br>. Acesso em: 30.07.09.
- PASSOS, Clarissa, *iG*. *São Paulo*. Disponível em: <<http://delas.ig.com.br/filhos/o-que-estraga-nossas-criancas>>. Acesso em: 18.06.2010.
- PERROT, Michelle. O nó e o ninho. *VEJA*: 25 anos. Reflexões para o futuro: São Paulo: Abril, 1993.
- RUSSEL, Bertrand. *A conquista da felicidade*. Trad. Luiz Guerra. Rio de Janeiro: Ediouro, 2003.
- SORG, Letícia. O mito da felicidade. *Revista Época*, n. 679, 05/2011, p. 89-96.

17 Cf. A sociedade de consumo, 2010, p. 79-80.

18 Citado por Leonardo Boff. *Governados por cegos e irresponsáveis*. 2011.

A FAMÍLIA EUDEMONISTA DO SÉCULO XXI

Fabiola Santos Albuquerque

1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O SIGNIFICADO DO TERMO EUDEMONISMO

Segundo o Dicionário Houaiss, Eudemonismo é “a doutrina que considera a busca de uma vida feliz, seja em âmbito individual, seja coletivo, o princípio e fundamento dos valores morais, julgando eticamente positivas todas as ações que conduzam o homem à felicidade”.

O eudemonismo (do grego *eudaimonia*, “felicidade”) é, portanto, uma doutrina segundo a qual a felicidade é o objetivo da vida humana. A felicidade não se opõe à razão, mas é a sua finalidade natural.

Não obstante a clareza do significado e, em princípio, a novidade do termo, na verdade a origem da teoria do eudemonismo nos remete aos clássicos da filosofia. Trata-se de um objeto de investigação que acompanha o transcorrer dos tempos, sofrendo mudanças quanto à sua aceção. O eudemonismo era a posição sustentada por todos os filósofos da Antiguidade, apesar das diferenças quanto à compreensão de felicidade utilizada por cada um deles.

Exemplificativamente, destacamos Aristóteles, na sua clássica obra *Ética a Nicômacos*, ao analisar as variadas vertentes acerca da natureza da felicidade destacava: “a felicidade é algo final e autossuficiente e é o fim a que visam às ações. Ela é o objetivo final da vida humana”¹.

Já na filosofia moderna, a noção de felicidade, para alguns pensadores, começa a ser estritamente ligada à de prazer. Neste período destacamos as reflexões de Locke, o qual afirmava que a felicidade “é o maior prazer de que somos capazes, e a infelicidade o maior sofrimento”. A noção de felicidade como prazer ou como soma, ou melhor,

* Profª do Centro de Ciências Jurídicas da UFPE; Vice-Diretora do Centro de Ciências Jurídicas da UFPE; Profª dos cursos de Graduação e Pós-Graduação (*stricto e lato sensu*); Ex-presidente IBDFAM-PE.

1 ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. 1985. p. 24 e 200.

“sistema” de prazeres começa a adquirir significado social, e a felicidade torna-se um prazer que pode ser difundido, ou seja, o prazer do maior número².

Entre os filósofos contemporâneos não há mais a compreensão da noção de felicidade como fundamento ou princípio da vida moral, ou como um horizonte norteador das ações humanas, e sim uma concepção de que a felicidade é um objetivo tangível a todos³.

A propósito, destaca-se a recente Resolução aprovada pela ONU (julho de 2011), da qual o Brasil é um dos países signatários, reconhecendo a busca da felicidade como “um objetivo humano fundamental” e que a felicidade plena não é possível sem a conquista de direitos sociais básicos. Assim, nesse sentido a felicidade torna-se um “dever do Estado que tem de promover políticas públicas necessárias para que os cidadãos possam alcançá-la, como ferramenta ao desenvolvimento”.

Nesse mesmo caminho é a PEC nº 19/2010, de autoria do Senador Cristovam Buarque, cuja fundamentação é que a busca individual da felicidade pressupõe a observância da felicidade coletiva e essa somente se verifica quando são, adequadamente, observados os fatores que tornam mais feliz a sociedade, ou seja, o Estado tem o dever de cumprir corretamente suas obrigações para com a sociedade e, assim, garantir o desenvolvimento em que todos tenham acesso aos serviços públicos essenciais.

A título de registro na Declaração de Direitos da Virgínia (EUA, 1776), outorgava-se aos homens o direito de buscar e conquistar a felicidade; na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) há a primeira noção coletiva de felicidade. O Preâmbulo da Carta Francesa (1958) consagra a adesão do povo francês aos Direitos Humanos consagrados na referida Declaração, dentre os quais se inclui a felicidade geral ali preconizada. Atualmente, a felicidade está elevada ao grau constitucional em diversos ordenamentos jurídicos, exemplificativamente, citamos a Constituição do Japão, a qual determina que seja direito de todos a busca pela felicidade, devendo o Estado empenhar-se em garantir as condições para atingi-la. Na mesma linha, a Carta da Coreia do Sul, que conforma o direito à felicidade aos direitos humanos dos indivíduos.

Mais adiante voltaremos a tratar desse aspecto. Por ora, vamos enfrentar outra dimensão do sentido de felicidade, relacionando-o à sociedade atual, quer dizer, o consumo enquanto fonte de prazer e felicidade.

2 Disponível em: <<http://www.filoinfo.bem-vindo.net/filosofia/>>.

3 *Idem*.

2 A SOCIEDADE DA CULTURA DO CONSUMISMO E A PSEUDOFELICIDADE

Segundo pesquisa realizada pela FIESP/2010, objetivando identificar o nível de felicidade no país e o que as pessoas consideravam como fator mais importante para se sentir felizes, o resultado foi o seguinte: 58,8% dos entrevistados respondeu que era ter dinheiro⁴. E, em contrapartida, é crescente o número de famílias enfrentando o problema do superendividamento.

Esses aspectos ratificam o quanto a cultura do consumismo encontra-se enfrontada no nosso cotidiano, ou seja, o exagero do comportamento de comprar, a busca descontrolada de novos produtos sem que se saiba nem qual é o motivo da compra. Esse mal da contemporaneidade tem origens emocionais, sociais, financeiras e psicológicas que, juntas, levam as pessoas a gastarem o que podem e o que não podem para suprir a indiferença social, a baixa autoestima, a perturbação emocional, entre outros problemas. É a mola impulsadora da “perseguição” ao dinheiro de modo alucinado e alucinante sem nenhuma qualidade de vida.

É o que Bauman denomina de cultura agorista, na qual a instabilidade dos desejos e a insaciabilidade das necessidades caracterizam a sociedade atual⁵. E o que Jean Baudrillard, em sua percuciente análise sobre a lógica social do consumo, denominou de estatuto miraculoso do consumo, como sendo “um dispositivo de objetos simulacros e de sinais característicos”, voltados à sociedade de consumo, “esperando em seguida que a felicidade ali venha poisar-se”. E continua, afirmando que: “a felicidade constitui a referência absoluta da sociedade de consumo, revelando-se como o equivalente autêntico da salvação”⁶.

Aristóteles já afirmava que “a vida dedicada a ganhar dinheiro é vivida sob compulsão, e obviamente ela não é bem o que estamos procurando; trata-se de uma vida apenas proveitosa e com vistas a algo mais”⁷.

Esse pseudoprazer desenfreado conduz a mudança de hábitos nas pessoas. A construção da autoestima da família fica à mercê da aprovação social, da maneira como é vista pela sociedade, do *status* que representa, a partir da quantidade de bens materiais, roupas, joias, sapatos, equipamentos eletrônicos de última geração e outros “mimos” que surgem no mercado e que as empresas de publicidade se encarregam de repassar a mensagem que são bens imprescindíveis à vida moderna.

4 SORG, Leticia. O mito da felicidade. *Revista Época*, 2011, p. 96.

5 BAUMAN, Zygmunt. *Vida para o consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. 2008. p. 45.

6 Cf. *A sociedade de consumo*. 2010. p. 21 e 49.

7 ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. 1985. p. 20.

O acesso aos bens dos “sonhos de consumo” impõe um estilo de vida em que o Lar é sinônimo de dormitório e os encontros qualitativamente com os filhos vão tornando-se raros, isto quando a própria quantidade também não é comprometida.

Um prazer que tem bases frágeis, efêmeras e de curto prazo, descurado do “cimento” do cuidado e dos valores concretos.

Nesse sentido nos valem das reflexões de Luiz Edson Fachin, quando afirma:

“Nessa debilidade de vínculos e de sujeitos, a família se resume a um sítio de poucos intercâmbios sociais e culturais, e se insere no sintoma do ‘curto prazo’ que decreta a morte do sentido sorvido somente com dedicação e tempo. Essa é a ‘lógica do vazio’ e as mudanças verificadas na estrutura e nos papéis desempenhados pela família contemporânea, decorrentes tanto de severas restrições na alimentação de valores formativos quanto da configuração do ente familiar como mera unidade de consumo tem apresentado em larga escala uma nova sintomatologia comportamental: a emergente família eticamente anoréxica. A família que era um continente viu se transformar num arquipélago de seres insulares ligados por frágeis laços do destino.”⁸

Esse modelo estimula a lógica da compensação, quer dizer, a ausência precisa ser compensada de alguma forma, então as coisas materiais precisam ser dadas e assim os sentimentos de frustração da criança “ficam resolvidos”, já que a ela é dado tudo o que quer e deseja.

Não por acaso tomamos conhecimento de maneira recorrente de situações de crianças sem limites, adultos desajustados, pais sem autoridade que tentam transferir, desesperadamente, suas responsabilidades de formar e educar os filhos à escola.

“Adultos dessa nova estirpe, alucinados pelo consumo, vão, sem eira nem beira, se infantilizando como se fossem exclusivamente os cúmplices amigos dos filhos, e os jovens se projetam numa força inercial de adolescência tardia que repele o enfrentar da maturidade por si só.”⁹

O norte-americano, especialista em educação, John Robbins, em artigo recentemente publicado e intitulado “O que estraga nossas crianças”¹⁰, afirma, veementemente, que é a cultura do consumo a principal causa de muitos problemas enfrentados no âmbito doméstico.

Para o autor, as crianças estão sendo ensinadas a preencherem seu vazio a partir de fora, comprando coisas e fazendo atividades, em vez de aprender como devem se

8 Cf. A síndrome da família *light*. *Jornal Gazeta do Povo* – PR. Caderno Opinião. 30.07.09.

9 *Idem*.

10 PASSOS, Clarissa. *IG São Paulo*. Disponível em: <<http://delas.ig.com.br/filhos/o-que-estraga-nossas-criancas>>. Acesso em: 18 jun. 2010.

preencher por dentro, fazendo boas escolhas, desenvolvendo a criatividade e, desse modo, conhecendo o alimento real, e não o alimento da sucata, do prazer fugaz. E continua a análise associando a criança a uma espécie de espelho, cujo exemplo será o que os pais estabelecerem e a maneira como enfrentam a vida será a mensagem real e final repassada.

A moldura apresentada é a realidade da substituição do amor genuíno, destituído de interesse, responsável e cuidadoso, vital ao sadio desenvolvimento emocional e psíquico da criança, pelo “amor material” fincado na aparência, posse e beleza artificial.

3 O EUDEMONISMO ENQUANTO ELEMENTO ESTRUTURANTE DO DIREITO DE FAMÍLIA

O modelo “pseudoeudemonista”, acima descrito, nos distancia do ponto de chegada e de partida do sentido genuíno de eudemonismo, conforme preceitua Bertrand Russell, para quem: a felicidade deve ser compreendida enquanto tradução do gosto por viver, o apetite de viver e esse estado de espírito se revela quando o homem se sente amado, uma afeição destituída de interesse, uma comunhão plena de vida.

É a afeição ínsita na família. O amor entre pais e filhos, se refere aos cuidados que um tem para com o outro. Portanto, família é aquela fundada no amor que traduz essa atenção especial entre pais e filhos¹¹.

Esse é o verdadeiro sentido da família eudemonista. Família base da sociedade, *locus* privilegiado e espaço de realização de todos os seus membros, independente do modelo familiar escolhido. Relações de afeto lastreadas nos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade.

Somos protagonistas das inúmeras mudanças que incidiram e continuam incidindo na trajetória do Direito de Família pátrio, as quais se destacam: a inserção da mulher no mercado de trabalho, a liberdade de constituir família fundada no casamento ou não, sem qualquer imposição de caráter social/patrimonial/religioso, tão somente a afetividade enquanto *leitmotiv* para a sua formação, a liberdade sexual e a livre disposição de seu corpo quanto à procriação, a conquista da igualdade jurídica entre cônjuges e entre filhos, independente da origem, ou seja, filiação dissociada do critério de legitimidade, e, sim, balizada no princípio jurídico da afetividade no que tange ao reconhecimento dos vínculos socioafetivos na filiação.

11 RUSSELL, Bertrand. *A conquista da felicidade*. 2003. p. 157.

Novos valores, princípios, quebras de paradigmas estão entre as tantas conquistas e rupturas da família contemporânea, ou, parafraseando Bertrand Russell: outros interesses foram agregados na busca da felicidade na família¹².

O fato é que assistimos a um imenso desejo e a uma ideia nova de felicidade, consoante afirma Michelle Perrot: “ser a gente mesmo, escolher sua profissão, seus amores, sua vida”¹³.

Indiscutível a importância do processo evolutivo das conquistas dos direitos fundamentais para os homens, entretanto, segundo Sérgio Resende de Barros, “não se pode pensar na vida humana sem pensar na família”, e continua seu raciocínio afirmando que:

“o direito fundamental por excelência é o próprio direito à família e o remete ao recinto familiar – o lar –, onde eles se realizam mais efetivamente, desde que envolvidos e amparados pelo afeto.

(...)

Originado e assegurado pelo afeto, o lar é o recinto basilar da família. Para ele a família converge. Nele a família convive. Da família, o lar é o teto, cuja base é o afeto. O lar sem afeto desmorona e nele a família se decompõe.”¹⁴

No mesmo sentido, nos reportamos, novamente, às palavras de Michelle Perrot quando anuncia que “a casa é, cada vez mais, o centro da existência. O lar oferece, num mundo duro, um abrigo, uma proteção, um pouco de calor humano”¹⁵.

Estabelecidos os pressupostos acerca do tema é possível estabelecer a vinculação entre o eixo temático do VIII Congresso do IBDFAM, “a família: entre o público e o privado” e a família eudemonista do século XXI.

Retomando ao tópico, alhures referenciado, da inclusão do direito à felicidade no texto constitucional (PEC nº 19/2010), importante frisar que não significa uma autorização ao indivíduo requerer do Estado sua tutela específica e nem tampouco uma pretensão de exigir uma conduta de um particular frente a outro a pretexto de atender à sua felicidade.

Os critérios objetivos da felicidade podem, no contexto constitucional, ser entendidos como a garantia da inviolabilidade dos direitos fundamentais a exemplo da dignidade, liberdade, igualdade, além daqueles relacionados no capítulo dos direitos sociais, desse modo é a previsão do direito do indivíduo e da sociedade em buscar a felicidade, obrigando-se o Estado e a própria sociedade a fornecer meios para tanto.

12 *Idem.*

13 Cf. O nó e o ninho. *VEJA*, 1993.

14 Cf. *Direitos humanos da família*: dos fundamentais aos operacionais. 2004. p. 612-13.

15 *Op. cit.*

Assim, a laicidade estatal, com base no reconhecimento jurídico da hipercomplexidade e da pluralidade das relações interprivadas, mediante um grau necessário de intervenção, deve promover e não olvidar esforços quanto à prática de políticas garantidoras do desenvolvimento pleno de cada um dos membros integrantes daquele núcleo familiar.

Desse modo, a projeção do Direito e a necessária interlocução com a família podem ser exemplificadas a partir do julgamento da ADI 4.277 do STF (05.05.2011), cujo trecho da ementa encontra-se assim redigido:

“Com o reconhecimento de que a Constituição Federal não empresta ao substantivo ‘família’ nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica. A família como categoria sociocultural e princípio espiritual. Direito subjetivo de constituir família, com especial proteção do Estado. Interpretação não reducionista. O objetivo constitucional é de ‘promover o bem de todos’, portanto, é a proibição do preconceito, é a liberdade inserida na categoria dos direitos fundamentais do indivíduo, expressão que é da autonomia de vontade. Direito à intimidade e à vida privada. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da ‘dignidade da pessoa humana’: direito à autoestima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade.”

4 CONCLUSÃO

Em vias de conclusão, não nos serve este modelo de família eudemonista do século XXI, fugaz em sua essência, com vistas ao ter em detrimento do ser. O que desejamos é uma família eudemonista do século XXI real, concreta, que enfrente os dramas da realidade e os nós e tensões diuturnas, mas sem perder de vista a ternura, o cuidado, a afetividade, a dignidade, a ética e a responsabilidade solidária de todos que compõem aquele grupo familiar.

“Sem embargo, relações humanas constantes, objetivos duráveis, compreensão recíproca das falhas e dos limites, dos equívocos e das percepções diversas, com tolerância e fraternidade, são bons vestígios que podem se traduzir em prova dessa família como comunidade.”¹⁶

E quanto ao consumo, merecedor de tutela jurídica, não deve ser confundido com consumismo, pois este sim degrada a dignidade da pessoa humana, na medida em que manipula as possibilidades de escolha e as condutas individuais, além de apostar na irracionalidade dos consumidores mediante o estímulo de emoções consumistas e não em suas estimativas sóbrias e bem informadas pautadas na razão.

16 Cf. A síndrome da família *light*. *Jornal Gazeta do Povo* – PR. Caderno Opinião. 30.07.09.

A lógica não é um consumo por necessidade e sim um consumo induzido, com uma clara ilusão da autonomia da vontade. Nessa linha destacam-se as considerações de Jean Baudrillard, que ao analisar o comportamento do consumidor como fenômeno social destaca:

“a escolha fundamental, inconsciente e automática do consumidor é aceitar o estilo de vida de determinada sociedade particular (portanto, deixa de ser escolha – acabando igualmente por ser desmentida a teoria da autonomia e da soberania do consumidor).”¹⁷

O tutelado é o consumo consciente, solidário e sustentável, com vistas à responsabilidade com as presentes e futuras gerações quanto à preservação do meio ambiente. Sociedade de consumo e degradação ambiental são faces da mesma moeda, por isso a responsabilidade no ato de consumir, ou, na nova definição proposta por Luiz Gonzaga de Souza Lima, “um consumo enquanto *software* social”¹⁸, que garanta a inclusão de todos e não funcione como regra de exclusão.

5 BIBLIOGRAFIA

- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Trad. Mário da Gama Kury. 2. ed. Brasília: Edunb, 1985.
- BARROS, Sérgio Resende de. *Direitos humanos da família: dos fundamentais aos operacionais*. 2004.
- Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). Belo Horizonte: 2004. p. 607-620.
- BAUDRILLARD, Jean. *A sociedade de consumo*. Lisboa: 70, 2010.
- BAUMAN, Zygmunt. *Vida para o consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.
- BOFF, Leonardo. Governados por cegos e irresponsáveis. *Jornal Correio de Brasil*. Disponível em: <<http://correiodobrasil.com.br>>. Acesso em: 23 ago. 2011.
- FACHIN, Luiz Edson. A síndrome da família *light*. *Jornal Gazeta do Povo* – PR. Caderno Opinião. Disponível em: <www.gazetadopovo.com.br>. Acesso em: 30 jul. 2009.
- PASSOS, Clarissa. *iG São Paulo*. Disponível em: <<http://delas.ig.com.br/filhos/o-que-estraga-nossas-criancas>>. Acesso em: 18 jun. 2010.
- PERROT, Michelle. O nó e o ninho. *VEJA*: 25 anos. Reflexões para o futuro: São Paulo: Abril, 1993.
- RUSSELL, Bertrand. *A conquista da felicidade*. Trad. Luiz Guerra. Rio de Janeiro: Ediouro, 2003.
- SORG, Letícia. O mito da felicidade. *Revista Época*, n. 679, 05/2011, p. 89-96.

17 Cf. *A sociedade de consumo*. 2010. p. 79-80.

18 Citado por Leonardo Boff. *Governados por cegos e irresponsáveis*. 2011.

PROCESSOS DE FAMÍLIA APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL 66/2010: REPERCUSSÕES PROCESSUAIS NO DIVÓRCIO E PANORAMA DO NOVO CPC

*Fernanda Tartuce**

SUMÁRIO: 1 A Mutação Constitucional na Perspectiva de um Caso Concreto. 2 Polêmica sobre a Subsistência da Separação. 3 Repercussões Processuais Relevantes; 3.1 Antigas e Novas Demandas de Separação: Manutenção, Extinção ou Conversão?; 3.2 Aspectos Probatórios; 3.3 Audiência de Ratificação. 4 Perspectiva sobre o Tema no Novo CPC. 5 Conclusões. Referências Bibliográficas.

1 A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL NA PERSPECTIVA DE UM CASO CONCRETO

Dalgleisson e Shayenne procuram um advogado para relatar que, após um namoro de 10 anos e um casamento de 10 meses, a convivência não tem dado certo e não querem mais se manter casados. Por problemas financeiros, porém, ainda moram juntos e questionam: podem se divorciar? Ou se separar? Como proceder para finalizar o fracassado projeto em comum e pôr fim ao casamento?

Até julho de 2010, quando um casal com uma história similar procurava um advogado para saber como proceder para finalizar a união, conhecia o desenho traçado pelo legislador ouvindo sobre o sistema dualista “separação-divórcio”¹.

O casal de nosso exemplo ouviria que a separação consensual não seria viável por não haver ainda passado um ano da celebração do casamento (por força do art.

* Mestre e Doutora em Direito Processual pela USP; Professora dos cursos de Mestrado e Doutorado da FADISP/SP; Professora e subcoordenadora em cursos de especialização em Direito Civil e Processual Civil na Escola Paulista de Direito; Advogada orientadora do Departamento Jurídico do Centro Acadêmico XI de Agosto (USP); Membro do IBD FAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família) e do IBDP (Instituto Brasileiro de Direito Processual); Mediadora.

1 Parte das reflexões aqui expostas foi abordada pela autora em pretérita publicação (Tartuce, Fernanda. Remanesce apenas o divórcio ou mantém-se a separação? Breve reflexão sobre a Emenda Constitucional nº 66/2010). Disponível em: <www.fernandatartuce.com.br>. Acesso em: 03 nov. 2011).

1.574 do Código Civil). Após explicar os termos da separação litigiosa, o advogado narraria que o divórcio só seria possível após dois anos de separação de fato ou um ano da decretação da separação.

Tal panorama persiste nos quadros de hoje? Promulgada, em julho de 2010, a Emenda Constitucional nº 66 alterou a Constituição Federal para retirar do dispositivo sobre o tema as menções “separação” e “casos expressos em lei” nos seguintes termos:

Art. 226, § 6º, antes da EC nº 66/2010	Art. 226, § 6º, após a EC nº 66/2010
O casamento civil pode dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos	O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

Afinal, hoje Dalgleisson e Shayenne podem se divorciar sem os requisitos outrora exigidos ou precisam observar os ditames previstos no Código Civil para então alcançarem o divórcio? A proposta deste artigo é promover reflexão sobre o tema abordando com destaque a grande variedade de entendimentos sobre o assunto, fazendo ainda breve menção à perspectiva normativa engendrada pelo projeto de Novo CPC.

2 POLÊMICA SOBRE A SUBSISTÊNCIA DA SEPARAÇÃO

Para abordar os aspectos processuais subjacentes ao novo divórcio, é importante analisar a questão prejudicial da persistência da separação entre nós; afinal, como o interesse de agir consubstancia condição da ação, promover a ação pela via adequada revela-se essencial.

Um primeiro entendimento doutrinário sobre a mutação constitucional vislumbra grande facilitação para o divórcio: houve a supressão de requisitos para a dissolução definitiva do vínculo conjugal porque a norma constitucional deve ter eficácia plena e imediata. Tal interpretação contempla a evidente intenção do legislador de facilitar a atuação dos interessados ao excluir as exigências até então existentes. A normatização presente no plano infraconstitucional foi revogada, não havendo mais que se cogitar sobre separação ou lapsos temporais para o divórcio.

Como representante de tal vertente, Rodrigo da Cunha Pereira, presidente do valioso IBDFAM, afirma que a dualidade separação-divórcio embasava-se na moral religiosa segundo a qual a dificuldade no rompimento da relação preservaria a família; tal visão, porém, contraria a tendência evolutiva dos ordenamentos jurídicos ocidentais de interferência estatal cada vez menor na intimidade e na vida privada das pessoas. Não há mais que se falar em culpa, separação ou lapso temporal para

decretar o fim da união, devendo a norma constitucional ser interpretada segundo o contexto histórico em que se insere e em atendimento às finalidades para as quais a mudança foi perpetrada².

Também Flávio Tartuce assim entende: não há necessidade de qualquer “ponte” de lei para a plena eficácia da nova previsão constitucional (que suprimiu a expressão “na forma da lei”); invoca, como condutores de tal conclusão, três princípios da hermenêutica constitucional contemporânea: máxima efetividade, força normativa da constituição e interpretação das leis em conformidade com a constituição³.

No plano jurisprudencial podem ser encontrados diversos precedentes de variados Tribunais reconhecendo a extinção da separação⁴.

De forma diversa, uma outra concepção permite afirmar que a eliminação de requisitos pela Constituição não tem o condão de revogar os dispositivos do Código Civil sobre separação judicial, sendo necessária alteração legislativa no plano infra-constitucional para tanto.

2 Emenda Constitucional nº 66/2010: Semelhanças, Diferenças e Inutilidades entre Separação e Divórcio e o Direito Intertemporal. Disponível em: <www.ibdfam.org.br>. Acesso: 30 jul. 2010.

3 Argumentos constitucionais para o fim da separação de Direito. Disponível em: <<http://professorflaviotartuce.blogspot.com>>. Acesso: 25 ago. 2008.

4 Eis alguns deles: “AÇÃO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA. PROMULGAÇÃO DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010. DESNECESSIDADE DE AFERIÇÃO DE CULPA OU LAPSO TEMPORAL. PARTILHA. MANUTENÇÃO. RECURSO NÃO PROVIDO. 1) Com o advento da Emenda Constitucional nº 66/2010, para a extinção do vínculo conjugal não mais se discute sobre separação sanção ou falência, portanto, considerando a norma inserta no art. 462 do Código de Processo Civil, para a decretação da separação, não há mais necessidade dos requisitos tempo ou culpa, sob pena de rematada incoerência na medida em que, se para o divórcio, que extingue o vínculo conjugal, não há qualquer requisito, com muito mais razão não se pode exigir qualquer requisito para a separação. V. V. P. APELAÇÃO CÍVEL. SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA. PROMULGAÇÃO DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010. NORMA CONSTITUCIONAL DE EFICÁCIA IMEDIATA. CARÊNCIA SUPERVENIENTE DA AÇÃO. PARTILHA PREJUDICADA. ALIMENTOS. BINÔMIO ALIMENTAR. MANUTENÇÃO. EXTINGUIR, DE OFÍCIO, A AÇÃO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL C/C PARTILHA POR IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA SUPERVENIENTE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE. I – A separação judicial não é mais possível em nosso ordenamento jurídico devido à promulgação da Emenda Constitucional nº 66/2010, norma de eficácia imediata, razão pela qual deve ser extinta a ação, por impossibilidade jurídica superveniente da demanda, ficando prejudicada a análise da partilha de bens do casal. II – Não obstante a extinção da ação de separação e, via de consequência, prejudicada a partilha de bens do casal, o mesmo não acontece em relação ao pedido de alimentos, considerando a existência do cúmulo objetivo de ações. III – Respeitado o binômio necessidade/possibilidade, o valor fixado em sentença deve ser mantido, porquanto atende às necessidades dos alimentandos e às possibilidades de quem tem o dever alimentar” (TJMG; APCV 1016054-95.2008.8.13.0134; Caratinga; Oitava Câmara Cível; Rel. Desig. Des. Edgard Penna Amorim; Julg. 24.02.2011; DJEMG 11.05.2011); “FAMÍLIA. DIVÓRCIO DIRETO. REQUISITO DA SEPARAÇÃO PRÉVIA. EXTINÇÃO. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66. Não mais subsiste no ordenamento jurídico pátrio, como requisito para a decretação do divórcio, a separação prévia, judicial por mais de 1 ano, ou de fato, por mais de 2 anos, razão pela qual, havendo pedido, deve ser decretado, de imediato, o divórcio do casal” (TJRO; APL nº 0001636-30.2010.8.22.0012; Rel. Des. Marcos Alaor Diniz Grangeia; j. 02.03.2011; DJERO 11.03.2011; p. 73).

Ao defender tal posição, o Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul Luiz Felipe Brasil Santos explica que de 1937 até a Emenda nº 09/77 as Constituições quedaram silentes sobre o desquite, mas tal omissão não motivou que se cogitasse sobre o desaparecimento deste porque a figura se manteve no Código Civil de 1916⁵. Por fim, o autor conclui imprescindível a modificação da normatividade infraconstitucional: enquanto esta não ocorrer, a separação judicial e os requisitos para a obtenção do divórcio persistirão⁶.

Também assim entende Antônio Cláudio da Costa Machado: a partir da história normativa do divórcio, conclui que até surgir lei alterando o estatuto civil, estaremos submetidos à disciplina do Código Civil para todos os fins. A vontade do cônjuge é uma das razões, mas não a única para o decreto do divórcio; assim, “o desaparecimento da ‘separação judicial’ está, a partir de agora, autorizado pela Constituição – apenas autorizado, acentuamos –, de sorte que para que se cumpra a vontade constitucional de facilitar o divórcio (o divórcio sem prévia separação judicial), haverá uma Nova Lei do Divórcio ou de alterações no Código Civil”⁷.

Há também precedentes judiciais em tal sentido⁸.

Apesar do respeito aos cultores desta posição, a primeira visão soa mais consistente com o panorama atual: com a mudança, o divórcio passa a ser possível tão logo o casal decida extinguir o casamento sem precisar demonstrar os requisitos outrora exigidos. A possibilidade atende o objetivo de facilitar a regularização do fim da união proporcionando celeridade e eficiência em respeito à sua autonomia e ao consenso por eles partilhado, valores tão caros nos dias atuais.

5 “(...) a eliminação da referência constitucional aos requisitos para a obtenção do divórcio não significa que aquelas condicionantes tenham sido automaticamente abolidas, mas apenas que, deixando de constar no texto da Constituição, e subsistindo exclusivamente na lei ordinária (Código Civil) – como permaneceram durante 40 anos, entre 1937 e 1977 –, está agora aberta a porta para que esta seja modificada” (*Emenda do Divórcio*: cedo para comemorar. Disponível em: <<http://www.anoreg.org.br>>. Acesso em: 14 de agosto de 2010).

6 *Emenda do Divórcio*: cedo para comemorar. Disponível em: <<http://www.anoreg.org.br>>. Acesso em: 14 de agosto de 2010.

7 *O Novo divórcio e a Emenda 66/2010*. Disponível em: <<http://www.professorcostamachado.com/>>. Acesso: 20 set. 2010.

8 Eis decisão representativa de tal entendimento: “(...) 2. Essa disposição constitucional evidentemente não retirou do ordenamento jurídico a legislação infraconstitucional que continua regulando tanto a dissolução do casamento como da sociedade conjugal e estabelecendo limites e condições, permanecendo em vigor todas as disposições legais que regulamentam a separação judicial, como sendo a única modalidade legal de extinção da sociedade conjugal, que não afeta o vínculo matrimonial. 3. Somente com a modificação da legislação infraconstitucional é que a exigência relativa aos prazos legais poderá ser afastada (...)” (TJRS; AI 70039285457; Sapiranga; Sétima Câmara Cível; Rel. Des. Sérgio Fernando Silva de Vasconcellos Chaves; j. 29.10.2010; DJERS 09.11.2010);

O planejamento familiar⁹, que envolve diretrizes como a duração do vínculo e o projeto de ter ou não filhos, integra a escolha do casal. De forma salutar, há algum tempo, o Estado vem revendo a intensidade de sua participação no tema “finalização do casamento”: ao valorizar a autonomia privada, fica clara a intenção de facilitar aos cônjuges a regularização de sua situação jurídica. Nesse sentido, em 2007, veio a lume a Lei nº 11.441: ao inserir no Código de Processo Civil previsão sobre separação e divórcio em cartório, viabilizou a via extrajudicial para acelerar, facilitar e desburocratizar a regularização dos interessados em consenso sobre o fim da união.

Assim, à luz da nova previsão constitucional, atualmente não há necessidade de prévia separação judicial, nem separação de fato para que sobrevenha a dissolução completa do vínculo matrimonial. A emenda contempla um pleito da sociedade que já não via sentido na insistência do Estado de exigir tantas precauções para impedir o término do vínculo matrimonial. Sobreleva lembrar que as normas destinam-se a disciplinar a vida das pessoas em sociedade, devendo ser aplicadas segundo os fins sociais a que se destinam.

Finalmente, merece notícia o tramite do Projeto de Lei nº 7.661/2010, que revoga todos os dispositivos do Código Civil sobre a separação judicial para expressamente adequar a normatização ao novo quadro constitucional (que aboliu o instituto, segundo o relator do projeto)¹⁰.

3 REPERCUSSÕES PROCESSUAIS RELEVANTES

Sob o aspecto processual, considerar a existência da separação e de seus requisitos enseja diferentes olhares quanto às discussões em juízo sobre culpa, lapso temporal e outros aspectos antes polêmicos nas demandas de divórcio. Cada item, por suas peculiaridades, merecerá abordagem destacada.

3.1 Antigas e Novas Demandas de Separação: Manutenção, Extinção ou Conversão?

Para quem entende subsistir a separação, as partes continuam podendo escolher, segundo seus interesses, se promovem separação ou divórcio. Já para quem engendra a resposta negativa, como deixou de existir a separação no ordenamento, novas demandas deverão veicular pedido de divórcio.

9 Em importante diretriz, o art. 1.565, § 2º, do Código Civil dispõe que “o planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas”.

10 Projeto de lei disponível em: <<http://www2.camara.gov.br>>. Acesso: 13 ago. 2010.

Dois acórdãos sobre a temática merecem destaque pela clareza com que enfrentaram o assunto.

Em certa decisão, o Tribunal de Justiça mineiro entendeu que, “embora permaneçam, ainda, no Código Civil, alguns dispositivos que tratam da separação judicial (arts. 1.571 e 1.578), a partir da edição da Emenda Constitucional nº 66/2010, não há mais a possibilidade de se buscar o fim da sociedade conjugal por meio deste instituto, mas, tão somente, a dissolução do casamento pelo divórcio”¹¹.

Na mesma linha, manifestou-se Câmara Julgadora do Tribunal de Justiça de São Paulo: “com a promulgação da Emenda Constitucional nº 66/2010, e a nova redação do § 6º do art. 226 da CF, o instituto da separação judicial não foi recepcionado, mesmo porque não há direito adquirido a instituto jurídico”¹².

Há então que se enfrentar a seguinte questão: compreendendo-se não haver mais separação, o que deve ocorrer com as demandas em trâmite ajuizadas antes da emenda? E com aquelas que foram propostas depois dela?

Uma primeira resposta pugna por sua extinção: se não mais há separação, o feito deve ser extinto sem resolução de mérito por falta de condição da ação¹³.

Este entendimento é esposado por José Fernando Simão, para quem “as ações em curso de separação judicial (seja consensual ou litigiosa) devem ser extintas sem julgamento do mérito, por impossibilidade jurídica superveniente do pedido, salvo se já houver sentença prolatada ou se as partes concordarem com a conversão em divórcio”¹⁴.

Extinguir o feito, contudo, não foi a saída vista como cabível em precedente do Tribunal Paulista: findar o processo (com ou sem resolução de mérito) viola a garantia de acesso célere à justiça, de sorte que, com a mudança da Constituição, faz-se de rigor a adequação do julgamento ao novel ordenamento¹⁵.

11 TJMG, APCV 0218251-35.2006.8.13.0487; Pedra Azul; Quarta Câmara Cível; Rel. Des. Darcio Lopardi Mendes; j. 20.01.2011; DJEMG 07.02.2011.

12 TJSP, AI 990.10.357301-3; Ac. 4796514; Bauru; Oitava Câmara de Direito Privado; Rel. Des. Caetano Lagrasta; j. 10.11.2010; DJESP 07.12.2010.

13 Com base no CPC, art. 267, VI, decreta-se a extinção do processo sem resolução de mérito por carência de ação.

14 SIMÃO, José Fernando. *A Emenda Constitucional 66 – A Revolução do Século em Matéria de Direito de Família: A passagem de um sistema anti-divorcista para o divorcista pleno*. Artigo publicado nesses Anais.

15 Eis trecho do precedente (já citado) transcrito na parte útil: “Ante a alteração da Constituição e a não recepção do instituto da separação judicial, restaria violado o princípio do acesso a uma ordem jurídica e célere (incisos XXXV e LXXVIII do art. 5º da CF), se findo o processo com a extinção do feito por falta de interesse de agir ou a improcedência do pedido, devendo o julgamento adequar-se ao novo ordenamento jurídico decorrente da manifestação do Poder Constituinte Derivado” (TJSP, AI 990.10.357301-3; DJESP 07.12.2010).

Esta segunda vertente concebe a necessidade de conversão: o juiz deve instar as partes a se manifestarem sobre a conversão da separação em divórcio¹⁶. Nesse sentido entenderam julgadores do Tribunal de Justiça mineiro, para quem “a superveniência da EC nº 66/2010 autoriza que, por consenso entre as partes, seja lícito converter a separação judicial litigiosa em divórcio”¹⁷.

A concepção de priorizar a chance de conversão ao invés de simplesmente extinguir o feito revela-se apropriada para que haja o aproveitamento dos atos processuais já praticados em contemplação ao acesso à justiça, à duração razoável do processo e à economia processual.

Obviamente, se há consenso na promoção da conversão, a situação não enseja problema. O consenso, aliás, é poderoso instrumento para que as partes retomem a condição de protagonistas de seus destinos... O que ocorrerá, porém, se um dos litigantes não aceitar a conversão?

Segundo Rolf Madaleno, com a eliminação da culpa e da separação judicial, o divórcio representa “o resultado natural da evolução do direito e da autonomia e liberdade de ação dos cônjuges”; “se alguém, por convicções pessoais não admitir o divórcio, não poderá com este gesto egoísta impedir que seu parceiro dele se divorcie, e se ambos comungam do mesmo pensar, têm a opção da consensual separação de corpos, eis que desapareceu a separação judicial ou extrajudicial”¹⁸.

Entendeu o Tribunal Paulista não ser cabível valorizar a recusa a ponto de inviabilizar a autonomia: “basta a vontade de um dos cônjuges para a decretação imediata do divórcio”¹⁹.

Dentro desta vertente merece destaque a posição de Maria Berenice Dias: o juiz pode atuar de ofício para promover a alteração do pedido, sendo desnecessário requerimento das partes para tanto. Deve, porém, dar-lhes ciência para que se mani-

16 A saída foi assim exposta em excerto do Tribunal carioca: “Inobstante a recente modificação introduzida pela Emenda Constitucional nº 66/2010 venha provocando extensa discussão acerca da extinção ou não do instituto da separação judicial, no pertinente aos já separados quando da edição da referida emenda, entende a maioria dos doutrinadores que a hipótese é de conversão da separação em divórcio, circunstância que atrai a aplicação do art. 35 da Lei nº 6.515/77” (TJRJ; CC 0003346-71.2011.8.19.0000; Décima Oitava Câmara Cível; Rel. Des. Heleno Ribeiro P. Nunes; j. 17.05.2011; DORJ 18.05.2011; p. 220).

17 TJMG, APCV 0024035-45.2005.8.13.0023; Alvinópolis; Primeira Câmara Cível; Rel. Des. Alberto Vilas Boas; j. 08.02.2011; DJEMG 04.03.2011).

18 MADALENO, Rolf. *O divórcio da EC 66/2010*. Disponível em: <<http://www.rolfmadaleno.com.br>>. Acesso em: 24 jan. 2012.

19 “(...) o divórcio tem sua decretação imediata, bastante a vontade de um deles, uma vez que não mais poderá discutir a culpa. As discussões restantes: nome, alimentos, guarda e visitas aos filhos, bem como a patrimonial, devem ser resolvidas, conforme ensinamentos de Cândido Rangel Dinamarco, em *cisão da sentença em partes, ou capítulos, em vista da utilidade que o estudioso tenha em mente*” (Precedente já citado: TJSP, AI 990.10.357301-3; DJESP 07.12.2010).

festem, caso discordem do divórcio; seu silêncio é reputado concordância, a anuência de um basta para o prosseguimento e apenas se ambos se opuserem o juiz extinguirá o feito sem resolver o mérito por impossibilidade jurídica do pedido²⁰.

Uma terceira resposta pugna pela manutenção: sendo de interesse das partes o *status* de separados, se a demanda foi movida antes da Emenda ela não tem efeitos retroativos; consoante consta em precedente do Tribunal gaúcho, “efetivamente a parte recorrente não precisa complementar a petição inicial, nem modificar o seu pedido, sendo plenamente viável a pretensão de obter a separação judicial, extinguindo a sociedade conjugal, mas permanecendo incólume o vínculo matrimonial”²¹.

No mesmo sentido se manifestou o Tribunal de Justiça do Espírito Santo, para quem seria indevido aplicar retroativamente a nova redação do dispositivo constitucional para impor a conversão em divórcio²².

Também assim entendeu o Tribunal de Justiça catarinense: permanecendo incólume a separação no sistema brasileiro, a conversão em divórcio constitui mera faculdade à disposição da parte²³.

Após tantos entendimentos, é pertinente externar o que se revela coerente com o sistema atual. Se não há mais separação, não há, no sentido jurídico, utilidade em pleiteá-la; por tal razão, para não padecerem de carência as demandas deverão veicular pedido de divórcio.

Quanto às ações intentadas antes da emenda, deixou de haver interesse no pedido, não mais sendo a via adequada nem útil. Deve-se recordar que as condições da ação são reputadas matéria de ordem pública que devem ser analisadas em qualquer

20 DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. São Paulo: RT, 2010, p. 629.

21 TJRS, AI 70039285457; Sapiranga; Sétima Câmara Cível; Rel. Des. Sérgio Fernando Silva de Vasconcellos Chaves; j. 29.10.2010; DJERS 09.11.2010.

22 “(...) considerando que o recurso de apelo, interposto ainda sob a égide da antiga redação do art. 226, § 6º, da Constituição Federal, não se presta a impugnar o Decreto de separação, insurgindo-se somente quanto à partilha de bens e honorários advocatícios, resta imutável o *status* de separados dos litigantes, sendo indevida a aplicação retroativa da nova redação para impor a conversão do presente feito em divórcio” (TJES, AC 17060016072; 2ª Câmara Cível; Rel. Des. Subst. Fernando Estevam Bravin Ruy; DJES 14.02.2011; p. 27).

23 PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. AÇÃO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL. Autor intimado para manifestar-se sobre a conversão da separação em divórcio. Discordância. Processo extinto sem resolução do mérito. Apelo do autor visando à anulação da sentença. Conversão. Mera faculdade. Sobrevivência do instituto da separação judicial no ordenamento jurídico pátrio. Apelo conhecido e provido para que a ação tenha seguimento na origem. A nova disposição constitucional (EC nº 66/2010) não extinguiu a possibilidade da separação, mas apenas suprimiu o requisito temporal para o divórcio, nova modalidade de extinção da sociedade conjugal (CC/02, art. 1.571). Ademais, a Lei de Introdução ao Código Civil prescreve, em seu art. 2º, § 1º, que “a Lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a Lei anterior”. Além de a Emenda Constitucional não ter revogado, expressamente, a separação judicial, não há incompatibilidade entre sua redação e o regramento infraconstitucional que prevê o instituto da separação. (TJSC; AC 2011.052992-0; Forquilha; Segunda Câmara de Direito Civil; Rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben; j. 26.09.2011; DJSC 05.10.2011; p. 213).

tempo e grau, razão pela qual não guarda pertinência no direito processual a invocação da demanda proposta como “direito adquirido”. A Constituição tem aplicabilidade imediata e sua repercussão nos processos em tramite é natural.

Por força do acesso à justiça, da celeridade e da economia, o juiz deve possibilitar que as partes se manifestem sobre a conversão para o divórcio. Basta um dos litigantes aceitar a conversão para o feito poder prosseguir; se ambos não aceitarem o prosseguimento como divórcio, será forçoso extinguir o processo sem resolução de mérito por falta de condição da ação, por estar ausente o interesse de agir.

3.2 Aspectos Probatórios

A partir do novo quadro normativo, como conceber a prova no processo de divórcio? Qual será seu objeto? Serão abordados o lapso temporal e a culpa pelo fim da união?

Em princípio, para a decretação do divórcio deixa de haver interesse (no sentido processual de utilidade e adequação) em desenvolvimentos processuais focados na culpa; para outros efeitos, talvez, a discussão possa guardar alguma pertinência para regular outras repercussões do fim da união (como as pertinentes a alimentos e ao uso do nome).

Dispensar a pessoa da necessidade de expor elementos sobre sua convivência conjugal é conduta que se coaduna com a preservação da autonomia e da liberdade por liberá-la de explicar-se em juízo.

Para quem entende haver ainda necessidade de continuar observando o regramento da separação, permanece a obrigação de demonstrar o lapso temporal. Como representativo de tal concepção, merece transcrição excerto decisório de precedente do Tribunal gaúcho: “somente com a modificação da legislação infraconstitucional é que a exigência relativa aos prazos legais poderá ser afastada”²⁴.

Todavia, outro olhar possível dispensa a prova do requisito temporal para o divórcio. Como a Constituição Federal não exige qualquer tempo, é desnecessário o transcurso do prazo de dois anos de separação de fato. Eis aqui um forte reflexo da mitigação das exigências para o divórcio: não é mais preciso provar o distanciamento do casal.

24 TJRS; AI 70039285457; Sapiranga; Sétima Câmara Cível; Rel. Des. Sérgio Fernando Silva de Vasconcellos Chaves; j. 29.10.2010; DJERS 09.11.2010.

Há precedentes de diversos Tribunais²⁵ dispensando a análise do lapso temporal; merece destaque precedente do Tribunal mineiro segundo o qual, em razão da EC nº 66/2010, “é ocioso discutir se há prova do tempo da separação de fato”²⁶.

Tem razão tal entendimento; como bem afirma Rolf Madaleno, a mudança constitucional finalmente “permite dissolver o casamento civil diretamente pelo divórcio, sem qualquer espera de tempo, sem qualquer questionamento à culpa, e desaparecendo a inútil exposição processual dos casais em litigiosa separação”²⁷.

3.3 Audiência de Ratificação

Segundo o CPC vigente, apresentada a petição ao juiz e estando esta em termos, será designada a data de audiência para que o juiz, após ouvir os cônjuges sobre os motivos do fim da união, esclareça as consequências de tal manifestação de vontade²⁸.

Pode-se afirmar, no que tange aos motivos, que, com o panorama constitucional do novo divórcio, claramente, não há porque perquiri-los²⁹.

Pode-se entender que prevalece a utilidade da audiência para atestar a vontade dos cônjuges de se divorciar para que, aferindo ser ela livre e sem hesitações, o magistrado decreta o divórcio? Em outros termos, é necessária a designação da chamada “audiência de ratificação” para que o juiz constate pessoal e diretamente a vontade de um ou ambos os cônjuges de se divorciarem?

Diversos Tribunais sustentam ser dispensável a realização de audiências de ratificação e de ouvida de testemunhas.

25 Eis dois exemplos: “Com a mudança da redação do art. 226, § 6º, da Constituição Federal, não é mais necessário o transcurso do prazo de 02 (dois) anos de separação de fato para a consecução do divórcio, motivo pelo qual as exigências à separação consensual acham-se mitigadas na mesma proporção” (TJCE, APL nº 566-32.2008.8.06.0096/1; Quinta Câmara Cível; Rel. Des. Francisco Gurgel Holanda; DJCE 24.09.2010); “Hipótese em que o demandado, citado pessoalmente, não ofertou contestação, mantendo-se inerte. Prosseguimento da ação deduzido pela autora, dispensando a produção probatória. Divórcio do casal decretado ante a comprovação da separação fática por período superior a dois anos. Requisito temporal, aliás, prescindível, face à nova redação do art. 226, § 6º, da CF, com o advento da EC nº 66/2010” (TJRS, AC 70037359692; Teutônia; Oitava Câmara Cível; Rel. Des. Luiz Ari Azambuja Ramos; j. 02.09.2010; DJERS 13.09.2010); “A Emenda Constitucional nº 66 afastou a necessidade de prévia separação ou decurso de prazo para a decretação do divórcio direto. Precedentes jurisprudenciais da 7ª e da 8ª câmaras cíveis deste TJRS. Recurso provido. Em monocrática” (TJRS; AC 221180-98.2011.8.21.7000; Gravataí; Oitava Câmara Cível; Rel. Des. Rui Portanova; j. 11.07.2011; DJERS 14.07.2011) (g.n).

26 TJMG, APCV 2827525-48.2008.8.13.0105; Governador Valadares; Primeira Câmara Cível; Rel. Des. Alberto Vilas Boas; j. 24.08.2010; DJEMG 14.09.2010.

27 MADALENO, Rolf. *O divórcio da EC 66/2010*. Disponível em: <<http://www.rolfmadaleno.com.br>>. Acesso: 24 jan. 2012.

28 CPC, art. 1.122. Apresentada a petição ao juiz, este verificará se ela preenche os requisitos exigidos nos dois artigos antecedentes; em seguida, ouvirá os cônjuges sobre os motivos da separação consensual, esclarecendo-lhes as consequências da manifestação de vontade.

29 TARTUCE, Fernanda. *Processo Civil: estudo didático*. São Paulo: Método, 2011. p. 283.

No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul diversos acórdãos entendem desnecessária a realização de audiência – seja para reconciliação, ratificação ou comprovação do tempo de distanciamento do casal³⁰.

Em precedente do Tribunal mineiro, afirma-se que a exigência da audiência de ratificação no divórcio importa em “verdadeira burocratização”, ato desnecessário que “vai de encontro à nova principiologia vigente no Direito Processual Civil pátrio, voltada mais para a efetividade e celeridade do processo do que para a instrumentalidade, que, muitas vezes, prioriza a forma em detrimento do objetivo da tutela jurisdicional”³¹.

Na mesma linha entenderam Desembargadores do Tribunal de Justiça do Distrito Federal: se já a partir da previsão sobre divórcio pela via extrajudicial a realização da audiência se tornou prescindível, “depois da Emenda Constitucional nº 66/2010, é inquestionável que esse procedimento simplesmente não tem mais lugar”³².

É imperioso destacar, porém, a existência de decisões em sentido contrário: ainda há julgadores para quem a audiência de ratificação continua sendo necessária.

Os argumentos para sustentar a necessidade de designação da audiência algumas vezes se pautam na subsistência das normas sobre separação judicial³³; em caso julgado pelo Tribunal gaúcho, como os requerentes dispuseram no pacto sobre guarda, visita, alimentos à filha menor e partilha de bens, entendeu-se imperiosa a

30 Eis julgado representativo: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DIVÓRCIO DIRETO CONSENSUAL. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010. DESNECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA DE TENTATIVA DE RECONCILIAÇÃO E COMPROVAÇÃO DO TEMPO DE SEPARAÇÃO DE FATO. REVELIA. A nova redação dada ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº 66 possui eficácia plena e imediata, passando a não mais ser exigência para o divórcio o implemento de prazos ou condições. Desnecessidade de realização de audiência prévia de tentativa de reconciliação, ratificação de acordo ou comprovação do lapso temporal da separação de fato em se tratando de divórcio direto consensual ou litigioso, mormente inexistindo pedido de alimentos ou de partilha de bens e o demandado ser voluntariamente revel. Desproveram a apelação. (TJRS; AC 446358-65.2011.8.21.7000; Coronel Bicaco; Sétima Câmara Cível; Rel. Des. André Luiz Planella Villarinho; j. 14.12.2011; DJERS 19.12.2011)

31 TJMG, APCV 2976478-17.2009.8.13.0105; Governador Valadares; 4ª Câmara Cível; Rel. Desig. Des. Almeida Melo; j. 02.12.2010; DJEMG 28.02.2011.

32 TJDF, Rec. 2009.07.1.036775-5; Ac. 474.631; Primeira Turma Cível; Rel. Des. Nívio Geraldo Gonçalves; DJDFTE 26.01.2011; p. 85.

33 APELAÇÃO CÍVEL. DIVÓRCIO CONSENSUAL. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010. NOVA REDAÇÃO DADA AO ART. 226, § 6º, DA CF/88 QUE ELIMINA OS REQUISITOS À SUA DECRETAÇÃO ANTERIORMENTE PREVISTOS. MANUTENÇÃO DAS DISPOSIÇÕES PROCESSUAIS. AUDIÊNCIA DE RATIFICAÇÃO. NECESSIDADE. 1. O advento da EC nº 66/2010 não modificou, tampouco extinguiu as disposições processuais aplicáveis ao divórcio judicial, contidas no CPC e na Lei nº 6.515/77. 2. Nos termos do art. 40, § 2º, III, da Lei nº 6.515/77, bem como do art. 1.122 do CPC, a audiência de ratificação do pedido de divórcio será obrigatoriamente realizada. 3. Hipótese em que, a par da questão de estado, estão em jogo a regulamentação da guarda e alimentos à filha comum. Apelação provida. Sentença desconstituída. (TJRS; AC 468292-79.2011.8.21.7000; Carlos Barbosa; Oitava Câmara Cível; Rel. Des. Ricardo Moreira Lins Pastl; j. 27.10.2011; DJERS 04.11.2011)

realização da audiência de ratificação “com oportunidade de oitiva das partes e os devidos esclarecimentos a respeito das cláusulas dispostas no acordo”³⁴.

É preciso refletir sobre a necessidade da audiência: resta claro que os motivos do fim da união são irrelevantes e não justificam a designação de audiência em demanda sobre divórcio direto sem outros pleitos.

Sobre a função de esclarecer os litigantes, deve mesmo o juiz instruir as partes sobre seus direitos? Ou trata-se de função a ser desempenhada pelo advogado que as representa, a quem cabe orientar e esclarecer eventuais dúvidas? Como o juiz será apto a manter sua imparcialidade se passar a assessorar uma ou ambas as partes em audiência? E o advogado, qual sua função neste momento? Sobre o consentimento, pressupõe-se o que foi afirmado em relação à sua existência ou que as partes podem estar enganadas, devendo o juiz pressupor o erro?

Como se percebe, a temática envolve questões delicadas e remete à necessidade de que cada um conheça o perfil de suas atuações reconhecendo suas possibilidades e seus limites.

O papel do juiz, terceiro imparcial, é aferir se o consentimento é livre e isento de qualquer sorte de comprometimento, assim como se há algum preceito de ordem pública sendo violado. Fora deste quadro, sua atuação deve ser considerada a partir da inércia e da isenção.

Ao advogado cumpre assessorar tecnicamente o jurisdicionado que representa; se o magistrado perceber que o cliente não está devidamente informado, deve recomendar que ele converse com seu procurador e obtenha os devidos esclarecimentos.

Em princípio, presume-se a correção, a exatidão das manifestações, a boa-fé; a não ser que o juiz identifique peculiaridade que enseje dúvidas sobre o consentimento manifestado no caso sob análise, não há porque pressupor desconfiância e determinar que as partes compareçam pessoalmente para confirmar o que está devidamente explicitado na petição.

Como exemplo, em precedente do Tribunal catarinense, como o Promotor de Justiça viu diferenças nas assinaturas apostas na procuração e na petição inicial

34 Eis a ementa da decisão: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DIVÓRCIO. AUDIÊNCIA DE RATIFICAÇÃO. NECESSIDADE. Tendo em vista que a Emenda Constitucional nº 66/2010, não revogou a legislação que regula a matéria, apenas deu nova redação ao art. 226, § 6º, da Constituição Federal, imperiosa a realização da audiência de ratificação. Deram provimento ao apelo. (TJRS; AC 331955-83.2011.8.21.7000; Carlos Barbosa; Oitava Câmara Cível; Rel. Des. Alzir Felipe Schmitz; j. 03.11.2011; DJERS 08.11.2011)

de divórcio, entendeu ser necessário o reconhecimento de firma³⁵ e a realização de audiência de ratificação³⁶.

Afora casos extremos – que merecem ser tratados proporcionalmente à luz de suas especificidades –, a regra é que o magistrado facilite a atuação das partes em juízo evitando situações inúteis que impliquem em comprometimento à sua autonomia, à sua liberdade e à duração razoável do processo.

4 PERSPECTIVA SOBRE O TEMA NO NOVO CPC

Em termos de legislação projetada, a primeira iniciativa de sistematização das regras processuais sobre demandas familiares digna de destaque é o Estatuto das Famílias elaborado pelo IBDFAM³⁷. Ao lado de previsões de Direito Material, diversas regras do Projeto de Estatuto preocuparam-se em disciplinar a matéria sob o enfoque processual.

Como pontua o irmão Flávio Tartuce, no Estatuto há disposições processuais específicas que valorizam a celeridade processual e os ritos especiais com regras próprias³⁸.

Para exemplificar o olhar empreendido pelos legisladores, tomemos como exemplo o divórcio ali previsto; consta na exposição de motivos do Estatuto que a tônica foi privilegiar este meio de finalização da união como sendo o “meio mais adequado para assegurar a paz dos que não mais desejam continuar casados, definindo em regras simples e compreensíveis os requisitos para alcançá-lo”³⁹.

A tramitação do Estatuto das Famílias, porém, ainda não tem encontrado nas casas legislativas o trâmite desejado por seus defensores.

Por tal razão, o Deputado Sérgio Barradas Carneiro, relator deste Projeto e também do Projeto de Novo Código de Processo Civil na Câmara dos Deputados,

35 Exigiu-se o reconhecimento da firma com base no art. 1.120, § 2º, do CPC (As assinaturas, quando não lançadas na presença do juiz, serão reconhecidas por tabelião).

36 TJSC; AC 2010.030513-8; São Miguel do Oeste; Câmara Especial Regional de Chapecó; Rel. Des. Subst. Jorge Luis Costa Beber; DJSC 05.07.2011; p. 633.

37 Instituto Brasileiro de Direito de Família.

38 TARTUCE, Flávio. *Estatuto das Famílias*, Material de aula proferida no curso de especialização em Direito de Família e Sucessões na Escola Paulista de Direito. São Paulo. Disponível em: <<http://www.flaviotartuce.adv.br/index2.php?sec=materias>>. Acesso em: 27 dez. 2011.

39 Segundo consta na exposição de motivos do Estatuto das Famílias, buscou-se evitar a interferência do Estado na intimidade do casal, ficando vedada a investigação das causas do fim da união, que não devem ser objeto de publicidade.

afirmou que todas as disposições processuais nele presentes que se revelem passíveis de migração para o novo CPC serão para este direcionadas⁴⁰.

Caso isto realmente se verifique, haverá significativa mudança no perfil do Código de Processo Civil.

O primeiro projeto de lei sobre o CPC⁴¹ não trouxe significativas alterações sobre o regramento processual de demandas familiares. O projeto praticamente repetia a normatividade do CPC de 1973: ao abordar procedimentos especiais, o PL n° 166 mencionava ainda separação e divórcio.

Após o advento da EC n° 66/2010 (que fez constar na Constituição Federal menção apenas ao divórcio para findar o vínculo entre os cônjuges), o projeto foi alterado e ensejou o Projeto de Lei da Câmara n° 8.046/2010; a única alteração considerável em matéria de família foi passar a referir-se apenas ao divórcio.

Segundo Fredie Didier Junior, jurista e consultor técnico do Deputado Sérgio Barradas Carneiro⁴², o novo CPC, cujo teor ainda passa por alterações no Congresso Nacional, contará, dentre os procedimentos especiais, com um capítulo destinado a contemplar as ações relativas ao Direito de Família⁴³.

Caso tal realmente se verifique, haverá finalmente o reconhecimento das peculiaridades inerentes ao Direito de Família e seu tratamento.

Não há, porém, perspectiva segura que o teor porventura concebido seja aprovado com tal teor, nem tampouco se sabe se/quando o Novo CPC virá a lume. Assim, é importante lidar com o panorama existente de forma atenta às lições da doutrina e aos registros jurisprudenciais.

5 CONCLUSÕES

A alteração constitucional promovida pela Emenda Constitucional n° 66/2010 foi sucinta e não explicitou diversos aspectos processuais.

Para quem entende persistir a separação no ordenamento brasileiro, os feitos continuam seguindo o regramento previsto no Código Civil e na Lei do Divórcio.

40 O Deputado manifestou tal entendimento na palestra proferida no VIII Congresso Brasileiro de Direito de Família, em 14.11.2011, em Belo Horizonte.

41 Projeto de Lei do Senado n° 166/2010.

42 Deputado relator do Projeto de Novo Código de Processo Civil na Câmara dos Deputados.

43 A afirmação foi feita no VIII Congresso Brasileiro de Direito de Família em palestra realizada em 15.11.2011. O expositor afirmou que o teor do Projeto de Lei oriundo do Senado – hoje identificado pelo n° 8.046/2010 – não deverá prevalecer, sendo pautado por significativas alterações.

Já para quem concebe a supressão da separação do sistema, significativas mudanças são sentidas na seara processual. Discussões em juízo sobre culpa, lapso temporal e outros aspectos antes polêmicos nas demandas de divórcio deixam de ter espaço.

Não havendo mais separação, falta utilidade para pleiteá-la, sendo adequada a via do divórcio. As demandas intentadas antes da emenda deixaram de ser dotadas de interesse, razão pela qual padecem de carência.

Para evitar, contudo, extinções de processo que possam se revelar prejudiciais, por força do acesso à justiça, da celeridade e da economia, o juiz deve possibilitar que as partes se manifestem sobre a conversão da separação em divórcio. Basta um dos litigantes aceitar a conversão para o feito prosseguir; se ambos não aceitarem o prosseguimento como divórcio, será forçoso extinguir o processo sem resolução de mérito por faltar a condição da ação pertinente ao interesse de agir.

Na perspectiva instrutória, não mais é preciso provar o distanciamento do casal, sendo indiferentes dados relativos a eventual culpa ou decurso de certo lapso temporal. Trata-se de forte reflexo da mitigação das exigências para o divórcio que facilita a atuação em juízo e contribui para a duração razoável do processo.

Nesse contexto, reforçou-se o esvaziamento da exigência de designar audiências de ratificação e conciliação, não devendo o juiz presumir que os litigantes atuam desinformados e de má-fé.

Conceber a extinção da separação e de suas vetustas exigências sem dúvida enseja considerável facilitação no andamento processual das demandas do divórcio e constitui concepção alinhada à crescente valorização da autonomia privada e à contemplação da duração razoável do processo.

Dalgleisson e Shayenne (como tantos casais em crise) devem ter a chance de obter o divórcio sem delongas, com o mínimo de desgaste emocional e financeiro para que possam intentar novos projetos e, quem sabe, até celebrar novo matrimônio. Afinal, como afirmou Carlos Drummond de Andrade, “as feridas do casamento são curadas pelo divórcio, cujas feridas se curam por outro casamento”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. São Paulo: RT, 2010.

MADALENO, Rolf. *O divórcio da EC 66/2010*. Disponível em: <<http://www.rolfmadaleno.com.br>>. Acesso em: 24 jan. 2012.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *O novo divórcio e a Emenda 66/2010*. Disponível em: <<http://www.professorcostamachado.com/>>. Acesso em: 20 set. 2010.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Emenda Constitucional nº 66/2010: Semelhanças, Diferenças e Inutilidades entre Separação e Divórcio e o Direito Intertemporal*. Disponível em: <www.ibdfam.org.br>. Acesso em: 30 jul. 2010.

SANTOS, Luis Felipe Brasil. *Emenda do Divórcio: cedo para comemorar*. Disponível em: <<http://www.anoreg.org.br>>. Acesso em: 14 ago. 2010.

SIMÃO, José Fernando. *A Emenda Constitucional 66 – A Revolução do Século em Matéria de Direito de Família: A passagem de um sistema anti-divorcista para o divorcista pleno* (artigo publicado nesses Anais).

TARTUCE, Fernanda. *Breve reflexão sobre a Emenda Constitucional 66/2010*. Disponível em: <www.fernandartuce.com.br>. Acesso em: 03 nov. 2011.

_____. *Processo Civil*: estudo didático. São Paulo: Método, 2011.

TARTUCE, Flavio. *Argumentos constitucionais para o fim da separação de Direito*. Disponível em: <<http://professorflaviotartuce.blogspot.com>>. Acesso em: 25 ago. 2008.

_____. *Estatuto das Famílias*. Material de aula proferida no curso de especialização em Direito de Família e Sucessões na Escola Paulista de Direito. São Paulo. Disponível em: <<http://www.flaviotartuce.adv.br/index2.php?sec=material>>. Acesso em: 27 dez. 2011.

A FAMÍLIA

*Frei Claudio van Balen**

ESSÊNCIA

Amor: um se faça dois

Toda *interiorização* pode pecar por uma dose de apropriação *indébita*, uma vez que, não raro, se despreza a *alteridade* em sua unicidade. Interioridade como fechamento é *autopreocupação*.

Amor autêntico há de *diversificar* os amantes, além da simples autoafeição.

Se eles se tornam um, há de ser na *dualidade*. Amor sem dualidade ética, não passa de autoabsorção. Somente uma responsabilidade *desinteressada* reflete autenticidade de amor no respeito ao totalmente outro.

Amor é *ética* pura: existe-se no mundo para o *outro*.

O *Self* só se realiza em respeitosa relação ao *outro*, ao diferente, fazendo que *um* se faça *dois*.

É a responsabilidade pelo outro que confere identidade ao *eu*.

Absorvido, perdido *em si*, o *Self* se torna assassino e, por conseguinte, suicida. *Somente a disposição de sofrer a alteridade e humanizá-la há de conferir autenticidade ao amor.*

O ser humano é uma composição: o homem não se basta, a mulher não é uma grandeza em si. Ambos existem em função um do outro e para um objetivo comum: o próprio crescimento, sua realização interpessoal e a transformação do meio, com sobrevivência e aperfeiçoamento do gênero humano.

Pela mensagem de Jesus, essa mútua igualdade e comum responsabilidade são confirmadas. Mulher e homem são indistintamente valorizados como participantes e construtores do Reino. E Deus reina quando a vida é valorizada e desenvolvida de modo que, em sua boa qualidade, venha a satisfazer os desejos mais profundos e autênticos do coração humano.

* Igreja do Carmo – BH.

Nessa perspectiva, aparece a igualdade, o companheirismo, a missão de servir, a dignidade e o destino comuns. Conclusão: a homem e mulher cabe uma participação fraterna em tudo que diz respeito à construção de relações. Podemos concluir que a união constitui uma comunidade no amor, cuja primeira função consiste em promover a fecundidade, fazendo os cônjuges desenvolverem sua personalidade e, além disso – caso possível e conveniente –, cuidar da procriação.

Mulher e homem, portanto, assumem a missão de se fazer corresponsáveis pelo mútuo bem-estar no crescimento pessoal em benefício da comunidade. Além dessa fecundidade intraconjugal, simbolizada como sacramento – graça –, sua união esteja a serviço da fecundidade familiar: participação dinâmica na sociedade e na comunidade de fé.

A meta a alcançar é esta: uma família em que cada membro seja – *fâmulus* – *servidor*, cidadão, construindo uma convivência com partilha igualitária de direitos e deveres, em um clima de fraterna solidariedade e no esforço constante de envolvimento social. É, pois, indispensável que mulher e homem se libertem de todo preconceito, egoísmo, discriminação, isolamento, submissão, medos e omissão.

Eles hão de tornar-se grávidos da paixão evangélica, do amor solidário e da libertação. A família seja um espaço de companheirismo e amor, em que a afetividade envolva o bem-estar na paz. Essa missão se desdobre em tarefas variadas: a família faz perceber que todos fazem parte, pertencem como feixe de relações, na aprendizagem e na prática da socialização.

E como fator de segurança, a família se faz apoio, diálogo, acolhimento, solidariedade e calor humano. Ela é uma realidade dinâmica em permanente construção, e cada um é mediador da caminhada dos outros através da execução e contraprestação de serviços. Dessa forma, a família se dispõe à luta da vida enquanto confirma cada membro no valor de sua pessoa e no sentido do viver em sociedade.

Núcleo formador da pessoa, a família se torna fundamento do sujeito, desenvolvendo nele identidade, autoestima, capacidade de iniciativa, autonomia, senso crítico, espírito de equipe, confiança, abertura ao outro e disponibilidade à cidadania. Ela sensibiliza seus membros para a realidade que nos cerca com seus desafios e ofertas, com problemas e oportunidades.

Família bem estruturada se faz proteção contra fechamento no egoísmo, o pior inimigo da paz. De fato, de nada vale a imensa riqueza de todo o progresso da ciência e da tecnologia, se no dia a dia nos fechamos, isolando-nos no egoísmo. Este é qual vírus que fragmenta e separa as pessoas do todo, individual e socialmente, isolando-as na busca frenética de cada vez maior segurança, fonte de agressão.

A individualidade, essência da vida pessoal e social, só encontra seu indispensável equilíbrio graças à experiência da *confirmação*, maior riqueza que a família é chamada

a legar a seus membros. Estar de bem com a vida, consigo e com os outros é fruto supremo da fé, que se desdobra na esperança e no amor, vivenciados na família como ingredientes básicos da harmonia.

“Mestre, o que nos dizes do Matrimônio?”

E ele respondeu: – Vós viveis unidos (...) Mas haja espaços na vossa junção.

Que os ventos do Céu dançam entre vós. Amai-vos um ao outro, mas não façais do amor um grilhão. Antes, haja um mar ondulante entre as praias de vossa alma.

Enchei a taça um do outro, mas não bebais da mesma taça.

Daí do vosso pão um ao outro, mas não comais do mesmo pedaço. Cantai e dançai juntos, e sede alegres; mas deixai cada um de vós estar sozinho, assim como as cordas da lira são separadas, e vibram na mesma harmonia.

Daí vossos corações, mas não vos confieis à guarda um do outro.

E vivei juntos, mas não vos aconchegueis demasiadamente; pois as colunas do templo erguem-se separadamente, e o carvalho e o cipreste não crescem à sombra um do outro”.

O Profeta – Kahlil Gibran

A JURISDIÇÃO DE FAMÍLIA – A SEPARAÇÃO DE CORPOS – DECRETAÇÃO DO DIVÓRCIO E CAPÍTULOS DA SENTENÇA – AS JORNADAS DE DIREITO CIVIL (2011)

José Fernando Simão

SUMÁRIO: I – Uma Singela Homenagem àquele que Dedicou sua Vida a uma Causa. II – A Singeleza do Texto Constitucional; II.1 A Separação de Direito; II.2 O Divórcio e suas Modalidades; II.3 A Medida Cautelar de Separação de Corpos; II.4 A Culpa Acabou no Direito de Família?; II.4.1 Culpa e Alimentos; II.4.2 Culpa e Indenização; II.4.3 Culpa e Sobrenome; II.4.4 Culpa e Sucessões. III – Notas Conclusivas.

I – UMA SINGELA HOMENAGEM ÀQUELE QUE DEDICOU SUA VIDA A UMA CAUSA¹

Foi graças a Nelson Carneiro, que dedicou anos de sua vida, de maneira incansável, à mudança de uma arraigada mentalidade que tinha como a base a noção religiosa da indissolubilidade do casamento, que ocorreu a aprovação da Emenda Constitucional n° 9, de 28 de junho de 1977, que possibilitou o divórcio no Brasil.

Nelson de Souza Carneiro nasceu em 8 de abril de 1910, em Salvador, na Bahia. Exerceu os seguintes mandatos: Deputado Federal – 1947 a 1955, Deputado Federal – 1959 a 1963, Deputado Federal – 1967 a 1971, Senador – 1971 a 1978, Senador – 1979 a 1987, Senador – 1987 a 1995. Faleceu em 6 de fevereiro de 1996².

* Advogado em São Paulo; Doutor e Mestre em Direito Civil pela Universidade de São Paulo; Professor Doutor do Departamento de Direito Civil da Universidade de São Paulo – Largo de São Francisco; Professor de Direito Civil da Faculdade de Direito da Fundação Armando Álvares Penteado – FAAP e do Curso de Especialização da Escola Paulista de Direito; Professor de Cursos Preparatórios para Concurso Público e Exame de Ordem e de Especialização em várias Faculdades do Brasil; Membro do IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família, e Diretor de Relações Institucionais do IBDFAM/SP; Membro do Instituto dos Advogados de São Paulo, do IDCLB – Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, do BRASILCON – Instituto Brasileiro de Política e Defesa do Consumidor e do Conselho Editorial do Jornal Carta Forense.

1 Este artigo se chamava originariamente A EMENDA CONSTITUCIONAL N° 66 – A REVOLUÇÃO DO SÉCULO EM MATÉRIA DE DIREITO DE FAMÍLIA. A passagem de um sistema antivorcista para o divorcista pleno. Contudo, como o texto foi reformulado para a segunda edição da presente obra e seu conteúdo alargado, repensamos o título para dar uma nova dimensão ao conteúdo.

2 Disponível em: <<http://lauracarneiro.com.br/novosite/nelson-carneiro/>>. Acesso em: 21 set. 2010.

Em quase 30 anos de combate que se revigorava a cada derrota, Nelson Carneiro, como jornalista, Mestre e Político, levou sua luta à imprensa, à cátedra e aos palanques. Falou aos estudantes, aos governantes, às mulheres e aos chefes de família. Católico, buscou no direito canônico o apoio para responder aos adversários³.

Em 1º de novembro de 1960, quase vinte anos antes da mudança constitucional que alterou o § 1º do art. 175 da Constituição à época vigente (Emenda Constitucional nº 1, 17.10.69), retirando do dispositivo a indissolubilidade do casamento, Monsenhor Arruda Câmara lançava a segunda edição de sua obra denominada “A Batalha do Divórcio – Choram as vítimas do divórcio – órfãos de pais vivos”⁴. A obra espelha o embate que se travaria por anos no Congresso brasileiro, tendo como principais contendores Nelson Carneiro e Arruda Câmara.

Era necessário um jogo longo e firme em que a perseverança levaria ao resultado almejado. De um lado, diz Nelson Carneiro, ir derruindo pacientemente os alicerces, um a um, até que o edifício estivesse a pique de desabar. Por outro, atacá-lo de frente, através de emendas constitucionais, que fossem convocando os legisladores a enfrentar os problemas criados pelo desquite.

Curioso notar que as forças antidivorcistas estavam tão alertas nas décadas que antecederam a aprovação do divórcio, que qualquer lei que pretendesse conceder direitos a pessoas nascidas fora do casamento (das então odiosamente chamadas uniões ilegítimas), era interpretada como preparação para a aprovação do divórcio. Exemplo disto se verificou quando, em 1948, propôs Nelson Carneiro o Projeto 925 que pretendia dar direito de percepção do montepio civil aos filhos havidos de qualquer condição, ou seja, não apenas aos legítimos. O homenageado transcreve as palavras do Monsenhor Arruda Câmara quando dos debates: “os divorcistas, porém, não descansam. Não podendo obter o divórcio direto, vedado no referido texto constitucional, conspiram dia e noite visando, em projetos apresentados sob ‘a veste de carneiro’, de sentimentos humanos, de leis sociais, mas com o ‘interior do lobo’, golpear a instituição da família, equiparar o filho legítimo à prole espúria, nivelar a esposa legítima à concubina, enfim equiparar a mancebia e o concubinato ao casamento”⁵.

Fato é que o resultado da longa contenda resultou em vitória para a causa divorcista. E exatamente o que esta introdução contribuiu com o debate sobre a Emenda nº 66, de 2010? Explicamos. A alegria que se verificou naquela manhã de 23 de junho de 1977, quando o Congresso Nacional, diante do povo que lotava suas

3 *A luta pelo direito*. São Paulo: Lampião, 1977. Contracapa.

4 *A batalha do divórcio*. 2. ed. São Paulo, 1960.

5 *A luta...*, p 16.

galerias e corredores, como espelho de um interesse generalizado pelo êxito de uma campanha⁶, aprovou a Emenda Constitucional nº 9, não se repetiu em 2010.

A Emenda nº 66 não foi efetivamente compreendida em toda sua extensão, pelo menos, por parte da doutrina pátria. Essa incompreensão resulta de dois fatores. O primeiro deles é que o direito civil é velho, muito antigo⁷. E como tudo que é antigo é construído sobre bases sólidas e está pouco acostumado com mudanças. O segundo motivo é que certa parte da doutrina prefere, muitas vezes, repetir o velho a pensar o novo⁸.

Passados quase dois anos da Emenda nº 66, percebe-se com mais clareza o momento histórico em que o Brasil demonstra sua maturidade em relação ao casamento e sua extinção.

II – A SINGELEZA DO TEXTO CONSTITUCIONAL

Vejamos como era o texto da Constituição e como ficou com a aprovação da Emenda nº 66 que passou a vigorar em 14 de julho de 2010⁹.

<i>Redação original</i>	<i>Redação após a reforma</i>
§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.	§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

A alteração, que parece singela em uma primeira análise, trará profundas mudanças ao direito de família. É claro que uma primeira e apressada leitura poderá

6 A luta..., p. 11.

7 Exemplo singular dessa antiguidade é a regra *res perit domino* (a coisa perece para o dono) contida no art. 238 do Código Civil (que é cópia fiel do art. 869 do Código de 1916). A regra em questão é antiquíssima e remonta ao Código de Hamurabi (cuja data é incerta, mas, para alguns, dataria de 1.700 a.C. e para outros do ano 2000 a.C.) que assim dispõe (Edipro, 2002): “Art. 244. Se um homem alugou um boi ou um jumento e se o leão o matou em campo aberto, a perda será do proprietário”. Note-se que em Persépolis (atual Irã) retrata-se um ataque de um leão a um boi, cena essa comum no Oriente em épocas antigas, razão pela qual o Código de Hamurabi (Rei da Babilônia que governou o território do atual Iraque) liberava o devedor (locatário) do dever de restituir o animal. O ataque de leão representava, para essas civilizações, a força maior como excludente de responsabilidade civil (para maior aprofundamento nosso artigo “*Res perit domino* e sua origem histórica” In: www.professorsimao.com.br).

8 Quando da edição do Código Civil de 2002, alguns estudiosos chegaram a afirmar que se tratava de simples mudança do número dos artigos, porque, substancialmente, o Código novo reproduzia as mesmas regras do revogado Código Civil. A observação carece de qualquer fundamento e dispensa maiores comentários.

9 A data é especial para a História da humanidade, pois foi em 14 de julho de 1789 que houve a queda da Bastilha e a Revolução Francesa atingiu seu ápice. A Emenda derruba “os muros da Bastilha” que a culpa representava para o fim do casamento.

indicar que apenas houve supressão dos prazos necessários para o divórcio indireto (ou a chamada conversão da separação em divórcio) e para o divórcio direto.

Começemos por esta premissa. Claro está e aqui há consenso na doutrina de qualidade que os dispositivos do Código Civil que exigiam o prazo de um ano para a conversão da separação em divórcio (art. 1.580 do CC) e de dois anos de separação de fato para o divórcio direto (art. 1.580, § 2º) não mais subsistem no sistema, pois a trava constitucional caiu e com ela a limitação temporal imposta pela lei ordinária. Caiu por terra, também, o prazo de um ano de reflexão para a separação consensual (art. 1.574 do CC)¹⁰.

Assim, ainda que não se admita qualquer outra mudança, nesse ponto a emenda já significa uma completa mudança sob a ótica divorcista: no dia do próprio casamento há possibilidade de, por meio de um único procedimento, seja judicial ou extrajudicial¹¹, colocar-se fim ao casamento. Não mais se exige prazo de reflexão, não mais se exige lapso de separação de fato, não mais se exige um duplo procedimento pelo qual o casal necessita de prévia separação de direito, para só depois conseguir efetivar o divórcio.

Isso significaria a banalização do casamento? A possibilidade de divórcio sem qualquer peia ou amarra, por si só, não banaliza o instituto. A razão é simples. Com ou sem prazo para o divórcio, o casamento termina, de fato, pela falta de vontade de um ou ambos os cônjuges de manter a comunhão plena de vida (cf. art. 1.511 do CC). Não é a lei, seja ela ordinária ou a própria Constituição Federal, que mantém o casamento, mas sim a decisão dos cônjuges. As pessoas não casam ou se divorciam porque a lei traz mais ou menos requisitos para tanto. A verdade dessa assertiva se revela no fato de antes mesmo de se admitir o divórcio no Brasil, um número grande de pessoas se separava de fato e formava novo núcleo familiar por meio de união estável (à época chamada de concubinato puro).

10 Mesmo aqueles que ainda admitem que a separação de direito está mantida no sistema reconhecem que este prazo desapareceu. Conforme explicaremos a seguir, para muitos, certamente a doutrina majoritária, a separação como instituto não mais existe. Nesse sentido, o TJRS ao analisar em 16 de setembro de 2011 o incidente de prevenção/composição de divergência (art. 555, § 1º, do CPC), suscitado no âmbito da 8ª Câmara Cível daquele Tribunal, ao julgar apelação do Ministério Público (AC nº 70042566018), contra sentença que decretou o divórcio de Derli e Sirlei, independente de comprovação de prazo de separação judicial ou de fato, com base na Emenda Constitucional nº 66/2010, assim concluiu: “por tudo isso, sem adentrar na controvérsia da abolição ou não do instituto da separação judicial, por inoportuna para o momento, penso que a sentença que concedeu o divórcio, independente de comprovação de prazo de separação judicial ou de fato, deve ser mantida, pois corretamente aplicou a Emenda Constitucional nº 66/2010.” A conclusão do Desembargador Rui Portanova prevaleceu por maioria de votos, restando vencido, apenas o Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos. O STJ seguiu esta orientação: “a nova redação dada pela EC nº 66, de 2010, ao § 6º do art. 226 da CF/88 tornou prescindível a comprovação do preenchimento do requisito temporal outrora previsto para fins de obtenção do divórcio.” (Sentença Estrangeira Contestada nº 5.302 – EX (2010/0069865-9), Relª Minª Nancy Andrighi, j. 12.05.2011)

11 Considerando-se, por óbvio, os requisitos exigidos pela Lei nº 11.441/07 para fins de divórcio extrajudicial.

É verdade que os dados do IBGE de 2010 confirmam que “a taxa geral de divórcio atingiu o seu maior valor, 1,8% (1,8 divórcios para cada mil pessoas de 20 anos ou mais) desde o início da série histórica das Estatísticas do Registro Civil, em 1984, um acréscimo de 36,8% no número de divórcios em relação a 2009” (os dados constam do sítio do IBGE em informação de 30 de novembro de 2011). Isso significa que, após a Emenda nº 66, o brasileiro pôde “regularizar” situações fáticas de fim do casamento, ou seja, a separação fática se converte em divórcio de direito.

A emenda significa emancipação do brasileiro em matéria casamentária, porque a decisão de casar e de permanecer casado não passa pelo crivo ou amarra do legislador, mas sim dos próprios cônjuges que têm total autonomia para se divorciarem. Essa emancipação significa aumento de responsabilidade, já que a decisão de colocar fim ao casamento deixa de ser da lei e passa a ser exclusivamente dos cônjuges¹².

E não é verdade que o casamento passa a ser menos importante para os brasileiros, pois o IBGE confirma que em 2010 foram registrados 977.620 casamentos no Brasil, um incremento de 4,5% em relação a 2009. Destes, apenas 19.367 foram entre cônjuges menores de 15 anos (2,0%). A maior parte deles envolveu cônjuges solteiros (81,7%). Os recasamentos (casamentos em que pelo menos um dos cônjuges era divorciado ou viúvo) totalizaram 18,3% das uniões, um crescimento em relação a 2000 (11,7%)¹³.

Contundentes são as palavras de Rodrigo da Cunha Pereira sobre o tema:

“A moral condutora da manutenção deste arcaico sistema, assim como a da não facilitação do divórcio, é a preservação da família. Pensa-se que se o Estado dificultar ou colocar empecilhos, os cônjuges poderão repensar e não se divorciarem; ou, se apenas se separarem, poderão se arrepender e restabelecerem o vínculo conjugal. Em 1977, o argumento usado para se manter na lei o instituto da separação judicial como alternativa ao divórcio era puramente religioso. Tinha-se a esperança de que os católicos não se divorciariam, apenas se separariam judicialmente. A realidade, diferente do que se temia, foi outra: católicos se divorciam, não houve uma ‘avalanche’ de divórcios, e as famílias não se desestruturaram por isso. Ao contrário, as pessoas passaram a ter mais liberdade e conquistaram o direito de não ficarem casadas. Ora, o verdadeiro sustento do laço conjugal não são as fórmulas jurídicas. O que garante a existência dos vínculos conjugais é o Desejo” (A Emenda Cons-

12 Não nos esqueçamos que os prazos anteriormente exigidos tinham um efeito cruel sobre as famílias reconstituídas. Em razão dos prazos, mesmo com o fim da comunhão de vida, impossibilitava-se o novo casamento das pessoas até que os prazos legais se esgotassem. Isso levava certos casais a, de comum acordo, alterarem a data de sua separação de fato para superar o óbice do lapso de dois anos para o divórcio direto.

13 Os dados constam do sítio do IBGE em informação de 30 de novembro de 2011.

titucional nº 66/2010: Semelhanças, Diferenças e Inutilidades entre Separação e Divórcio e o Direito Intertemporal. In: www.ibdfam.org.br)

Essa mudança quanto à inexistência de prazos, por si só, bastaria para justificar o nome do presente artigo. O povo brasileiro se emancipa em matéria de casamento. Não é mais a rigidez do legislador que obrigará a manutenção do vínculo conjugal, não é mais a falsa ideia de que se deve permitir o arrependimento na separação que manterá o casal casado¹⁴. É a noção de responsabilidade que substitui a de culpa. A partir da Emenda nº 66, casamento e divórcio são atos de vontade apenas e tão somente dos cônjuges¹⁵; não há limites temporais para se manter o casamento se a vontade dos cônjuges assim não desejar.

Como toda a mudança, é necessária a verificação de seu impacto sobre os institutos de direito privado. Mais que narrarem controvérsias, as presentes linhas pretendem dar solução às questões práticas.

II.1 A SEPARAÇÃO DE DIREITO

A primeira e maior mudança diz respeito ao instituto da separação de direito. Como se sabe, o casamento é composto por dois elementos: a sociedade conjugal e o vínculo conjugal. A sociedade conjugal tem por elementos os deveres dos cônjuges (art. 1.566) e o regime de bens (arts. 1.639 a 1.688).

No sistema tradicional, anterior à aprovação da Emenda nº 66, a sociedade conjugal terminava por meio da separação de direito. Esta poderia se dar de duas maneiras:

a) separação judicial litigiosa (sanção, ruptura ou remédio) – cujas regras estavam no *caput* e nos parágrafos do art. 1.572 do CC.

b) separação judicial consensual – que exigia como requisito que os cônjuges estivessem casados há pelos menos um ano (art. 1.574). Era o chamado prazo de reflexão. Esta podia ocorrer por meio de ação em juízo (art. 1.576 do CC) ou na forma extrajudicial, se os separandos não tivessem filhos menores ou incapazes (Lei nº 11.441/07).

Na separação judicial litigiosa, havia espaço para o debate em torno da *culpa* pelo fim do casamento. Em resumo, o cônjuge poderia imputar ao outro a responsa-

14 O grande argumento favorável à manutenção da separação de direito no sistema é falacioso: é a possibilidade de arrependimento e de reconciliação do casal. É falacioso, pois o senso comum indica que a maioria expressiva das pessoas que se separam não se arrependem. Pelo contrário, acabam se divorciando.

15 Com exceção dos incapazes cuja autorização parental é necessária.

bilidade pelo descumprimento dos deveres conjugais com a consequente aplicação de uma sanção (tema que falaremos a seguir).

Com a aprovação da Emenda nº 66, entendemos que fica definitivamente banida do sistema a separação de direito, seja ela judicial (arts. 1.571 e segs. do CC) ou extrajudicial (Lei nº 11.441/07). É a eficácia direta do texto constitucional sobre a legislação ordinária.

Isso porque, em que pesem as respeitáveis opiniões em contrário¹⁶, depois da introdução do divórcio no Brasil em 1977, a separação de direito (primeiramente a judicial e depois a extrajudicial) passou a ser um meio para o fim do casamento e não um fim em si. Explicamos. Até 1977, diante da impossibilidade do divórcio, existia no sistema o desquite que permitia o fim da sociedade conjugal e não do vínculo, razão pela qual os desquitados não poderiam se casar. Até então, o desquite era considerado um fim em si, ou seja, um instituto com utilidade e valor jurídico, pois permitia aos cônjuges que, apesar da manutenção do vínculo, houvesse o fim dos deveres conjugais e do regime de bens.

Após a introdução do divórcio no Brasil, o desquite ganha o nome de separação judicial e perde esta qualidade até então existente de “um fim em si”. Isso porque, após a introdução da possibilidade de divórcio no Brasil, a separação judicial passou a ser um meio, uma etapa, para o fim do casamento. Como se, em direito penal, estivessemos diante de verdadeiro ato preparatório para que, decorridos os prazos legais, pudessem os cônjuges se valer da conversão em divórcio.

A compreensão da separação judicial (e após 2007 a extrajudicial) como mero ato preparatório para o divórcio seguia uma lógica: a previsão do art. 226, § 6º, da Constituição que não permitia o divórcio aos cônjuges que, após o casamento, assim o decidissem.

Os prazos de 1 ano (para a conversão de separação em casamento) e de 2 anos (de separação de fato para o divórcio direto) que estiveram presentes na Constituição até a Emenda nº 66, indicavam o valor jurídico da norma em vigor: não se pode extinguir o casamento por simples vontade das partes antes desses prazos, pois para a Constituição brasileira entendia-se que tais prazos eram necessários à reflexão dos cônjuges.

Diante dessa lógica constitucional, em que haveria dificuldades para a extinção do casamento em razão dos prazos necessários para o divórcio direto e indireto, a separação, como um meio em si, tinha sua lógica e seu valor amparados na Constituição.

16 Mário Delgado, Luiz Felipe Brasil dos Santos, Regina Beatriz Tavares da Silva, dentre outros.

Dentro dessa lógica, a regra do art. 1.574 do CC, pela qual os cônjuges só poderiam se valer da separação consensual após um ano de casamento, era adequada ao sistema constitucional que se valia de prazos (necessários ao divórcio) como forma de exigir uma reflexão dos cônjuges e evitar um fim “precipitado e impensado” do casamento.

E o que mudou com a edição da Emenda nº 66? Mudou o valor contido na norma constitucional. Os prazos impostos na Constituição para que se evitasse um fim “precipitado e impensado” do casamento desaparecem do sistema, emancipando o cidadão brasileiro que terá direito de se casar em um dia e de se arrepender no dia seguinte.

Não se trata de banalização do casamento, mas de maturidade do sistema jurídico que, em 33 anos, passou de “antidivorcista”, para “divorcista” com prazos e, finalmente, para divorcista sem restrições. A Emenda decorre de um valor novo: o casamento passa a ser fácil e rapidamente dissolúvel e os cônjuges responsáveis por seus atos, já que não há na lei a tutela do cidadão (representada pelos prazos exigidos para o divórcio direto e indireto).

Diante da mudança do valor constitucional, o fim divórcio pode ser atingido sem o meio separação judicial ou extrajudicial, que desaparece do sistema por ser incompatível com o novo valor da norma constitucional.

Seria crível imaginar a manutenção do art. 1.574 no sistema, ou seja, que os cônjuges para se separarem consensualmente (pondo fim apenas à sociedade conjugal) necessitem de 1 ano de casamento e para divorciar (pondo fim ao vínculo) não necessitem de prazo?

A resposta é negativa. A separação judicial e extrajudicial (meios) para que se chegue ao divórcio (fim em si) perde o amparo constitucional com a Emenda nº 66 que aboliu os prazos chamados de reflexão, prazos estes impostos apenas em uma fase de transição que durou 33 anos (do sistema “antidivorcista” para o sistema “divorcista”).

Em texto veiculado pela internet¹⁷ afirma o Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos o seguinte:

“Nossa primeira Constituição a dispor acerca dessa matéria foi a de 1934, que, no art. 144, erigiu a princípio constitucional a indissolubilidade do vínculo matrimonial, como estratégia para dificultar a introdução do divórcio em nosso país, acrescentando, no parágrafo único, que *‘A lei civil determinará os casos de desquite e de anulação de casamento (...)’*. A Constituição de 1937, porém, em seu art. 124, embora tenha mantido o princípio da indissolubilidade, calou acerca do desquite, que, no

17 Emenda do Divórcio: cedo para comemorar.

entanto, permanecia previsto no Código Civil. O mesmo ocorreu com a Carta de 1946, com a Carta outorgada de 1967 (art. 167) e com a EC nº 1/69: preservação do princípio da indissolubilidade do vínculo e silêncio completo acerca do desquite, que, como notório, sobrevivia soberanamente apenas na legislação ordinária (Código Civil de 1916). Ao que se saiba, na época, ninguém sustentou a tese de que, pela circunstância de que a Constituição deixara de contemplar o desquite dentre seus dispositivos, esse instituto fora abolido. E isso pela singela razão de que o desquite continuava previsto no Código Civil. E isso bastava!”

A lição defendida, em nosso sentir, revela-se equivocada. Isso porque, para interpretar o instituto do desquite e toda a legislação anterior à lei do divórcio (seja a própria Constituição ou a legislação ordinária), deve-se partir da premissa de que o desquite era um fim em si.

Não se tratava de passo para algo então inexistente, ou seja, o divórcio. Exatamente por isso a mudança constitucional não aboliu o instituto do desquite, pois não houve qualquer mudança de valor com a edição da Constituição de 1937. Frise-se: nas palavras do próprio Desembargador Brasil Santos: houve a preservação do valor indissolubilidade do casamento.

Portanto, quem viesse a cogitar que, com a mudança da Constituição de 1934 para a de 1937, o desquite fora abolido do sistema, estaria realizando interpretação desprovida de lógica e técnica.

Algo completamente diferente se verifica em 2010. O valor constitucional mudou e a legislação infraconstitucional perdeu seu apoio jurídico. Não se trata de mudança de valor social, mas de valor jurídico!

Também segue o mesmo entendimento Paulo Luiz Netto Lôbo para quem “(...) a superação do dualismo legal repercute os valores da sociedade brasileira atual, evitando que a intimidade e a vida privada dos cônjuges e de suas famílias sejam reveladas e trazidas ao espaço público dos tribunais, com todo o caudal de constrangimento que provocam, contribuindo para o agravamento de suas crises e dificultando o entendimento necessário para a melhor solução dos problemas decorrentes da separação”¹⁸.

Flávio Tartuce, com base nas lições de Canotilho, explica que a inovação tem aplicação imediata, como norma constitucional autoexecutável (Manual de Direito Civil, Ed. Método, São Paulo, 2010, p. 1.059). Em suma, consoante os princípios constitucionais da máxima efetividade ou da eficiência, da força normativa da Constituição e da interpretação das leis em conformidade com a Constituição (Canotilho, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, p. 1.224-1.226), com

18 A lição é compilada por Rodrigo da Cunha Pereira no artigo supracitado.

base em hermenêutica constitucional calcada em lição do doutrinador português e de Flávio Tartuce (na obra citada, p. 1.061), extrai-se a conclusão da aplicação imediata da norma¹⁹.

Quando perguntado pela ARPEN, se a separação de direito havia sido abolida do sistema, e se a simples retirada dos prazos do texto da Constituição era suficiente para considerar o instituto abolido, Luiz Edson Fachin respondeu de maneira enfática: “É suficiente. Não paira a menor dúvida quanto ao fim do instituto da separação, que foi, pela Emenda Constitucional, eliminado do texto constitucional. Somente uma exegese que vá de encontro à Constituição agora emendada poderá sustentar, numa hermenêutica reducionista e passadista, a necessidade de nova proclamação legislativa para tal fim. A separação, enfim, não é mais assunto do ordenamento jurídico brasileiro. Manter a separação é convidar para o presente um instituto do passado e tornar insepulta a figuração jurídica da separação”²⁰.

É verdade que na V Jornada de Direito Civil promovida pelo CJF (novembro de 2011) aprovou-se, na contramão da História, enunciado pregando a manutenção da separação no sistema brasileiro (Enunciado n° 514, art. 1.571. A Emenda Constitucional n° 66/2010 não extinguiu o instituto da separação judicial e extrajudicial). Esse pontual retrocesso em nada muda a questão. Apenas reflete a dificuldade de certos juristas em reconhecer o novo. Algo pontual que produz nenhum efeito prático.

Os Tribunais ainda divergem sobre a questão do fim da separação no sistema. O TJMG assim decidiu²¹:

“A despeito da Emenda Constitucional n° 66/2010 ter efetivamente retirado o instituto da separação judicial do mundo jurídico, os efeitos jurídicos daquelas separações ocorridas anteriormente à entrada em vigor da referida Emenda subsistem. Os efeitos jurídicos, de fato e de direito, da separação judicial, devidamente homologados e concretizados de acordo com a legislação vigente à sua época continuarão regidos pela decisão judicial anterior, baseada, repita-se, na lei então em vigor.”

19 TJRS, AC n° 70042566018, j. 16.09.2011.

20 A entrevista completa se encontra no sítio da ARPEN (www.arpen.org.br) e tem por título “O divórcio demorou a chegar”.

21 “FAMÍLIA. SEPARAÇÃO JUDICIAL. RESTABELECIMENTO DA SOCIEDADE CONJUGAL. SUPERVENIÊNCIA DA EMENDA CONSTITUCIONAL N° 66/2010. POSSIBILIDADE. EFEITOS JURÍDICOS ADSTRITOS SOMENTE ÀS SEPARAÇÕES JUDICIAIS REQUERIDAS POSTERIORMENTE À SUA ENTRADA EM VIGOR. APLICAÇÃO, AO CASO CONCRETO, DO DISPOSTO NO ART. 46 DA LEI N° 6.515/77. PROVIMENTO DO RECURSO. (TJMG, 0643791-84.2010.8.13.0000, Rel. Des. Geraldo Augusto, data do julgamento 01.02.2011)”

Já o TJRS, seguindo a orientação de Luis Felipe Brasil Santos, concluiu²²:

“1. A aprovação da Emenda Constitucional nº 66/2010, ao dar nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, efetivamente suprimiu, do texto constitucional, o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos. 2. Não houve, porém, automática revogação da legislação infraconstitucional que regulamenta a matéria. Para que isso ocorra, indispensável seja modificado o Código Civil, que, por ora, preserva em pleno vigor os dispositivos atinentes à separação judicial e ao divórcio. Inteligência do art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil.”

O próprio Tribunal de Minas Gerais, em outro feito, entendeu que

“a nova ordem constitucional apenas permitiu às partes optarem pela forma de pôr fim à vida em comum, ou seja, o divórcio não está mais condicionado à comprovação de anterior separação de fato ou judicial. As disposições contidas no Código Civil e na Lei nº 6.515/77 continuam, no entanto, vigorando e tendo aplicabilidade. Neste sentido, embora a EC nº 66/2010 tenha conferido nova redação ao art. 226, § 6º, da CF, permitindo a dissolução do casamento a qualquer tempo, sem a exigência de prazo mínimo após a formalização do casamento, as regras contidas no art. 40 da Lei nº 6.515/77 e no Código Civil continuam tendo aplicabilidade na parte em que não contradizem a nova ordem constitucional. As disposições infraconstitucionais referidas não foram revogadas pelo novo dispositivo constitucional.”²³

Já o TJDF seguiu a orientação da extinção da separação de direito:

“A aprovação da PEC nº 28 de 2009, que alterou a redação do art. 226 da Constituição Federal, resultou em grande transformação no âmbito do direito de fa-

22 APELAÇÃO CÍVEL. SEPARAÇÃO JUDICIAL. PEDIDO DE CONVERSÃO EM DIVÓRCIO. IMPOSSIBILIDADE. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010. NOVA REDAÇÃO AO § 6º DO ART. 226 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. VIGÊNCIA DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL (ART. 1.580 DO CÓDIGO CIVIL). REQUISITOS PRESERVADOS, POR ORA. (Apelação Cível nº 70039476221, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 13.01.2011) e “SEPARAÇÃO JUDICIAL. VIABILIDADE DO PEDIDO. NÃO OBRIGATORIEDADE DO DIVÓRCIO PARA EXTINGUIR A SOCIEDADE CONJUGAL. 1. A Emenda Constitucional nº 66 limitou-se a admitir a possibilidade de concessão de divórcio direto para dissolver o casamento, afastando a exigência, no plano constitucional, da prévia separação judicial e do requisito temporal de separação fática. 2. Essa disposição constitucional evidentemente não retirou do ordenamento jurídico a legislação infraconstitucional que continua regulando tanto a dissolução do casamento como da sociedade conjugal e estabelecendo limites e condições, permanecendo em vigor todas as disposições legais que regulamentam a separação judicial, como sendo a única modalidade legal de extinção da sociedade conjugal, que não afeta o vínculo matrimonial. 3. Somente com a modificação da legislação infraconstitucional é que a exigência relativa aos prazos legais poderá ser afastada. Recurso provido. (Agravo de Instrumento Nº 70039285457, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Rel. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 29.10.2010)”

23 A conclusão do julgado foi a seguinte: “como no recurso de apelação as partes manifestaram a vontade da conversão da separação em divórcio, não é razoável extinguir o processo nos termos do art. 267, VI, nem impor às partes a restrição constante no art. 264 do CPC, uma vez que não houve inovação do pedido no curso do processo (...). Assim, à luz do princípio da razoabilidade, da celeridade e da economia processuais, bem como da efetividade do processo, deve o Juiz proporcionar às partes a oportunidade de emendarem a inicial, adaptando-se o pedido ao novo comando constitucional – EC nº 66/2010.” (7ª Câmara Cível, número 0003703-20.2010.8.13.0011, Rel. Des. Wandre Marotta, j. 09.11.2010).

mília ao extirpar do mundo jurídico a figura da separação judicial. A nova ordem constitucional introduzida pela EC nº 66/2010, além de suprimir o instituto da separação judicial, também eliminou a necessidade de se aguardar o decurso de prazo como requisito para a propositura de ação de divórcio. Tratando-se de norma constitucional de eficácia plena, as alterações introduzidas pela EC nº 66/2010 têm aplicação imediata, refletindo sobre os feitos de separação em curso.”²⁴

Apesar da controvérsia, para nós, o banimento do sistema da separação gera imediata mudança em alguns artigos do Código Civil que passarão por uma leitura excluindo os termos “separação judicial” ou “separado judicialmente”, mas continuarão a produzir efeitos quanto a seus demais aspectos. São eles: arts. 10, 25, 792, 793, 980, 1.562, 1.571, § 2º, 1.580, 1.583, 1.584, 1.597, 1.632, 1.683, 1.775 e 1.830.

Já outros dispositivos estão definitivamente condenados e devem ser considerados extirpados do sistema. São eles: arts. 27, I, 1.571, III, 1.572, 1.573, 1.574, 1.575, 1.576, 1.577 e 1.578.

Com a mudança constitucional e o desaparecimento do instituto da separação de direito, o divórcio será, ao lado da morte e da invalidade, a forma de se chegar ao fim do casamento (o que inclui o vínculo e a sociedade conjugal). Ademais, é de se frisar que, em termos práticos, a separação já caiu em desuso²⁵.

Assim, as ações em curso de separação judicial (seja consensual ou litigiosa) devem ser extintas sem julgamento do mérito, por impossibilidade jurídica superveniente do pedido, salvo se já houver sentença prolatada ou se as partes concordarem com a conversão em divórcio²⁶.

24 6ª turma Cível, Ap. nº 2010.01.1.064251-3, Relª. Desª. Ana Maria Duarte Amarante Brito, j. 29.10.2010.

25 Os dados são do IBGE. A taxa geral de separação em 2010 teve queda significativa, chegando a 0,5% (0,5 separações para cada mil pessoas de 20 anos ou mais), o menor índice da série. Em pouco tempo a importância da separação será a mesma da anticrese: nenhuma.

26 Entendendo ser possível a conversão da separação em divórcio, em razão do desaparecimento da primeira em decorrência da Emenda nº 66 temos: “CIVIL. DIVÓRCIO LITIGIOSO. EXTINÇÃO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. ART. 267, INCISO VI, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL. EC Nº 66/2010. SUPRESSÃO DO INSTITUTO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL. APLICAÇÃO IMEDIATA AOS PROCESSOS EM CURSO. A aprovação da PEC nº 28, de 2009, que alterou a redação do art. 226 da Constituição Federal, resultou em grande transformação no âmbito do direito de família ao extirpar do mundo jurídico a figura da separação judicial. A nova ordem constitucional introduzida pela EC nº 66/2010, além de suprimir o instituto da separação judicial, também eliminou a necessidade de se aguardar o decurso de prazo como requisito para a propositura de ação de divórcio. Tratando-se de norma constitucional de eficácia plena, as alterações introduzidas pela EC nº 66/2010 têm aplicação imediata, refletindo sobre os feitos de separação em curso. (TJDF, Processo 2010.01.1.064251-3, Relª Ana Maria Duarte Amarante Brito, j. 29.09.2010)”. Importante transcrever as razões do julgado, conforme voto da Relatora: “Há vezes a sustentar que, com a extinção da separação judicial, os processos que tenham esse objetivo devam ser igualmente extintos, por perda superveniente do seu objeto (art. 267, inciso VI, do CPC). Todavia, o princípio da razoabilidade permite ao juiz condutor do feito que conceda às partes (no procedimento litigioso) ou aos interessados (no procedimento de jurisdição voluntária) prazo para que adaptem seu pedido, postulando o divórcio no lugar da separação. Nesse caso, não seria jurídico impor às partes a restrição constante do art. 264 do CPC, sobretudo, porque não se trata de inovação do pedido no curso do processo, em eventual desrespeito ao princípio da boa-fé objetiva. Cuida-se, a rigor, de supressão da base normativa que conferia sustentação jurídica ao pedido formulado, sendo necessário adaptar o pedido à nova ordem jurídico-constitucional a fim de que se dê ao processo máxima efetividade”.

Se houver medida cautelar de separação de corpos em que houve concessão de liminar, e posteriormente foi proposta ação de separação que está em curso, permite-se a aplicação do princípio da fungibilidade, podendo tais ações serem convertidas em ações de divórcio, já que sua simples extinção pode trazer prejuízos irremediáveis às partes.

A partir da aprovação da Emenda, os Tabelionatos de Notas não podem mais lavrar Escrituras Públicas de Separação Consensual, pois estas padecerão de vício de nulidade absoluta, por infração ao texto constitucional. Apesar de nossa opinião, perceba o leitor que a questão também é polêmica. Isso porque a Resolução nº 35 do CNJ que disciplina a aplicação da Lei nº 11.441/07 (que criou a separação e divórcio na modalidade extrajudicial) foi alterada, mas o instituto da separação de direito não foi abolido.

Façamos uma comparação da Resolução nº 35 do CNJ em sua redação original e de sua atual redação após a alteração decorrente da Resolução nº 120 do CNJ de setembro de 2010. O art. 53 da Resolução afirmava: “a declaração dos cônjuges não basta para a comprovação do implemento do lapso de dois anos de separação no divórcio direto. Deve o tabelião observar se o casamento foi realizado há mais de dois anos e a prova documental da separação, se houver, podendo colher declaração de testemunha, que consignará na própria escritura pública. Caso o notário se recuse a lavrar a escritura, deverá formalizar a respectiva nota, desde que haja pedido das partes neste sentido”. Tal dispositivo foi revogado pela Resolução nº 120.

Isso significa que entendeu o CNJ que a mudança constitucional afastou a necessidade do prazo de 2 anos para o divórcio direto consensual²⁷. Assim, também não subsiste a necessidade de se aguardar um ano para a conversão da separação em divórcio²⁸. Nesse sentido, as razões expostas pelo Conselheiro Jefferson Kravchychyn no pedido de providências nº 0005060-32.2010.2.00.0000: “divergem as interpretações doutrinárias quanto à supressão do instituto da separação judicial no Brasil. Há quem se manifeste no sentido de que o divórcio passa a ser o único meio de dissolução do vínculo e da sociedade conjugal, outros tantos, entendem que a nova disposição constitucional não revogou a possibilidade da separação, somente suprimiu o requisito temporal para o divórcio. Nesse passo, acatar a proposição feita, em sua integralida-

27 Contudo, de maneira contraditória, a Resolução nº 120 manteve o prazo de 1 ano de casamento como requisito para a separação consensual extrajudicial (art. 47. São requisitos para lavratura da escritura pública de separação consensual: a) um ano de casamento; b) manifestação da vontade espontânea e isenta de vícios em não mais manter a sociedade conjugal e desejar a separação conforme as cláusulas ajustadas; c) ausência de filhos menores não emancipados ou incapazes do casal; e d) assistência das partes por advogado, que poderá ser comum.)

28 O Provimento nº 27 do TJSJ, de agosto de 2010, acolhe a tese da manutenção do instituto da separação de direito após a Emenda nº 66.

de, caracterizaria avanço maior que o recomendado, superando até mesmo possível alteração da legislação ordinária, que até o presente momento não foi definida”.

Fica claro, contudo, que as pessoas anteriormente separadas de direito, quer por sentença, quer por escritura, não se encontram automaticamente divorciadas, pois seu estado civil não se alterou pela aprovação da Emenda²⁹ e, ainda, deverão se valer da conversão da separação em divórcio conforme explicaremos a seguir.

II.2 O DIVÓRCIO E SUAS MODALIDADES

O divórcio se dará de duas possíveis formas: divórcio consensual ou litigioso.

Deve-se frisar que sendo o divórcio consensual ou litigioso, este não terá como requisito qualquer prazo de casamento ou de separação de fato. O antigo prazo de um ano de casamento necessário para separação consensual (art. 1.574, *caput*, do CC) ou de dois anos de separação de fato para o divórcio direto (art. 1.580, § 2º, do CC) desaparecem do sistema e, portanto, no dia seguinte ao casamento qualquer um dos cônjuges pode, isoladamente, propor a ação de divórcio litigioso contra o outro.

Também se estiverem de acordo, podem os cônjuges propor a ação de divórcio consensual ou mesmo buscarem o Tabelionato de Notas para a lavratura da Escritura Pública.

Em inexistindo acordo, a modalidade litigiosa do divórcio permanece como possibilidade de se extinguir o vínculo. Contudo, o réu não terá qualquer tipo de defesa para alegar em seu favor. Não poderá discutir a culpa do cônjuge autor da ação, nem mesmo a questão de prazos de casamento ou de separação de fato, pois esta passou a ser irrelevante com a mudança constitucional.

Vislumbramos apenas a possibilidade de, por meio de reconvenção, o réu pedir a nulidade ou anulação de casamento se provar alguma causa de nulidade ou anulabilidade. Isso porque o réu pode demonstrar que o casamento não pode ser desfeito por divórcio (plano da eficácia), pois estava maculado por um vício que comprometia sua

29 “O estado civil daqueles que já eram separados judicialmente continua sendo o mesmo, pois não é possível simplesmente transformá-los em divorciados. Portanto, o estado civil ‘separado judicialmente/administrativamente’ continua existindo para aqueles que já o detinham quando o novo texto constitucional entrou em vigor. É uma situação transitória, pois, com o passar do tempo, naturalmente, deixará de existir. Caso queiram transformá-lo em estado civil de divorciado poderão, excepcionalmente, converter tal separação em divórcio ou simplesmente propor Ação de Divórcio, o que na prática tem o mesmo resultado. São exceções, necessárias e justificáveis, para compatibilizar e respeitar os princípios constitucionais da coisa julgada e do ato jurídico perfeito. Neste mesmo raciocínio poderão ainda usar a faculdade que lhes oferecia o art. 1.577 e a Lei nº 11.441/07: restabelecerem a sociedade conjugal. Obviamente que a partir daí já estarão submetidos às novas regras e princípios decorrentes da promulgação da PEC do divórcio.” (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. O Novo Divórcio no Brasil. In: Família e Responsabilidade – Teoria e Prática do Direito de Família. Magister: Porto Alegre, 2010, p. 471-472).

validade (plano da validade). Se a reconvenção for julgada procedente, o casamento será anulado e os cônjuges voltam ao estado de solteiros.

Cabe uma indagação: e se o autor da demanda cumular a ação de divórcio com pedido de alimentos, de regulamentação de visitas, danos morais, perda do sobrenome pelo cônjuge culpado e partilha de bens? A culpa será debatida na demanda? A resposta é dada com brilhantismo por Caetano Lagrasta Neto em decisão proferida pelo TJSP:

“As discussões restantes: nome, alimentos, guarda e visitas aos filhos, bem como a patrimonial, devem ser resolvidas, conforme ensinamentos de Cândido Rangel Dinamarco, em *‘cisão da sentença em partes, ou capítulos, em vista da utilidade que o estudioso tenha em mente. É lícito: a) fazer somente a repartição dos preceitos contidos no decisório, referentes às diversas pretensões que compõem o mérito; b) separar, sempre no âmbito do decisório sentencial, capítulos referentes aos pressupostos de admissibilidade do julgamento do mérito e capítulos que contêm esse próprio julgamento; c) isolar capítulos segundo os diversos fundamentos da decisão’* Capítulos de Sentença. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, p. 12) (TJSP, Agravo de Instrumento nº 990.10.357301-3, 8ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Caetano Lagrasta, j. 10 de novembro de 2010)”

Em outras palavras, o divórcio é decretado logo após a contestação. Por meio de sentença parcial (e não antecipação de tutela³⁰) decreta-se o divórcio e as demais questões seguem para eventual instrução probatória.

Sobre o tema, ensina Cândido Rangel Dinamarco que capítulos de sentença se conceituam como as partes em que ideologicamente se decompõe o decisório de uma sentença ou acórdão, cada uma delas contendo o julgamento de uma pretensão distinta. Para o autor, “considerando o estado atual da ciência, é melhor buscar capítulos de sentença exclusivamente na parte decisória (art. 458, III)” (*Instituições de Direito Processual Civil*, vol. 3, 6. ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2009, p. 965-700).

Em obra específica sobre o tema afirma Cândido Rangel Dinamarco que “é lícito: a) fazer somente a repartição dos preceitos contidos no decisório, referentes às diversas pretensões que compõem o mérito; b) separar, sempre no âmbito do decisório sentencial, capítulos referentes aos *pressupostos de admissibilidade* do julgamento do mérito e capítulos que contêm esse próprio julgamento; c) isolar capítulos segundo os diversos *fundamentos* da decisão” (*Capítulos de Sentença*, São Paulo, Malheiros Editores, 2002, p. 12).

A aplicação ao novo processo de divórcio é evidente. O juiz, a pedido do autor ou do réu, após a contestação, decreta o divórcio no primeiro capítulo da sentença e a demanda prossegue seu curso normal para a verificação dos demais pedidos, muitos

30 Os efeitos da decisão por capítulo ou da antecipação da tutela podem ser os mesmos, mas entendemos que podem faltar os requisitos necessários à antecipação nos termos do art. 273 do CPC.

dos quais necessitarão de longa e sofrida instrução probatória. Contra o capítulo da sentença cabe recurso de agravo e não apelação³¹.

A conclusão de Dinamarco é precisa para o tema que se estuda: “espera-se que os juízes e tribunais brasileiros, ainda em alguma medida arredios à teoria dos capítulos de sentença, se despojem dos preconceitos que os levam a essa postura e afinal se disponham a aplicá-la adequadamente sempre que for o caso” (Instituições, p. 965 e 700).

A ação de conversão de separação em divórcio (o chamado divórcio indireto) persiste no sistema para que as pessoas que atualmente não estão divorciadas possam romper o vínculo, já que a emenda constitucional não as transforma em divorciadas. Contudo, o prazo de 1 ano previsto para a conversão no *caput* do art. 1.580 do Código Civil não mais existe. Assim, imaginemos que o casal se separou judicialmente ou por escritura pública na véspera da promulgação da Emenda nº 66. No dia seguinte, tais pessoas podem se valer da conversão sem necessidade de observância de qualquer prazo.

Deve-se concluir a questão que a Emenda nº 66 não acabou com a noção de sociedade conjugal que permanece intacta no sistema. Ao se casar, surgem a sociedade conjugal e o vínculo. Contudo, se antes era possível terminar-se com a sociedade, mas manter-se o vínculo, atualmente, a sociedade conjugal e o vínculo terminam simultaneamente com o divórcio.

A Emenda não altera o conceito ou a existência de uma sociedade conjugal, mas muda apenas a forma de sua extinção.

II.3 A MEDIDA CAUTELAR DE SEPARAÇÃO DE CORPOS

Como se sabe, o sistema processual permite a propositura de medida cautelar de separação de corpos em duas situações.

31 “É inteiramente equivocado falar em *extinção parcial do processo*, ou em sua extinção em relação a alguma das partes ou a um dos pedidos. O processo é sempre um só, não obstante a eventual existência de um litisconsórcio, ou de um cúmulo de pedido, de uma reconvenção, de uma denúncia da lida, etc. As razões que o art. 267 do Código de Processo Civil aponta como fatores de extinção do processo só produzem realmente essa extinção quando incidirem sobre todo o seu objeto e sobre todos os sujeitos litigantes. Havendo algum resíduo, o que o art. 267 não levou em consideração, o processo prossegue e não é próprio falar em sua ‘extinção parcial’, porque essa linguagem se apoia no falso pressuposto de uma dualidade ou pluralidade de processos, o que é inteiramente equivocado; se houvesse realmente uma extinção, ainda que parcial, o ato extintivo seria sentença (art. 162, § 1º) e recurso adequado contra essa estranha ‘sentença’ proferida no curso do procedimento seria a apelação e não o agravo (art. 513) – o que põe em destaque o absurdo desse pensamento.” (*Capítulos de Sentença*, São Paulo, Malheiros Editores, 2002, p. 82).

No sistema tradicional, se os cônjuges estivessem de comum acordo quanto ao fim do casamento, mas ainda não tivessem o prazo de 1 ano de casamento necessário à separação consensual, poderiam propor uma medida cautelar consensual para, após decurso do prazo em questão, se valerem da ação principal de separação judicial. Tratava-se de cautelar satisfativa. Tal possibilidade acabou³².

Como não há mais o prazo de 1 ano como requisito para o fim da sociedade conjugal (art. 1.574), a medida cautelar passou a ser desnecessária e inútil e caberá aos cônjuges a propositura de divórcio consensual.

Todavia, a medida cautelar de separação de corpos pode ser litigiosa, ou seja, quando em caso de risco à segurança de um dos cônjuges ou dos filhos, o juiz liminarmente afasta o outro do lar conjugal. Nessa hipótese, após 30 dias de concessão da liminar, caberá ao requerente propor a ação de divórcio e não mais de separação, pois esta desapareceu do sistema. O fundamento será o fim do casamento e não haverá debate de culpa.

Na situação *supra*, em havendo liminar concedida e ação de separação já proposta, mas não sentenciada, admite-se que a ação principal seja convertida em ação de divórcio. Afinal, sua simples extinção sem julgamento do mérito geraria, por consequência, extinção da cautelar, e os prejuízos ao cônjuge requerente seriam manifestos.

A propositura de divórcio após a concessão de liminar em cautelar de separação de corpos não é novidade no sistema, pois em que pesem as controvérsias, os julgados já admitiam tal situação antes mesmo da aprovação da Emenda em questão.

II.4 A CULPA ACABOU NO DIREITO DE FAMÍLIA?

A delicada resposta depende do alcance da pergunta. A culpa acabou para fins de se impedir o fim do vínculo conjugal? A resposta é afirmativa. Acabou o afeto, acabou a comunhão de vidas, acabou o casamento. Após a mudança constitucional, não mais se poderá debater a culpa como forma de protelar a decisão que põe fim ao casamento. Exatamente por isso, conforme já esclarecemos, o divórcio se decreta imediatamente após a contestação por meio de sentença parcial, pois a culpa não terá condão de impedi-lo.

32 Essa parece ser a orientação mais lógica de acordo com o novo valor constitucional. Contudo, cabe uma digressão. Surgem algumas questões trazidas pelos que defendem a manutenção da separação de direito no sistema, tais como: “como fica a situação das pessoas que, eventualmente, não estejam certos do divórcio, ou que por motivos religiosos não aceitem o divórcio?”. Para estes, poder-se-ia admitir a possibilidade de permanência no sistema da separação consensual de corpos (cautelar não satisfativa e que põe fim os deveres do casamento e ao regime de bens) que, um dia, por vontade dos cônjuges, pode ser convertida em divórcio.

O divórcio será concedido e o processo não comportará debates em torno do motivo do fim do casamento. A culpa de um ou ambos os cônjuges para a dissolução do vínculo ou para o fim da comunhão de vidas passa a ser irrelevante.

O debate em torno da culpa, que anteriormente impedia a extinção célere do vínculo e sujeitava, desnecessariamente, os cônjuges a uma dilação probatória das mais lentas e sofridas acabou definitivamente.

Isso significa que a culpa não mais poderá ser debatida nas ações de direito de família?

Não. E ao leitor que não fique a impressão que a culpa desapareceu do sistema, ou que simplesmente se fará de conta (no melhor estilo dos contos de fada) que o cônjuge não praticou atos desonrosos contra o outro, que não quebrou seus deveres de mútua assistência e fidelidade, etc.

Não se trata de permitir irresponsabilidade do cônjuge. Só que a partir da emenda constitucional, a culpa será debatida no *locus* adequado em que surtirá efeitos: a ação autônoma de alimentos ou eventual ação de indenização promovida pelo cônjuge que sofreu danos morais, materiais ou estéticos.

O leitor pode estar se perguntando qual é a vantagem da mudança introduzida quando da aprovação da Emenda nº 66. A mudança é evidente e espetacular. O divórcio se dará de maneira célere e com um único ato (seja uma decisão judicial ou escritura pública nos casos admitidos pela Lei nº 11.441/07) o casamento estará desfeito e os antigos cônjuges podem, agora, divorciados, buscar, em nova união ou casamento, a felicidade que buscaram outrora na relação que se dissolve.

Assim, livres para buscarem sua realização pessoal e felicidade, se necessário, que passem anos discutindo a *culpa* em uma morosa ação de alimentos ou de indenização por danos morais.

Sim, discuta-se a culpa, mas não mais entre cônjuges (presos por um vínculo indesejado) e sim em ações autônomas, entre ex-cônjuges.

II.4.1 CULPA E ALIMENTOS

Então cabe uma pergunta: se houver descumprimento dos deveres do casamento, tais como fidelidade recíproca, mútua assistência moral e material, qual será a sanção imposta ao cônjuge culpado?

A sanção se dará em matéria de alimentos. Isso porque não acreditamos que o art. 1.704, parágrafo único, do Código Civil tenha sido revogado ou alterado pela Emenda Constitucional. Na ação de alimentos, há uma sanção ao cônjuge que des-

cumprir seus deveres conjugais, qual seja, a perda dos alimentos que lhe garantiriam a manutenção do padrão de vida até então existente. O cônjuge culpado continua sendo punido em termos alimentares e só receberá os alimentos mínimos à manutenção se não puder prover seu sustento, nem tiver familiares que possam provê-lo.

A regra é vetusta e anacrônica, porque os alimentos decorrem do direito à vida e, portanto, equivoca-se o Código Civil ao criar relação direta entre alimentos e culpa.

Tal debate deverá ocorrer na ação de alimentos em que marido e mulher são partes, o que não afetará em nada e não atrasará a decisão do divórcio³³.

A questão, contudo, não é pacífica. Como bem lembra Flávio Tartuce duas correntes bem definidas sobre o tema já surgem na doutrina. Para a primeira corrente, a culpa persiste para todos os fins, inclusive para os alimentos (corrente encabeçada por Regina Beatriz Tavares da Silva). Para a segunda corrente, liderada pelos grandes expoentes do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), a culpa não pode ser discutida para dissolver o casamento em hipótese alguma (nesse sentido: Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Rodrigo da Cunha Pereira, Maria Berenice Dias, Paulo Lôbo, Rolf Madaleno, entre outros)³⁴.

II.4.2 CULPA E INDENIZAÇÃO

Também não se pode afirmar que caso um dos cônjuges cause danos ao outro, a culpa não poderá ser debatida em ação indenizatória. Isso porque se houver ofensas físicas ou morais, agressão ao direito de personalidade, o cônjuge culpado responderá civilmente.

O inocente, vítima do dano, terá assegurado seu direito à indenização cabal.

33 “Ousamos destacar que a possibilidade de discussão sobre a culpa persiste se houver pedido de alimentos entre os cônjuges, sendo que tal pedido não deve obstar a decretação do divórcio. A ação deve ter continuidade em relação a tal pedido de alimentos, ou, conforme o caso, ser discutido em ação própria, se assim tiver sido proposto”. O DIVÓRCIO, NO BRASIL, À LUZ DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010, Ana Carolina Lucena Freitas Sindeaux, Daniel Cabral Fagundes e Thales Menezes de Farias (In: http://www.mp.rn.gov.br/revistaeletronicampm/gerenciador/revistafiles/revistaeletronicadomprn_o_divorcio_no_brasil_a_luz_da_emenda_constitucional_66.pdf – consulta em 11 de abril de 2011).

34 O autor, contudo, filia-se a uma terceira corrente que admite a discussão da culpa em casos excepcionais, tais como transmissão de doenças sexuais entre os cônjuges, atos de violência e engano quanto à prole (A PEC DO DIVÓRCIO. VERDADEIRA REVOLUÇÃO NO DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO. BREVES COMENTÁRIOS. Disponível em: <<http://professorflaviotartuce.blogspot.com/2010/07/pec-do-divorcio-verdadeira-revolucao-no.html>>. Acesso em: 11 abr. 2011). Rolf Madaleno efetivamente entende que culpa e alimentos são institutos incompatíveis entre si: os alimentos sempre tiveram destinação específica de subsistência do parceiro desprovido de recursos próprios para a sua manutenção, não se confundindo jamais como paga indenizatória decorrente do rompimento culposo do casamento, muito embora, mas sem-razão, alguns textos de doutrina negassem a indenização dos danos derivados da separação culposa por considerá-los cobertos com a pensão alimentícia em favor do inocente. (*Curso de Direito de Família*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 187)

Novamente, a questão não poderá ser discutida na ação de divórcio (da qual a culpa foi banida) e será objeto de ação indenizatória perante as varas cíveis, o que não impedirá a decretação de segredo de justiça a ser requerido pelas partes.

Sim, discuta-se a culpa, mas não mais entre cônjuges (presos por um vínculo indesejado) e sim em ações autônomas, entre ex-cônjuges.

II.4.3 CULPA E SOBRENOME

Uma questão pode ainda gerar dúvidas na doutrina: a questão da perda do sobrenome pelo cônjuge culpado. Isso porque determina o art. 1.578 do Código Civil que

“O cônjuge declarado culpado na ação de separação judicial perde o direito de usar o sobrenome do outro, desde que expressamente requerido pelo cônjuge inocente e se a alteração não acarretar:

I – evidente prejuízo para a sua identificação;

II – manifesta distinção entre o seu nome de família e o dos filhos havidos da união dissolvida;

III – dano grave reconhecido na decisão judicial.”

Então surge a pergunta: se a culpa deixar de ser discutida na ação de separação judicial, como se dará a perda do sobrenome? Algumas ponderações, ainda que iniciais e sujeitas à crítica, devem ser feitas.

A perda do sobrenome em decorrência da culpa é algo que, em princípio, fere direito de personalidade. O direito ao nome, por contar com a proteção direta do Código Civil, e indireta na Constituição Federal (art. 5º), conta com hierarquia e características (irrenunciabilidade, imprescritibilidade) que o imunizam contra a conduta culposa do agente. Em suma, para tal mister, é irrelevante a conduta culposa do cônjuge.

Na realidade, a perda de uso do sobrenome comporta exceções amplíssimas, exatamente para a proteção do direito de personalidade. Assim vejamos.

Não haverá perda se houver evidente prejuízo para a identificação do cônjuge culpado. É o caso de pessoas de renome que são conhecidas no meio em que trabalham ou convivem. Assim, poucas pessoas conhecem Marta Teresa Smith de Vasconcelos, mas certamente muitos conhecem Marta Suplicy, que recebeu o sobrenome a partir de seu casamento com o Senador Eduardo Suplicy em 1964. Ainda que a ex-prefeita e ministra tenha tido culpa quando do fim do casamento, poderia ela perder o direito de uso do sobrenome? O sobrenome Suplicy é dela ou apenas

de seu ex-marido Eduardo? Podemos lembrar outras pessoas; Lucinha Lins (nascida Lúcia Maria Werner Vianna cujo Lins veio com o casamento compositor e cantor Ivan Lins); Lygia Fagundes Telles (que nasceu Lygia de Azevedo Fagundes e tornou-se Telles quando do casamento com o Eminentíssimo Professor e Jurista Gofredo da Silva Telles Jr. no ano de 1950).

Ainda, não haverá a perda do uso do sobrenome do inocente, se houver manifesta distinção entre o seu nome de família e o dos filhos havidos da união dissolvida. Há casos em que o filho tem apenas o sobrenome paterno e não o materno. Se a esposa culpada perder o direito de uso do sobrenome do marido, haveria nítida distinção o que poderia gerar eventualmente prejuízos aos filhos.

Por fim, não há perda se houver dano grave reconhecido na decisão judicial. A locução é amplíssima e a ofensa a um direito de personalidade, em meu sentir, é um dano grave.

Em resumo, o cônjuge culpado não perde o direito de usar o “sobrenome do outro”, porque, na realidade, o sobrenome é seu mesmo, já que passou a integrar seu nome quando do casamento. Trata-se de nome próprio e não de terceiros. A perda do sobrenome em decorrência da culpa é anacronismo, que revela afronta ao direito de personalidade, e que chegará ao fim em boa hora.

Assim, a questão do sobrenome não será obstáculo ao fim do debate da culpa em ação de extinção de vínculo conjugal.

II.4.4 CULPA E SUCESSÕES

Uma das sanções que o Código Civil traz ao cônjuge culpado, diante da literalidade da lei, diz respeito ao direito das sucessões. Assim determina o Código Civil que:

“Art. 1.830. Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente.”

Seria o prazo de dois anos previsto no art. 1.830 como requisito para pôr fim à relação sucessória entre cônjuges em decorrência do art. 226, § 6º, da CF que o previa como requisito para o divórcio direto? Para se entender o motivo da escolha do prazo de dois anos como suficiente para pôr fim às relações sucessórias e responder a questão que se formula, é necessária uma digressão histórica.

O art. 2.043 do Anteprojeto de 1972 assim dispunha:

“Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente, se, ao tempo da morte do outro, não estavam desquitados, nem separados de fato há mais de cinco anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente”

Em idêntico sentido, o art. 2.022 do Anteprojeto de 1973, o art. 1.877 do Projeto 634 de 1975 e o art. 1.853 do Projeto Câmara nº 118 de 1984. O prazo de cinco anos, então, foi repetido por longo período de tempo, enquanto tramitava o Projeto de Código Civil.

Note-se que em 1977, quando após longa luta aprovou-se a Emenda Constitucional nº 9, que extirpou do texto constitucional a indissolubilidade do casamento, previa-se que o prazo para o divórcio direto era de cinco anos³⁵. Seria mera coincidência todos os textos supramencionados se utilizarem do prazo de cinco anos para se colocar fim às relações sucessórias entre cônjuges ou estes cinco anos eram considerados um prazo harmônico à luz da Constituição de então?

Fato é que responder que se trata de mera coincidência é argumento que cai por terra com o ocorrido posteriormente. Quando, após longos anos de descanso no Congresso Federal, o Projeto nº 118 de 1984 volta a debate, o art. 1.853 sofre alteração por força de emenda do Senador Josapha Marinho de número 473-R. Assim, no ano de 1997, quando já vigente a nova ordem constitucional, sugeriu o Senador o seguinte: “onde se diz ‘nem separados de fato há mais de cinco anos’, diga-se ‘nem separados de fato há mais de dois anos’”.

O motivo da Emenda evidencia a completa e indissociável relação entre o prazo de separação de fato necessário à dissolubilidade do vínculo conjugal e o prazo de extinção da relação sucessória entre cônjuges.

Afirma Josapha Marinho que, “consoante o art. 1.853 ‘somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente, se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de cinco anos’. Mas se a Constituição estabelece que ‘o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos’ (art. 226, § 6º) – não há razão de fixar-se o prazo de cinco anos para reconhecimento de direito sucessório”.

Em suma, o prazo de dois anos presente no art. 1.830 do Código Civil é decorrência direta do texto da Constituição antes da Emenda nº 66. Nessa premissa há uma lógica irretorquível. A sucessão legítima decorre de vínculo de parentesco ou do

35 Nesse sentido, o art. 2º da Emenda Constitucional nº 9: “a separação, de que trata o § 1º do art. 175 da Constituição, poderá ser de fato, devidamente comprovada em Juízo, e pelo prazo de cinco anos, se for anterior à data desta emenda”.

casamento ou da união estável. A noção de família e as regras do direito de família são fundamentais para a compreensão da sucessão legítima. O sistema se revelaria curiosamente estranho se previsse um prazo para a possibilidade de divórcio direto e outro diverso para a perda da qualidade de herdeiro do cônjuge.

Buscando-se a teleologia da regra, resta claro que o prazo de dois anos previsto no art. 1.830 mantinha estreita relação com o prazo necessário ao divórcio direto (art. 1.580, § 2º, que decorria da redação original do art. 226, § 6º, da CF). Quem já tinha tempo suficiente de separação de fato a permitir o divórcio direto, perdia a qualidade de herdeiro.

A partir de agora, basta que tenha havido a separação de fato³⁶ para que possa ocorrer o divórcio, já que a Emenda nº 66 suprimiu os prazos contidos no § 6º do art. 226 da CF e, portanto, a leitura do art. 1.830 deve ser outra a partir de 14 de julho de 2010. Qualquer separação de fato implica perda de direito sucessório, sem que se exija lapso temporal de dois anos.

Ainda, deve-se frisar que o debate da culpa permitia que apesar da separação de fato ter ocorrido há mais de dois anos, ainda houvesse participação sucessória se o cônjuge viúvo provasse que a separação de fato se deu por culpa do falecido.

O dispositivo sofria fortes críticas doutrinárias por permitir ao cônjuge supérstite que imputasse culpa ao falecido, gerando aos herdeiros o ônus de defendê-lo, muitas vezes sem terem conhecimento dos fatos ou sequer saberem os reais motivos da separação de fato. A discussão da culpa, criticada em matéria de direito de família, era absolutamente impertinente em matéria sucessória³⁷. Aliás, se analisada a história do atual Código Civil, percebe-se que essa crítica é bastante antiga. Tancredo Neves, em setembro de 1975, exercendo mandato de Deputado Federal, nas Emendas oferecidas em Plenário (Emenda nº 1.019) afirmava que a parte final do art. 1.877³⁸ do Projeto nº 634/75 deveria ser suprimida:

“A exclusão da vocação hereditária do cônjuge separado de fato, porém não desquitado, há mais de cinco anos, sem culpa presumida, envolve situação de prova difícil de ser produzida, além de conferir a situação jurídica não prevista, qual seja, a do

36 Não seria necessário frisar, mas é bom que se diga, que separação de fato não significa que os cônjuges não residem sob um mesmo teto. Podem, perfeitamente, por motivos de opção ou de trabalho, os cônjuges residirem em lugares diferentes sem que isto implique separação de fato. Explicamos. Separação de fato ocorre quando há o fim da comunhão plena de vidas. O argumento pelo qual se, em uma briga, o marido sai de casa e passa uma noite no hotel, haveria separação de fato, é injustificado e pueril. Não há quebra da comunhão de vida no primeiro desentendimento.

37 Esta culpa recebe o nome de culpa mortuária ou *post mortem*.

38 “Art. 1.877. Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente, se, ao tempo da morte do outro, não estavam desquitados, nem separados de fato há mais de cinco anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente”.

cônjuge separado em suspensão do vínculo. Ressalto ser de grande inconveniência a manutenção do preceito”.

Com a emenda constitucional, a culpa é abolida do debate relativo à extinção do vínculo (já que no divórcio não há espaço para tal debate) e, logo, também desaparece no campo sucessório, pois se é irrelevante o motivo que levou o casamento acabar. Se tal motivo sequer pode ser abordado para impedir o fim do vínculo, motivos não há para sua discussão após a morte de um dos cônjuges.

Em conclusão, qualquer debate de prazos ou de culpa perdeu o objeto em matéria sucessória. Portanto, entendemos que o dispositivo de lei passa ser lido da seguinte maneira após 14 de julho de 2010:

“Art. 1.830. Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados de direito ou de fato”.

III – NOTAS CONCLUSIVAS

As reflexões que fizemos, longe de conclusivas, são um convite para o debate. Não pretendemos esgotar o tema, mas apenas alertar os leitores para sua importância. De qualquer forma, duas questões ficam cada vez mais claras, conforme o tempo passa.

A primeira é que a separação de direito caiu no mais completo desuso, porque efetivamente a ideia de se separar para depois se divorciar, tendo em vista um possível arrependimento, se revelou mais adequada às páginas da ficção que da realidade brasileira (*vide* os dados do IBGE supratranscritos)³⁹.

Assim, ainda que parte expressiva, porém minoritária, da doutrina tenha resistido à ideia de fim da separação de direito, a realidade demonstra o acerto de nosso raciocínio: a separação como meio para um fim (divórcio) não tinha qualquer razão de ser. Ademais, a norma constitucional é autoaplicável e independe de regulamentação.

A segunda é a seguinte. Tendo em vista que o Poder Judiciário tem apoiado (não de maneira unânime) a tese pela qual a separação de direito acabou no Brasil, verifica-se que os advogados passaram a se valer da ação de divórcio (e não mais de separação) para requerer não só a extinção do vínculo como também para cumular pedidos de guarda e visita de filhos, de indenização por dano moral, de partilha de bens, etc.

39 Reforça os dados do IBGE a experiência empírica e sem valor científico. Em nossos cursos de especialização, mormente em direito notarial e registral, os alunos informam que simplesmente deixaram de fazer separações de direito por opção do casal.

Nessa hipótese, cabe ao juiz efetivamente citar o réu e, então, se não houver pedido de anulação de casamento, decretar o divórcio por uma sentença parcial (capítulo de sentença nas lições de Dinamarco), e depois prosseguir a demanda quanto aos demais pedidos. O que se percebe é que, de qualquer maneira, a culpa não mais será motivo de manter um vínculo que de direito existe, mas que de fato é mero sonho de uma sombra.

DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS: O DIREITO AO ABORTO LEGAL E SEGURO

*Leila Linhares Barsted**

“O corpo das mulheres é um território em disputa, marcado pelo poder de domínio de um sistema patriarcal que historicamente dele usufruiu, apropriando-se de seu potencial produtivo e reprodutivo. Este sistema, transversal a todas as sociedades, determina que ainda na primeira década do século XXI as mulheres continuem sem a autonomia suficiente para adotar decisões livres, responsáveis e informadas sobre seu território corporal, o que obstaculiza seu reconhecimento como sujeitas de direitos e afeta sua vida e saúde.”¹ (Comunica Rede, 2008)

“Não podemos apagar a existência da diferença sexual, podemos apenas lutar contra o arbítrio da interpretação social quando esta conduz a uma privação de direitos e de liberdade.”² (Colette Chiland)

“Vamos obter um direito que ninguém quer usar, mas de qualquer modo nos é devido (...); perspectiva que ninguém deseja para si, mas liberdade de que, surgindo a necessidade, ninguém nos pode razoavelmente privar.”³ (Carmen da Silva, 1983)

SUMÁRIO: Introdução. Marcos Legal e Doutrinário. Saúde Sexual e Reprodutiva. Os Direitos Sexuais e Reprodutivos no Brasil: o Direito à Situação da Interrupção Voluntária da Gravidez. Conclusões.

INTRODUÇÃO

Falar sobre direitos sexuais e reprodutivos, em especial sobre o direito ao aborto legal e seguro, importa reconhecer os obstáculos para a sua concretização. De fato, historicamente, o controle da reprodução e da sexualidade sempre esteve

* Advogada, diretora da CEPIA – Cidadania, Estudo, Pesquisa, Informação e Ação; Membro do Comitê de Especialistas da OEA para o Monitoramento da Convenção de Belém do Pará.

1 Texto publicado pela Comunica Rede, em 28 de maio de 2008, por ocasião do Dia Internacional de Ação pela Saúde das Mulheres Campanha pelo Exercício dos Direitos Sexuais e dos Direitos Reprodutivos. Ver o *site* da Rede Feminista <www.redesaude.org.br>.

2 CHILAND, Colette. *O sexo conduz o mundo* (2005). Rio de Janeiro: Companhia de Freud.

3 Trecho de artigo de Carmen da Silva, escritora feminista, na coluna A Arte de Ser Mulher, da *Revista Cláudia*, de 26 de junho de 1983.

presente no ordenamento jurídico brasileiro como garantidor da constituição da família heterossexual e da procriação “legítima”, por meio da exigência explícita da virgindade feminina e da sujeição dos cônjuges, em especial da mulher, ao débito conjugal. Tal controle levou à criminalização de um conjunto de comportamentos considerados “atentatórios” à família, como o adultério, por exemplo, e acarretou a criminalização da prática do aborto. Somente na década de 2000, o legislador retirou do Código Penal o crime de adultério, mantendo, no entanto, a criminalização do aborto voluntário, exceto quando a gestação representar risco para a vida da gestante ou for consequência de violência sexual. Assim, tem o Brasil, uma das mais severas legislações criminalizadoras da interrupção voluntária da gravidez⁴.

Até a década de 1990, quase toda a referência às questões da sexualidade no direito brasileiro estava presente em leis ou artigos de leis relativos à família, ficando claro que, no ordenamento jurídico, apesar dos avanços da Constituição Federal de 1988, o campo da sexualidade ainda está subjugado ao da reprodução⁵. Essa percepção nos permite compreender a importância do modelo, ainda tradicional, de família no Brasil não apenas no direito, mas, principalmente, no marco de uma cultura permeada pelo autoritarismo e pelo sexismo e ainda refratária ao reconhecimento *de fato* da cidadania das mulheres e de todos os direitos dela decorrentes⁶.

A partir das últimas décadas, esse quadro normativo passou a ser questionado pelos movimentos de mulheres que têm apresentado um conjunto de demandas relativas à extensão de direitos no campo da saúde sexual e reprodutiva, à proteção contra violações de direitos, em especial contra a violência sexual; à descriminalização de comportamentos considerados ilícitos pela influência de forte componente de moral religiosa, especialmente o aborto; a novos direitos civis no campo da família, dentre outros.

Tais demandas têm como fundamentos legais os princípios previstos no art. 5º da Constituição Federal, a garantia mais forte de proteção dos direitos individuais. O potencial revolucionário desses princípios deve iluminar as demandas por direitos sexuais e reprodutivos, tendo em vista que provocam a ampliação conceitual desses direitos constitucionalmente declarados tais como o direito à autonomia, à privacidade e à intimidade.

4 A legislação brasileira coloca-se ao lado da lei do Sudão e contra a posição da maioria de países, dentre os quais Canadá, EUA, Reino Unido, Suécia, Áustria, França, Itália, Holanda, Bélgica, Grécia, Espanha, Romênia, Dinamarca, China, Cuba, Finlândia, Áustria, Japão, Coreia do Norte, Índia etc. Ver a esse respeito os arts. 124 a 128 do Código Penal Brasileiro.

5 Ver, a esse respeito, o Código Civil, o Código Penal e a Legislação Trabalhista.

6 Ver a esse respeito BARSTED, Leila Linhares (1998). Sexualidade e Reprodução: Estado e Sociedade. In: *Saúde Reprodutiva na América Latina e no Caribe*. São Paulo: 34. E (2005) Conquistas da Sexualidade no campo do Direito. In *Sexualidade, Gênero e Sociedade*, Ano XII, n. especial, Rio de Janeiro: CLAM/IMS/UERJ.

Nesse artigo, de forma sintética, destaco os marcos legal, doutrinário e conceitual que devem pautar o debate jurídico sobre direitos sexuais e reprodutivos, incluindo a descriminalização do aborto voluntário.

MARCOS LEGAL E DOUTRINÁRIO

O sistema internacional de proteção aos direitos humanos está expresso em tratados, convenções e pactos que têm força de lei nacional nos países membros da ONU; também está expresso nas Recomendações, Resoluções, Declarações e Planos de Ação de Conferências internacionais que compõem o que poderíamos denominar de doutrina jurídica internacional de proteção aos direitos humanos. São esses instrumentos que devem servir de norte para a elaboração e interpretação das leis dos países membros da ONU.

A Constituição Brasileira de 1988 se insere nesse sistema das Nações Unidas ao declarar como um de seus princípios o respeito à dignidade da pessoa humana e a prevalência dos direitos humanos, e recepciona, nos §§ 2º e 3º de seu art. 5º, os tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

É com tal marco legal de reconhecimento e de proteção aos direitos humanos que abordaremos nesse artigo o tema dos direitos sexuais e reprodutivos, incluindo o direito ao aborto legal e seguro.

Cumprido destacar que, em 1983, por força do movimento feminista e de profissionais de saúde, foi aprovado pelo governo federal o PAISM – Programa de Assistência Integral à Saúde da Mulher que, apesar do contexto ainda de ditadura militar, representava o reconhecimento da autonomia reprodutiva das mulheres e do dever do Estado de implementar por meio das instituições de saúde ações voltadas para atenção integral à saúde das mulheres em todas as fases de sua vida.

Em 1988, finda a ditadura, a nova Constituição democrática brasileira inseriu no art. 196 a declaração de que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem *a redução do risco de doenças e de outros agravos* e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (grifo nosso).

Além disso, o art. 226, § 7º, da Constituição declara o direito ao planejamento familiar, fundado no respeito à dignidade humana, na paternidade responsável, na decisão livre do casal e na proibição de qualquer forma coercitiva, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito. Ou seja, a Constituição reconhece que o planejamento familiar implica a tomada de decisões livres e conscientes de mulheres e homens sobre ter ou não ter filhos.

Tais decisões implicam um conjunto de variáveis, incluindo as condições materiais e emocionais, e também crenças religiosas.

Na década de 1990, as Conferências da ONU⁷, em especial a Conferência de População e Desenvolvimento, realizada no Cairo, em 1994, e a IV Conferência Mundial da Mulher, realizada em Pequim, em 1995, passaram a utilizar o conceito de saúde sexual e reprodutiva, e os correspondentes conceitos de direitos sexuais e reprodutivos. Ampliaram, assim, a compreensão da terminologia “planejamento familiar” e indicaram a distinção entre o exercício da sexualidade e a reprodução. Essas duas Conferências, em especial a IV Conferência Mundial da Mulher, chamaram atenção para a questão da interrupção voluntária da gravidez e seu impacto sobre a saúde das mulheres.

Dentre os inúmeros capítulos do Plano de Ação da Conferência de População e Desenvolvimento, destaca-se o capítulo sobre direitos reprodutivos e saúde reprodutiva. Nesse capítulo, o Plano reconhece que os indivíduos e os casais têm direitos reprodutivos e que podem decidir sobre o tamanho de suas famílias. Houve consenso dos países membros das Nações Unidas na rejeição de políticas demográficas pautadas pela coação e pela violência. Nesse documento está presente a preocupação com a saúde reprodutiva, incluindo o cuidado na fase de gravidez, no parto, no tratamento da infertilidade, no acesso aos meios e informações sobre contracepção. Esse Plano de Ação manifesta a preocupação com a questão do aborto, particularmente aquele realizado em condições que acarretam sequelas. Nesse capítulo, está definido que a saúde reprodutiva é um estado geral de bem-estar físico, mental e social, e não a mera ausência de doenças ou dores, em todos os aspectos relacionados com o sistema reprodutivos e suas funções e processos⁸.

Essa concepção sobre saúde e direitos reprodutivos foi aprofundada, em 1995, na IV Conferência Mundial da Mulher, que reconhece que os direitos humanos das mulheres incluem seu direito a ter controle sobre as questões relativas a sua sexualidade, incluída sua saúde sexual e reprodutiva, e decidir livremente em relação a essas questões, sem estarem sujeitas à coerção, à discriminação e à violência⁹. A Plataforma dessa Conferência destaca que, em caso algum, deve o aborto ser promovido como um método de planejamento familiar. Exorta-se a todos os governos e *organizações*

7 Considerando o grave quadro mundial de negação e violação dos direitos das mulheres, as Nações Unidas reconheceram que as desigualdades de gênero constituam-se impedimento aos direitos das mulheres. Em 1993, na Conferência Mundial de Direitos Humanos, realizada em Viena, afirmaram que os direitos das mulheres são direitos humanos. A Declaração e o Programa de Ação dessa Conferência deram alento à introdução da perspectiva de gênero em todas as demais Conferências da ONU da década de 90. Em Viena, as Nações Unidas reconheceram que a promoção e a proteção dos direitos humanos das mulheres devem ser questões prioritárias para a comunidade internacional.

8 Plano de Ação da Conferência de População e Desenvolvimento, Nações Unidas, 1994.

9 Plano de Ação da IV Conferência Mundial da Mulher, Nações Unidas, 1995.

intergovernamentais e não governamentais a aumentarem seu compromisso com a saúde da mulher, a ocupar-se dos riscos dos abortos realizados em más condições e a reduzir o recurso ao aborto mediante a prestação dos mais amplos e melhores serviços de planificação da família. Destaca, ainda, que as mulheres que têm uma gravidez não desejada devem ter fácil acesso à informação fidedigna e a assessoramentos compreensivos e que, nos casos em que o aborto não é contrário à lei, os abortos devem ser realizados em condições adequadas. A Plataforma assinala, ainda, que, em todos os casos, as mulheres devem ter acesso a serviços de qualidade para o tratamento das complicações resultantes do aborto e que os serviços de aconselhamento, educação e planeamento familiar pós-aborto devem ser oferecidos imediatamente, o que ajudará a evitar abortos repetidos.

A Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial da Mulher reconheceu ainda que o aborto em condições perigosas coloca em risco a vida de um grande número de mulheres e representa um grave problema de saúde pública, e, nesse sentido, recomenda aos governos considerar a possibilidade de revisar as leis que preveem medidas punitivas contra as mulheres que também realizam abortos ilegais.

Esses documentos internacionais destacam três elementos importantes para a saúde sexual e reprodutiva: a) a autonomia reprodutiva; b) o aborto como uma questão de saúde pública; c) o dever dos Estados de reduzir a mortalidade materna e promover a saúde reprodutiva.

Assim, falar sobre planeamento familiar e sobre a interrupção voluntária da gravidez necessita ter como marco o consenso obtido nessas Conferências que avançaram na definição de uma doutrina jurídica sobre o conceito de saúde sexual e reprodutiva e reconhecimento de direitos sexuais e reprodutivos. É essa doutrina que deve orientar a interpretação e a elaboração da legislação nacional. Ao assinar os Planos de Ação das Conferências de Cairo e de Beijing, o Brasil, que já garantia em sua Constituição o direito à saúde para homens e mulheres e a autonomia reprodutiva, assumiu o compromisso de implementar as decisões desses documentos internacionais.

É importante recordar que, desde meados da década do século XX, a produção legislativa e doutrinária internacional sobre direitos humanos das Nações Unidas tem se constituído em um neojusnaturalismo que vem desafiando o direito positivo, ao mesmo tempo em que amplia e supera o sentido territorial de cidadania. Essa produção legislativa e doutrinária adota a perspectiva de gênero que permite observar as diversas formas de discriminações contra as mulheres e a necessidade de sua superação. Dessa forma, os temas da reprodução e da sexualidade apareceram como parte integrante dos direitos humanos, incluindo proteções a bens jurídicos tais como a limitação da idade mínima para o casamento, a saúde em seu sentido amplo, a segurança sexual das mulheres e meninas, dentre outros. Incluem, também, proteções para a redução da

magnitude da morbimortalidade materna, incluindo aquela derivada de abortos ilegais e inseguros. A inclusão da saúde sexual e reprodutiva no campo dos direitos humanos, na perspectiva da indivisibilidade desses direitos, lhe confere o *status* de bem jurídico articulado aos demais direitos de cidadania, entre os quais os direitos à liberdade, à igualdade de tratamento, à dignidade, à intimidade, à privacidade e à autonomia.

Nesse sentido, o desafio de trabalhar com as noções de direitos sexuais e reprodutivos exige a articulação de tais direitos com os princípios norteadores de um ordenamento jurídico democrático. Isso significa a busca de parâmetros que orientem as demandas por tais direitos de forma sistêmica, no contexto dos direitos e garantias individuais, sem fragmentá-las em normas isoladas ou pragmáticas. Nossa Constituição Federal apresenta, logo em seu Preâmbulo, a coerência com os princípios da legislação e doutrina internacionais de direitos humanos. Dentre esses princípios, a Constituição Federal Brasileira reconhece e protege os direitos relativos à liberdade, segurança, bem-estar, desenvolvimento, igualdade e justiça, considerados “valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceito”. Todas as demais normas do ordenamento jurídico brasileiro devem ser interpretadas e aplicadas sob tal orientação.

Conforme já destacado por Piovesan (2003)¹⁰, ao introduzirmos a perspectiva de relações equitativas entre os gêneros e a ótica dos direitos humanos, o conceito de direitos sexuais e reprodutivos aponta duas vertentes diversas e complementares. Uma aponta para o campo da liberdade e da autodeterminação individual, compreendendo o livre exercício da sexualidade, sem discriminação, coerção ou violência e sem a interferência do Estado, a não ser para garantir o exercício desses direitos. A segunda vertente indica a necessidade de formulação e implementação de políticas públicas de qualidade, acesso à informação e ao avanço científico que possibilitem seu efetivo exercício e, nesse caso, a interferência do Estado se faz necessária. Com tal perspectiva, essa autora observa que, no delineamento dos direitos sexuais, e também dos direitos reprodutivos, deve-se considerar quatro princípios vetores dos direitos humanos: o da universalidade, o da indivisibilidade, o da diversidade e o democrático, que para que tenham força plena devem estar articulados, necessariamente, ao princípio da laicidade do Estado.

Em relação ao princípio da laicidade, Barzellato¹¹ (2005) faz referência ao seminário sobre religião, realizado, no início da década de 1990, em Genval, Bélgica,

10 PIOVESAN, Flávia et Alii (2003), PIOVESAN, Flávia, BARSTED, Leila Linhares, VENTURA, Miriam & IKAWA, Daniela (2003). *Direitos sexuais e direitos reprodutivos na perspectiva dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Advocacia/UNFPA.

11 BARZELATTO, José (2005). Nuevos desafíos de la responsabilidad política. El propósito de la reunión y algunas reflexiones personales sobre su contexto. In: PITANGUY, Jacqueline & MOTA, Adriana (org.). *Novos desafíos de responsabilidad política*. Rio de Janeiro: CEPIA/Fórum da Sociedade Civil das Américas.

que reuniu destacados teólogos com o objetivo de debater e contribuir com insumos para a Conferência do Cairo. O informe final desse evento assinalou a importância da liberdade de religião e, ao mesmo tempo, agregou que o corolário da liberdade de praticar e propagar uma fé é a liberdade de outros a não se ver obrigado a aceitar uma determinada religião. Com essa perspectiva, não apenas a interrupção voluntária da gravidez foi debatida nesse seminário, como também seus participantes estimaram razoável descriminalizar o aborto.

Os princípios da universalidade, da indivisibilidade, da diversidade, da democracia e da laicidade do Estado devem, dessa forma, orientar a construção e a interpretação de um marco legal ético voltado não apenas para proteções contra violações, mas, principalmente, para a construção de visões positivas, inovadoras e alternativas.

Nesse sentido, Petchesky¹² (1999) aponta para a necessidade de uma visão alternativa e positiva dos direitos sexuais, que abrange um grupo de princípios éticos e uma ampla gama de condições capacitantes, entre as quais a diversidade ou a pluralidade sexual, com destaque para o “consentimento”; o reconhecimento da “diversidade habitacional”, abrangendo as diversas formas de família que devem merecer proteção; o direito ao prazer sexual, como parte da saúde básica e do bem-estar necessário à vida humana; a autonomia/liberdade para tomar decisões, inclusive no que diz respeito à identidade sexual e ao estabelecimento de relacionamentos íntimos, bem como ter controle sobre seu próprio corpo, bem como a equidade de gênero.

SAÚDE SEXUAL E REPRODUTIVA

Em 1994, a Conferência do Cairo, em consonância com a Organização Mundial de Saúde – OMS, definiu que a saúde reprodutiva “é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não de mera ausência de doença ou enfermidade, em todos os aspectos relacionados ao sistema reprodutivo, suas funções e processos. A saúde reprodutiva implica, por conseguinte, que a pessoa possa ter uma vida sexual segura e satisfatória, tendo a capacidade de reproduzir e a liberdade de decidir sobre quando e quantas vezes deve fazê-lo (...). Isto inclui igualmente a saúde sexual, cuja finalidade é a melhoria da qualidade de vida e das relações pessoais e não o mero aconselhamento e assistência relativos à reprodução e às doenças sexualmente transmissíveis”.

Em 1995, a IV Conferência Mundial da Mulher estabeleceu que “a atenção à saúde reprodutiva se define como um conjunto de métodos, técnicas e serviços que contribuam para a saúde e o bem-estar reprodutivos ao evitar e resolver problemas

12 PETCHESKY, Rosalind (1999). Direitos sexuais: um novo conceito na prática internacional. In: BARBOSA, Regina & PARKER, Richard (org.). *Sexualidades pelo avesso: direitos, identidades e poder*. IMS/UERJ. Rio de Janeiro: 34.

relacionados com a saúde reprodutiva. Incluiu também a saúde sexual, cujo objetivo é o desenvolvimento da vida e das relações pessoais e não meramente o assessoramento e a atenção em matéria de reprodução e de doenças de transmissão sexual”.

Para Cook, Dickens e Fathala (2004), o conceito de saúde reprodutiva é um dos marcos da história social do século XX. Assinalam que o *risco à saúde reprodutiva das mulheres vem de múltiplas opressões e negações de oportunidades e escolhas em suas famílias, comunidades, culturas e sistemas de políticas nacionais*¹³. Por isso consideram que a saúde reprodutiva é mais crítica para as mulheres que para os homens, considerando a histórica subordinação cultural, social e mesmo legal das mulheres.

Esses autores destacam a ocorrência de uma evolução nas leis sobre saúde reprodutiva e sexual, passando de uma base de lei criminal, que defende morais religiosas, para uma base com foco nos interesses dos indivíduos no que se refere à própria saúde e bem-estar. Consequentemente, as leis têm sido progressivamente liberalizadas para permitir a promoção e a distribuição de métodos contraceptivos e o acesso ao aborto¹⁴. Lembram ainda que, em países como Estados Unidos, Reino Unido e Canadá houve resistências aos métodos médicos de reprodução assistida em casos de infertilidade, sob o argumento de que contrariavam crenças tradicionais e religiosas, referentes à origem da concepção e da vida humana¹⁵.

Correa, Jannuzzi e Alves (2003) chamam atenção que apesar do Plano de Ação do Cairo “usar os termos (saúde) sexual e reprodutiva juntos é preciso ter claro que se trata de duas dimensões separadas. A atividade sexual não implica, necessariamente, em reprodução. A reprodução, geralmente, envolve a atividade sexual, mas com as novas técnicas de fertilização *in vitro* pode haver reprodução sem intercurso sexual”¹⁶. Esses autores destacam a existência de duas correntes que conceituam saúde sexual; uma que considera a saúde sexual como parte da saúde reprodutiva¹⁷ e outra que define a saúde sexual como a “habilidade de mulheres e homens para desfrutar e expressar sua sexualidade, sem risco de doenças sexualmente transmissíveis, gestações não desejadas, coerção, violência e discriminação e que incluiu o prazer e a determinação pessoal”¹⁸.

13 COOK, DICKENS e FATHALA (2004). *Saúde Reprodutiva e Direitos Humanos*: integrando medicina, ética e direito. Rio de Janeiro: OXFORD/CEPIA. p. VII e VIII.

14 Idem.

15 Idem.

16 CORREA, Sonia, JANNUZZI, Paulo de Martino e ALVES, José Estáquio Diniz (2003) CORREA, Sonia (1999). Saúde reprodutiva, gênero e sexualidade. In: GIFFIN, Karen e COSTA, Sarah (org), *Questões da Saúde Reprodutiva*. Rio de Janeiro, FIOCRUZ.

17 Disponível em: <www.familycareintl.org>. Apud CORREA, Sonia, JANNUZZI, Paulo de Martino e ALVES, José Estáquio Diniz (2003), opus cit.

18 HERA, *Direitos sexuais e reprodutivos e saúde das mulheres*: idéias para ação, 1999. HERA – Health, Empowerment, Rights & Accountability. Disponível em: <www.iwhc.org/hera> Apud CORREA, Sonia, JANNUZZI, Paulo de Martino e ALVES, Jose Estáqui Diniz (2003), opus cit.

OS DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS NO BRASIL: O DIREITO À SITUAÇÃO DA INTERRUÇÃO VOLUNTÁRIA DA GRAVIDEZ

Os acessos à saúde sexual e reprodutiva no Brasil e aos direitos que protegem esses bens jurídicos esbarram em muitos obstáculos dentre os quais: a falta de informação, a escassez de serviços de boa qualidade, em especial nas regiões mais pobres do país e nas áreas rurais; a concentração de serviços de saúde nos centros urbanos; o déficit de cidadania ainda existente, em especial para as mulheres pobres; a criminalização do aborto, bem como, nos casos de aborto em face de gravidez resultante de estupro (aborto legal) a não aplicabilidade do permissivo legal (art. 128 do CP).

Tais obstáculos têm como consequência índices ainda altos de morbimortalidade materna¹⁹ e desrespeito a direitos sexuais e reprodutivos.

Levantamento sobre a situação da pesquisa no campo da sexualidade e dos direitos sexuais e reprodutivos no Brasil, realizado por Citeli²⁰ (2005), destaca o aborto como o objeto de maior número de estudos localizados no tema da saúde reprodutiva. Certamente, essa prevalência do tema deve-se ao fato de o aborto ser criminalizado pela lei e, ao mesmo tempo, recorrentemente utilizado pelas mulheres, de forma clandestina, para a interrupção voluntária da gravidez, com grande risco para suas vidas. Nesse sentido, explica-se por que o polêmico tema do aborto, desde o início da década de 1980, tem constituído uma questão e uma demanda pela descriminalização ou legalização, por parte dos movimentos de mulheres.

Em relação ao direito ao abortamento legal e seguro, mesmo após as Conferências da década de 1990, os projetos de lei sobre a descriminalização do aborto, ou sobre a ampliação dos permissivos legais, encontram até os dias de hoje uma enorme dificuldade de caminhar para o debate e aprovação no Congresso Nacional. Tal fato ocorre por força, particularmente, da ainda importante pressão de setores religiosos sobre o Estado, pressão que busca descaracterizar a laicidade da República brasileira, proclamada desde seu advento no século XIX, e mantida no art. 19, I, da Constituição de 1988²¹.

19 Mesmo considerando a divulgação da recente queda da mortalidade materna no Brasil, essa ainda é alta considerando-se o nível de desenvolvimento do país.

20 CITELI, Maria Teresa (2005). *A pesquisa sobre sexualidade e direitos sexuais no Brasil (1990-2002)*, CLAM – Centro Latino-Americano em Sexualidade e Direitos Humanos/IMS – Instituto de Medicina Social/UERJ.

21 Ver ROCHA, Maria Isabel Baltar e NETO, Jorge Andalaft (2003). A questão do aborto: aspectos clínicos, legislativos e políticos. In: *Sexo & vida*, Campinas: UNICAMP. Ver também, PITANGUY, Jacqueline (1981). O aborto – direito de opção, *Jornal do Brasil*, Rio de Janeiro. E (1997) A visita do Vaticano ao Brasil. In: *REF, IFCS/UFRJ*, vol. 5, n. 2/97, p. 403-405. Ver, ainda, NUNES, Maria José Rosado (1994). De mulheres, sexo e igreja: uma pesquisa e muitas interrogações. In: COSTA, Albertina Oliveira & AMADO, Tina (org). *Alternativas escassas: saúde, sexualidade e reprodução na América Latina*, São Paulo: Fundação Carlos Chagas, ed. 34.

Assim, o máximo que se avançou, ainda na década de 1990, foi a aprovação, em 1997, pelo Ministério da Saúde da *Norma técnica de prevenção e tratamento dos agravos resultantes de violência sexual contra mulheres e adolescentes*²², que orienta os médicos como proceder em casos de solicitação pela mulher de interrupção da gestação consequente de violência sexual. Esse permissivo, previsto desde 1940, não estava acessível às mulheres, especialmente no sistema de saúde pública²³. A partir de então, aos poucos, serviços existentes agregaram-se a novos serviços fortalecidos em suas práticas pela Norma Técnica. Em 2004, o Ministério da Saúde revisou essa Norma explicitando a não obrigatoriedade de realização do registro de ocorrência da violência sexual na polícia. A Política Nacional de Atenção à Saúde da Mulher, do Ministério da Saúde, também inclui em seu Plano de Ação 2004-2007 o objetivo de atenção humanizada ao abortamento, visando garantir um atendimento de qualidade às mulheres que chegam aos serviços em processo de qualquer forma de abortamento. O avanço das posições do Ministério da Saúde, desde a segunda metade da década de 1990, em muito foi obtido graças ao diálogo desse Ministério com os movimentos de mulheres.

Cumprir destacar que o art. 11 da Lei nº 11.340/06 – Lei Maria da Penha, que cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher – incluiu a obrigatoriedade do Estado em prestar assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar, possibilitando o acesso aos “benefícios decorrentes do desenvolvimento científico e tecnológico, incluindo os serviços de contracepção de emergência, a profilaxia das doenças sexualmente transmissíveis (DST) e da síndrome da imunodeficiência adquirida (Aids) e outros procedimentos médicos necessários e cabíveis nos casos de violência sexual”. Incorporou, dessa forma, no texto legal, a orientação das Normas Técnicas de 1997 e de 2004 do Ministério da Saúde.

No entanto, há uma resistência de profissionais de saúde de atenderem ao previsto na Lei Penal, na Lei Maria da Penha e nas Normas Técnicas, sob a alegação de “objeção de consciência”. Sem afastar esse direito, entendemos que a instituição pública de saúde, em um Estado laico, tem a obrigação de ter em seus quadros profissionais que possam garantir o direito das mulheres ao aborto seguro previsto em lei.

No caso da interrupção da gravidez de feto com caso de anomalia fetal grave e irreversível (anencéfalo), juízes de primeira instância passaram a dar autorizações para a interrupção da gravidez a pedido da gestante e comprovada por laudos médicos. Tais autorizações foram contestadas por grupos religiosos e hoje a matéria está para

22 Ver a atualização dessa Norma Técnica em Ministério da Saúde (2005). Atenção Humanizada ao Abortamento: Norma Técnica, Série Direitos Reprodutivos, Caderno n. 4, Secretaria de Atenção à Saúde, Departamento de Ações Programáticas Estratégicas, Área Técnica da Saúde da Mulher, Brasília.

23 A partir dessa Norma Técnica, o permissivo para o aborto em caso de gravidez resultante de violência sexual passou a ter eficácia jurídica e atendimento oferecido pelo Sistema Único de Saúde – SUS.

ser apreciada pelo Supremo Tribunal Federal²⁴. Trata-se da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, interposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores de Saúde que, em 2004, posicionando-se a favor das mulheres, questionou a constitucionalidade da incidência do Código Penal na hipótese de interrupção da gravidez de feto anencefálico²⁵.

Em relação ao rigor legislativo, Sarmento (2005) constata que “(...) nos países que legalizaram a interrupção voluntária de gravidez, não se constatou qualquer aumento significativo no número de abortos realizados (...). Portanto, os efeitos dissuasórios da legislação repressiva são mínimos: quase nenhuma mulher deixa de praticar o aborto voluntário em razão da proibição legal”²⁶.

Cook, Dickens e Fathala (2004) consideram que “nos lugares em que o aborto inseguro é a maior causa de mortalidade materna, pode ser possível aplicar o direito à liberdade e à segurança para exigir que os governos melhorem os serviços para tratamento deste tipo de aborto, e que modifiquem leis restritivas, para garantir o acesso aos serviços de contracepção e aborto. A experiência mostra que o rígido cumprimento das leis restritivas é ineficiente, e quase invariavelmente disfuncional, ao forçar as mulheres, que são desrespeitosamente caracterizadas como criminosas, a se submeterem a práticas menos seguras. É amplamente reconhecido que as leis restritivas de aborto não reduzem o número de abortos, mas tão somente sua segurança, podendo este número, inclusive, aumentar, já que é negado às mulheres o acesso a aconselhamento, que poderia apresentar às mesmas alternativas ao aborto e reduzir abortos recorrentes”²⁷.

A manutenção da punição do aborto voluntário evidencia, assim, a persistência da cultura punitiva moral e religiosa presente no ordenamento jurídico brasileiro. Essa perspectiva punitiva vem sendo questionada por juristas que se colocam na defesa de um processo renovador do direito penal por meio de propostas de descriminalização

24 O STF ainda não apreciou a arguição de descumprimento de Preceito Fundamental nº 54. Ver a respeito. Ver também FERNANDES, Máira Costa (2007). Interrupção da Gravidez de Feto Anencefálico: Uma análise constitucional. In: SARMENTO, Daniel e PIOVESAN, Flávia (org.). *Nos Limites da Vida*: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris. Ver também VENTURA, Miriam (2006), Descriminalização do Aborto: um imperativo constitucional. In: CAVALCANTE, Alcilene e XAVIER, Dulce (org.). *Em Defesa da Vida*: aborto e direitos humanos, Católicas pelo Direito de Decidir, São Paulo. Ver ainda SARMENTO, Daniel (2006), SARMENTO, Daniel (2006). Legalização do Aborto e Constituição. In: CAVALCANTE, Alcilene e XAVIER, Dulce (org.), *Em Defesa da Vida*: aborto e direitos humanos, Católicas pelo Direito de Decidir, São Paulo.

25 Ver a respeito VENTURA, Miriam (2006), opus cit, SARMENTO, Daniel (2006 opus cit. e FERNANDES, Máira Costa (2007), opus cit.

26 SARMENTO, Daniel Legalização do Aborto e Constituição, publicado em Mundo Jurídico, Disponível em: <<http://mundojuridico.adv.br>>, 2005.

27 COOK, DICKENS e FATHALA (2004), opus cit. p. 168, 169.

e de despenalização. Nessa direção, Cervini (1995)²⁸ destaca que não se deve criminalizar nunca por desejo de tornar dominante uma determinada concepção moral. Para esse mesmo jurista, o debate sobre questões morais deve circunscrever-se a igrejas, partidos ou meios de comunicação, mas não deve ser levado à lei para que ela o dirima. Hulsman²⁹, citado por Cervini, reconhece que sempre existiu uma estreita relação entre a Igreja e o Estado, “o que permitiu à primeira exercer uma ingerência quase absoluta no Corpo Legislativo no momento de ditar leis que sancionavam certo tipo de condutas. Assim, muitos comportamentos foram criminalizados unicamente por razões morais (...) a norma penal é de certo modo filha da escolástica (...) todo o sistema penal foi concebido em um clima de teologia escolástica (...)”.

Os argumentos favoráveis à descriminalização do aborto são de duas ordens. Uma relacionada ao fato do abortamento ilegal e inseguro ser uma das cinco causas de morte materna em desrespeito ao direito à saúde, previsto no art. 196 da Constituição Federal, bem como aos compromissos assumidos em fóruns internacionais. Outro argumento diz respeito aos direitos previstos no art. 5º da CF, dentre os quais: a liberdade, a igualdade de tratamento, a dignidade, a intimidade, a privacidade e a autonomia.

O argumento jurídico contrário à descriminalização do aborto utilizado por setores religiosos diz respeito também ao preceito constitucional previsto no art. 5º que é o direito à vida e preceito previsto no Código Civil que reconhece a proteção ao nascituro. Tal argumento legal, que afasta questões de ordem religiosa, possibilita avançar no debate jurídico.

Movimentos de mulheres, profissionais de saúde e juristas têm se mobilizado para elaborar proposta de descriminalização e legalização da interrupção voluntária da gravidez³⁰, em diálogo com os argumentos contrários à descriminalização. O envolvimento de importantes juristas significou apoio técnico e conceitual decisivo para a elaboração de anteprojeto de lei sobre descriminalização do aborto³¹, proposta pelas Jornadas para o Aborto Legal e Seguro ao Congresso Nacional por uma Comissão Tripartite.

Na elaboração desse anteprojeto introduziu-se a questão da ponderação de direitos que consiste no reconhecimento da existência de vida do feto e do direito à vida, à saúde, à dignidade e à autonomia reprodutiva da mulher. Sarmiento (2005), que

28 CERVINI, Raul (1995). *Os processos de descriminalização*. São Paulo: RT.

29 HULSMAN, Louk. *Os processos de descriminalização*. São Paulo: RT Apud Cervini (1995), opus cit.

30 Tal proposta tem por base o texto constitucional, em particular o art. 5º e o art. 196, e os compromissos assumidos pelo Estado brasileiro nas Conferências da década de 1990, especialmente a IV Conferência Mundial da Mulher. Seus argumentos estão calcados, também, nos dados que apontam as sequelas de abortos ilegais e inseguros como uma das 5 primeiras causas de mortalidade materna.

31 Ver os fundamentos jurídicos desse Projeto em SARMENTO, Daniel (2005).

participou da elaboração desse anteprojeto, assinala que as Cortes Constitucionais e o Poder Legislativo de diversos países onde o aborto é permitido, debateram a questão da legalização do aborto considerando, também, o problema da proteção jurídica da vida intrauterina. Tomando como referência tais questões, esse autor considera que “a vida do nascituro também é protegida pela Constituição, embora não com a mesma intensidade com que se tutela o direito à vida das pessoas humanas já nascidas”³². Esse autor concluiu, a partir de tal perspectiva, que “sob o prisma jurídico, o caso parece envolver uma típica hipótese de ponderação de valores”, considerando que a legislação brasileira que criminaliza o aborto voluntário é francamente inconstitucional.

Adotando a ponderação de valores, o Anteprojeto das Jornadas advoga a legalização do aborto voluntário, a pedido da mulher, nos três primeiros meses de gestação, quando o feto ainda não apresenta atividade cerebral. Esse prazo tem sido adotado na maioria dos países onde o aborto foi legalizado. Em caso de gravidez resultante de violência sexual, esse prazo seria de até 20 semanas, antes de o feto apresentar viabilidade extrauterina. Sarmento (2005) assinala a razoabilidade da extensão desse prazo considerando que o Código Penal de 1940 não definiu limite temporal para o abortamento legal em tal circunstância. Assim, mesmo em caso de gravidez resultante de estupro, esse prazo fica limitado a 20 semanas a partir do qual o feto já teria, pelo avanço da ciência, viabilidade de vida extrauterina. Nas situações de risco à vida ou à saúde da gestante, ou grave anomalia fetal incompatível com a vida extrauterina, a permissão legal para o aborto não estaria condicionada a nenhum prazo. O Código Penal de 1940 já incluiu o permissão para o caso de risco à vida da gestante. O anteprojeto incluiu o permissivo – risco à saúde –, considerando que não se impõe à mulher o sacrifício de colocar em grave risco sua saúde. Da mesma forma, não se pode impor à mulher a continuidade de uma gestação de feto com anomalia fetal incompatível com a vida. Tal imposição implica em colocar em risco a saúde psíquica da mulher e pode ser considerada uma forma de tortura.

O anteprojeto aceita, ainda, o direito à objeção de consciência pelos profissionais de saúde para a não realização do abortamento. Tal objeção, no entanto, não pode se estender à instituição de saúde de forma a manter o direito da mulher à interrupção voluntária da gravidez. Considerando a importância do acesso ao serviço público de saúde, constitucionalmente garantido, o anteprojeto prevê, também, a realização da interrupção voluntária da gravidez no Sistema Único de Saúde – SUS.

Em todas as situações deve-se disponibilizar às mulheres um conjunto de informações para que possa tomar a sua decisão de forma livre e consciente, incluindo informações sobre meios e métodos contraceptivos.

32 Ver SARMENTO (2005), opus cit.

Lamentavelmente, por força de forte *lobby* de setores evangélicos e católicos, e da não observância do caráter laico da República brasileira, esse anteprojeto não caminhou no Congresso Nacional. Talvez, como em outros países onde o aborto foi legalizado, caiba ao STF, se provocado, vir a manifestar-se pela inconstitucionalidade da criminalização do aborto voluntário, suprindo a omissão do Poder Legislativo.

CONCLUSÕES

É importante reconhecer que, apesar de ainda criminalizado, o aborto se tornou tema da sociedade e seu debate no Brasil constituiu um campo político específico nas questões relativas à sexualidade e à reprodução. Qual a força desse campo é uma questão que demandará tempo para ser avaliada. Isso porque a dificuldade de avançar com mais rapidez nesse debate indica que ainda existe um *deficit* de cidadania no país, expresso, dentre outros fatores, na dificuldade de reconhecimento de direitos individuais e sociais em uma sociedade marcada por enormes descompassos e discriminações.

Dessa forma, pode-se dizer que existe, em grande medida, no que diz respeito à vivência da sexualidade, uma distância razoável entre as práticas, os novos valores e os valores/normas religiosas. Mesmo nos comportamentos mais polêmicos, como é o caso do aborto, mantido na ilegalidade, a baixa punibilidade pelo judiciário das denúncias investigadas pela polícia aponta para o fato deste comportamento estar muito mais no âmbito dos chamados dramas morais, que no âmbito do crime. De fato, há, nas representações, em grande medida, a compreensão de que o aborto é um recurso muitas vezes, necessário para dar continuidade a projetos individuais socialmente valorizados, para garantir a sobrevivência de filhos já nascidos; para permitir a continuidade de vínculos, mercado de trabalho, e não raro, para ocultar uma vida sexual ativa. Ou seja, mesmo que, em tese, muitos censurem a prática do aborto, suas experiências concretas de vida entram em divergência com seus valores mais tradicionais. Além disso, há o reconhecimento da legitimidade do aborto em caso de gravidez resultante de estupro e, muito provavelmente, em casos de anencefalia.

O próprio legislador de 1940, mesmo ao criminalizar severamente a prática de aborto e inseri-la no seu capítulo I, de sua parte especial, sob a rubrica de crimes contra a vida, condena a mulher que recorre a esse procedimento à pena de 01 a 03 anos de detenção, bastante diferenciada dos demais artigos desse capítulo punidos com pena bem mais alta. Considerando que a grande maioria das mulheres que recorrem ao aborto criminalizado é constituída de mulheres primárias e com bons antecedentes, tal punição não apresenta nenhuma eficácia legal, servindo tão somente para levá-las a situações inseguras de abortamento, com graves consequências para sua saúde e sua vida.

Dado importante tem sido destacado pelo grupo Católicas pelo Direito de Decidir³³ quando assinalam que a interrupção voluntária da gravidez é também um decisão ética tomada pela mulher quando reconhece a não existência de condições para a maternidade e a paternidade responsáveis. Voltamos, assim, ao sentido da palavra planejar, que implica a tomada de decisões racionais e éticas sobre as possibilidades concretas e emocionais para ter ou não ter filhos.

O surgimento de demandas descriminalizantes no campo da sexualidade, oriundas dos movimentos de mulheres, constitui, assim, um desafio a uma normatividade que tem tratado a sexualidade, em especial a sexualidade feminina, de forma repressiva e sob os parâmetros do campo religioso.

33 Ver www.catolicas.org.br

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER: LEI MARIA DA PENHA E SEUS ASPECTOS CÍVEIS, CRIMINAIS E MULTIDISCIPLINARES

*Luciane Bortoleto**

Não obstante a questão da violência contra a mulher, que se insere no campo da denominada violência de gênero, não se tratar de fenômeno recente em nossa sociedade, certo é que ganhou merecido destaque com a edição da Lei nº 11.340/06, que ficou popularmente conhecida no Brasil como “Lei Maria da Penha”, em homenagem à Senhora Maria da Penha Maia Fernandes, que apresentou reclamação contra o Brasil perante a Organização dos Estados Americanos em face da demora para o julgamento do processo em que figurou como vítima de tentativa de homicídio, praticada por seu marido.

Na América Latina, a matéria já vinha sendo tratada pela comunidade internacional, ganhando evidência com a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará, 1994), ratificada pelo Brasil em 1995. Por força deste e de outros instrumentos de que o Brasil foi signatário, o país assumiu o compromisso de editar lei específica com o fim de implementar políticas públicas para a prevenção, punição e erradicação da violência contra a mulher.

No âmbito jurídico, apesar da assinatura da Convenção de Belém do Pará, o Estado Brasileiro foi alvo de recomendações específicas do Comitê CEDAW/ONU e da Comissão Interamericana de Direitos Humanos/OEA para o fim de sanar suas omissões frente aos compromissos internacionalmente assumidos, o que gerou, apenas no início do ano de 2004, a criação de um Grupo de Trabalho Interministerial, para a redação de um projeto de lei criando mecanismos de combate e prevenção à violência doméstica contra as mulheres (Decreto nº 5.030, de 31 de março de 2004), subsidiado por um Consórcio de Organizações Não Governamentais. A partir daí, o

* Juíza de Direito do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher de Curitiba; Presidente do Fórum Nacional de Juizes de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; Especialista em Psicologia Jurídica pela PUCPR.

Projeto de Lei nº 4.559/04 foi encaminhado à Câmara dos Deputados e ao Presidente da República, convertendo-se na Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006, a qual entrou em vigor em 22 de setembro de 2006.

A Lei nº 11.340/06, que trata da coibição da violência doméstica e familiar contra a mulher, modificou os paradigmas no enfrentamento da violência, incorporando a perspectiva de gênero no tratamento legal das desigualdades, assim como a ótica preventiva, integrada e multidisciplinar a respeito do tema.

Em seu texto, a nova lei trouxe substanciais modificações no tratamento da questão, tanto do ponto de vista dos direitos material e processual quanto em relação à abordagem multidisciplinar e interinstitucional.

A formatação desta abordagem diferenciada é descrita expressamente no art. 8º da Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006, cujo teor é o seguinte:

“Art. 8º A política pública que visa coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher far-se-á por meio de um conjunto articulado de ações da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e de ações não governamentais, tendo por diretrizes:

I – a integração operacional do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública com as áreas de segurança pública, assistência social, saúde, educação, trabalho e habitação;”

O mesmo artigo prescreve ainda, que a temática deve ser objeto de estudos, pesquisas e estatísticas, assim como prevê a implementação de atendimento policial especializado, a realização de campanhas educativas, a celebração de convênios e parcerias e a capacitação de profissionais que atuam na prevenção e combate à violência contra as mulheres.

No campo dos Direitos Penal e Processual Penal, a Lei Maria da Penha incrementou a pena nas hipóteses de lesões corporais de natureza leve, afastou a incidência de institutos como a suspensão condicional da pena e a transação penal, além de proibir a aplicação de penas exclusivamente pecuniárias.

Outras inovações na referida lei foram a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher e a previsão de medidas protetivas de urgência, as quais, pela natureza das providências – além do tipo de vínculo entre as partes envolvidas –, aproximam-se bastante do Direito de Família, guardando estreita relação com alguns de seus provimentos cautelares.

A aplicação desses institutos, ultrapassados pouco mais de cinco anos de vigência da Lei Maria da Penha, tem sido objeto de intensa discussão entre os profissionais do Direito, gerando divergências doutrinárias e jurisprudenciais em múltiplos aspectos.

Grande parte desses conflitos vem sendo exaustivamente discutido pelos magistrados que atuam na área da violência doméstica e familiar contra a mulher que, perante o Conselho Nacional de Justiça, criaram o Fórum Nacional de Juizes de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (FONAVID).

Desde sua primeira edição em 2009, o FONAVID vem, na busca de unificação na interpretação da Lei Maria da Penha, editando enunciados que refletem o posicionamento majoritário de seus componentes quanto às questões cíveis, criminais e penais que envolvem o tema.

Por fim, a Lei Maria da Penha, em sua essência, exige dos operadores do Direito o desenvolvimento de competências que extrapolam a sua formação e a interação com profissionais de outras áreas que atuam com as partes envolvidas no contexto da violência, ou seja, vítimas, agressores, filhos e demais familiares que a vivenciam, municiando o processo dos elementos que excedem os limites da atuação jurídica.

Essa atuação multidisciplinar, que também é utilizada nas Varas de Família, é um marco evolutivo de grande relevância no panorama legal brasileiro, haja vista que se traduz no reconhecimento de que o Direito, por si, não é capaz de resolver as questões dessa natureza. Nesse momento, o Estado está verdadeiramente repousando seus olhos sobre seus cidadãos e afirmando a complexidade do fenômeno, que como tal deve ser tratado, resultando no atendimento muito mais eficaz do que aquele obtido quando o magistrado, promotor de justiça e advogados atuavam sozinhos no processo, sem condições de interagir com os conteúdos afetivos inerentes aos litígios.

No Direito Penal, ou no Direito de Família, vislumbra-se que a atuação de outras disciplinas no campo jurídico tem sempre circundado questões familiares, diferenciando-se apenas a abordagem realizada e o momento da intervenção, uma vez que em uma ou outra hipótese o que existe é determinado aspecto do conflito que aflora e é submetido ao crivo jurídico.

Assim, além dessas premissas, o profissional do Direito que atua nessa área deve ter em mente que os conflitos familiares evoluem e se consolidam por meio das múltiplas interações entre as partes, gerando um agravamento gradual que aprisiona os envolvidos em uma cristalização de comportamentos marcados por esquemas rígidos de pensamento.

Faz-se necessário, pois, que o juiz, assim como também o Ministério Público, advogados e quaisquer outros integrantes da relação processual procedam à escuta das partes envolvidas com o escopo de investigar a construção de seu comportamento e identificar expectativas e interesses. Para tanto, por sua vez, o raciocínio desses profissionais deve conjugar emoção, percepção e comunicação, na busca de soluções que possam contribuir efetivamente para a solução dos problemas dos jurisdicionados.

FAMÍLIAS – ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO*

Luiz Edson Fachin**

Nesta noite de novembro renasce em nós, aqui reunidos, o reconhecimento de que “somos feitos de outros”¹, e por isso nos congregamos em uma irrefragável relação de coexistencialidade.

Ao abrir o presente Congresso Brasileiro de Direito de Família, no retrato da honra em cumprir com a grata incumbência que o IBDFAM me confiou, sei que dirijo a palavra àqueles não vieram à vida pelo passaporte barato do flamar.

Sei que falo para aqueles que compreendem que *as chuvas de agosto trazem flores em setembro*. Mais ainda: sei que falo para quem compreende que a linguagem capta os sentidos em suas possibilidades e em seus limites, eis que aqui estamos também porque sabemos que há lugares, em nós, que a linguagem *não fala*, lugares que campeiam no indizível, ainda que perceptíveis ao olhar, especialmente para quem não perdeu, pelo caminho, os olhos de menino.

Sei, portanto, que falo para todos nós e para nossos todos outros *eus*, jamais por ter encontrado certezas, mas sim por ter encontrado, na razão e na emoção, sujeito suficientemente perdido para que, assim, possa ter se achado.

A temática desta conferência, como sabemos, atrai para si, com força gravitacional, as reflexões que a partir de hoje serão erigidas ao núcleo e seu entorno neste Congresso, assentando-se em ponderações sobre a ambientação da “família entre o público e o privado”, problematização de ímpar relevância que se assoma ao palco dos debates.

É nesse sentido que aqui se busca compor um cotejo crítico entre *autonomia privada* e *intervenção estatal*, ilustrando os contrapontos havidos entre os significados e os significantes que defluem tanto de um “Estado ausente” quanto de um “Estado presente”, distintas sendas que possibilitam a proteção da pessoa humana compreendida em concretude, por intermédio da livre composição de sua personalidade.

* O autor registra o agradecimento aos pesquisadores acadêmicos Felipe Frank e Rafael Corrêa pela pesquisa e sistematização de reflexões que ensejaram esse breve estudo.

** Mestre e Doutor em Direito das Relações Sociais (Direito Civil) pela PUC-SP; Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná e da PUCPR.

1 KUREISHI, Hanif. *Tenho algo a te dizer*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. p. 15.

Essa liberdade, entretanto, não acarreta uma sinonímia imediata de *não intervenção*, traduzindo-se verdadeiramente na possibilidade peremptória de desenvolvimento pessoal.

Cabe, assim, refletir objetivamente sobre a relação havida entre o privado e o público, entre o “jardim” e a “praça”, e suas implicações.

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, implicando necessariamente em questionar a dicotomia, amplamente discutida e, em certa medida, tida por superada entre o “público” e o “privado”, abrindo espaço para a sua ponderação.

Nessa ordem de ideias, é possível depreender que hoje o “espaço público” arrosta uma espécie de “tempo partido”, estação de incessantes embates em face de incertezas, que Carlos Drummond de Andrade fez traduzir nos seguintes versos:

“Esse é tempo de partido, tempo de homens partidos. Em vão percorremos volumes, viajamos e nos colorimos. A hora pressentida esmigalha-se em pó na rua. Os homens pedem carne. Fogo. Sapatos. As leis não bastam. Os lírios não nascem da lei. Meu nome é tumulto, e escreve-se na pedra. *Visito os fatos, não te encontro. Onde te ocultas, precária síntese, penhor de meu sono?*”²

Eis que a moldura do “público” bem se assenta nessas circunstâncias, visitando os fatos e nada encontrando, em razão da via itinerante que a realidade complexa vai seguindo.

Incertezas, reptos, enfim, um “tempo partido”: assoma-se aí o cariz ontológico da mirada lançada pelo espaço “público” às famílias. Nesse “tempo partido” encontramos *pessoas que falam porque não querem ouvir, e às vezes nem podem ouvir*, bem como *pessoas que ouvem porque não conseguem dizer!*

É de uma falta de substancialidade que se trata, da falta de eficácia substancial apta a abrir portas para a vida plena.

No espaço público contemporâneo fazemos como descreveu Ibsen: *navegamos com um cadáver no porão de carga! E os mortos, assim concebidos, como sabemos, são muito poderosos.*

Tais inquietações também se fazem refletir no espaço individual ao qual a autonomia privada conduz o tráfego de suas “causas” e de seus “efeitos”. Todavia, aqui, outra é a ambiência, as possibilidades são diversas, não menos inquietantes, pelas relações intensas, dinâmicas e imprevisíveis.

É que viver *pode ser um exercício de* desilusão, e por isso há um retrato “sempre por fazer”, inacabado em benefício de um intermitente e necessário “recomeço”, e é o que pode caracterizar traços e feições do espaço privado em outros versos do mesmo Drummond:

2 ANDRADE, Carlos Drummond. Nosso tempo. In: *Antologia poética*. São Paulo: Record, 2008.

“João amava Teresa que amava Raimundo, que amava Maria que amava Joaquim que amava Lili, que não amava ninguém. João foi para os Estados Unidos, Teresa para o convento, Raimundo morreu de *desastre*, *Maria ficou para tia*, *Joaquim suicidou-se e Lili casou com J. Pinto Fernandes, que não tinha entrado na história.*”³

Concretiza-se aí, metaforicamente, então, *uma incerteza que sempre se abre ao novo*, ensejando o surgimento de inusitadas perspectivas, jungindo e apartando em um só passo, na transversalidade das circunstâncias, as relações pessoais arroteadas ao “jardim” da ambiência privada.

São essas, portanto, possíveis miradas que “público” e “privado” lançam às famílias, que, ao seu turno, não se assentam anacronicamente no ponto exato da interseção dessas projeções, uma vez que somos medidos pela inafastável subjetividade da linguagem.

Como bem assinalou Machado de Assis, “palavra puxa palavra”⁴ e, nesse itinerário, vamos compondo as reflexões direcionadas à temática aqui proposta, eis que refletir sobre as famílias entre o público e o privado vai além da simples ponderação e contraste de disposições legislativas; é nesse entreato de questionamentos que se faz igualmente relevante considerar as transformações percebidas.

Pois bem. Se antes frisamos que tanto a ambiência pública como a ambiência privada passaram, ao fluir do tempo, por inúmeras e distintas alterações em suas feições, também assim o foi com as famílias, justamente no trânsito de sua prévia formatação *singular* predisposta na codificação à *pluralidade* concebida e confirmada pela nova ordem constitucional⁵.

Eis que o tradicional modelo familiar, que instrumentalizava as relações sociais como instituição erigida sobre o tríplice estandarte do *matrimônio*, do *patrimônio* e do *pátrio poder*, dá lugar à *família nuclear eudemonista*, cujo feixe luminoso passa a focar-se por sobre as pessoas que nela se encontram afetivamente envolvidas⁶.

Assim, não seria exagero afirmar que, naquele passo, a família era limitada a representar uma aquarela de tonalidades e cores morais e sociais⁷, em lugar de ser uma tela – como agora é – policrômica para o desenho do sentimento e do afeto.

Essa nova estruturação familiar abriu as portas à estruturação e ao reconhecimento de inúmeros outros modelos, a rigor *modelos sem modelos* apriorísticos, resultado

3 ANDRADE, Carlos Drummond. Quadrilha. In: *Antologia poética*. São Paulo: Record, 2008.

4 ASSIS, Machado de. Primas de Sapucaia! In: *Histórias sem datas*. 18 Contos Reunidos de Machado de Assis. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

5 Nesse sentido: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Famílias simultâneas*: da unicidade codificada à pluralidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

6 OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Curso de direito de família*. 4. ed. Curitiba: Juruá, 1998. p. 12.

7 ARIËS, Philippe. *História Social da Criança e da Família*. 2. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2006. p. 158.

de uma série de transformações sociais especialmente ocorridas aos anos que sucederam a gênese da nova ordem constitucional.

Foi na medida dessas transformações que a *constitucionalização do direito* buscou, nos princípios e valores constitucionais, a ressignificação dos institutos do Direito Civil, promovendo, com isso, a *repersonalização do direito privado*, que fez deslocar o foco jurídico do patrimônio para a pessoa concreta, sujeito de necessidades materiais e imateriais.

Não mais existe um número fechado de hipóteses tuteladas, posto que tutelado, fática e juridicamente, deve ser o valor da pessoa em concretude⁸.

Bem por isso que excluir as relações jurídicas que não se amoldam aos tradicionais caixilhos familiares e rompem a barreira da predeterminação normativa implica em *negar* muito mais do que simples modelos: importa, verdadeiramente, em *olvidar* a própria condição existencial de sujeitos concretos, que vivencialmente buscam a felicidade e a si próprios no afeto para com outrem.

Nesse sentido, importa destacar que, se a família for pensada em um viés plural e aberto, apreendida como espaço de uma *autoconstituição coexistencial*, não cabe nem ao Estado nem à comunidade a definição de como essa autoconstituição será desenvolvida⁹, em quais pilares essa autoconstituição se sustentará ou em quais cores passará ela a se exprimir.

Defendemos, pois, um Estado que faça pacto civilizatório com a diferença e não seja veículo da barbárie que é a intolerância.

Projetar uma espécie de painel de possibilidades, no âmbito dessas perspectivas, traduz o sinônimo de *respeitar* e *acatar* escolhas pessoais, porque se trata, mais do que afirmar a liberdade de fazer escolhas no lugar da não proibição: se cogita de uma “liberdade vivida”¹⁰.

Transpondo essas considerações à leitura fática da realidade, tanto social como jurídica, descortina-se aqui uma hipótese que pode beneplacitar o que antes se disse: à luz dessas ideias, por exemplo, o direito de não casar¹¹ não pode se encerrar na simples e mera possibilidade de compreendê-lo como uma “não submissão” ao jugo das regras inerentes à disciplina deste instituto.

A lei, por certo, estatui uma estabilidade legislativa, relevante para a segurança jurídica, sem dúvida, mas pode, todavia, ser fonte de exclusões e de juízos pré-concebidos, afinal, como já se disse, *a normalidade é a aristocratização da loucura comum!*

8 PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 156.

9 PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. *Institutos Fundamentais do Direito Civil e Liberdade(s)*. Rio de Janeiro: GZ, 2011. p. 333.

10 Ibidem. p. 316.

11 FACHIN, Luiz Edson. *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 96.

Todas as uniões, em igual dignidade jurídica, são fontes de relações das famílias; e, uma vez que erigidas sobre o afeto, negar-lhes efeitos jurídicos importa em negar o desenvolvimento da personalidade das pessoas que nelas se relacionam, que nelas buscam o seu desenvolvimento; enfim, que nelas almejam a construção de si próprias.

Dentre uma gama variada de perspectivas exemplificativas, destaca-se ainda que a orientação sexual de cada ser humano integra, como não poderia ser diferente, a sua esfera mais íntima de construção da personalidade, uma vez que obliterar a possibilidade de uma determinada pessoa viver plenamente, inclusive sob a sua orientação sexual, em seus inúmeros desdobramentos, implica justamente em privá-la de uma das dimensões que dão sentido à sua própria existência¹².

Tal perspectiva bem representa uma via comissiva que dificulta o exercício da liberdade e o desenvolvimento da personalidade de um sem número de pessoas, dilapidando e solapando seus projetos de vida e, por conseguinte, da sua projeção afetiva¹³.

Sob a matriz dessas ideias, não cabe ao Estado impor a *possibilidade* ou, até mesmo, a *impossibilidade* de constituição de famílias simultâneas, uma vez que a estruturação dessas famílias não deve se depreender do ordenamento jurídico, mas das *situações de fato*, construídas que são, nesse caso em específico, sobre o afeto¹⁴.

Afinal, a constituição dessas famílias pode se dar tanto na perspectiva da relação entre pais e filhos quanto na das relações de conjugalidade¹⁵.

Isso se dá porque a constituição dos fatos não se encaixa em apenas um determinado sítio, e a realidade prima invariavelmente pelo inesperado, nos surpreendendo não ao início ou ao fim de uma caminhada, mas sim quando estivermos todos trilhando o meio desse caminho inafastável, ao qual chamamos de *vida*.

Guimarães Rosa ponderou sobre a realidade e a liberdade vivida: “o real não está na saída nem na chegada: ele se dispõe para a gente é no meio da travessia”.

Inúmeras são as possibilidades das famílias constituírem-se faticamente, e nessa singra é que se faz indispensável a “ausente presença” do Estado ao beneplácito do *livre desenvolvimento da personalidade*.

Negar a existência jurídica de um fato arrimado no afeto e nos preceitos constitucionais é mais do que relevar a possibilidade de existência simultânea de modelos familia-

12 BARROSO, Luís Roberto. *Diferentes, mas iguais*: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. Disponível em: <<http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/diferentesmaisiguais.pdf>>. Acesso em: 11.01.2011.

13 Ibidem.

14 FACHIN, Luiz Edson. *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 170.

15 PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. *Famílias Simultâneas: da Unidade Codificada à Pluralidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 169-174.

res; implica em subtrair a possibilidade de uma determinada pessoa buscar, mesmo que indiretamente, o desenvolvimento de sua personalidade em núcleos familiares autônomos.

Na esteira dessas ideias, cita-se outro exemplo ainda mais controverso: poderia, pois, o Estado negar a realidade vivida pelos cônjuges, imputando-lhes sanções pelo descumprimento de um dever que, a depender da concretude do caso em análise, ambos discordam?

Essa questão representa apenas um dos muitos e variados pontos que arrostando ainda mais a atuação e intervenção do Estado na esfera familiar posta ao eixo móvel entre as especialidades do público e do privado.

No intento de melhor esmiuçar esse questionamento, é possível inferir que no tempo presente não mais se insculpe, de modo necessário, o dever de fidelidade como elemento intrínseco da manutenção de uma conjugalidade, dado que, se assim o fosse, o casamento exsurgiria como um instrumento de coerção e repressão sexual¹⁶. A fidelidade formal se verteu na lealdade substancial.

Lembremo-nos do que nos disse Drummond: *João amava Teresa, mas Teresa amava Raimundo, que ao seu turno amava Maria*. Essa é uma constituição de fatos que, para existir, não pede licença à lei ou aos códigos.

E ademais, a lealdade a um projeto de vida não faz morada na fria previsão normativa, mas sim no desejo e vontade daqueles que protagonizam tal projeto, e que nele buscam construir as suas vidas. Mais ainda: apreendem sujeitos que, mais conscientes de seus desejos, são *menos propensos a aceitar dominações e imposições*.

Eis, portanto, a complexidade que hoje vinca as relações familiares pautadas no afeto e na possibilidade plúrima de sua constituição, elementos aos quais não pode o Estado olvidar, e neles nem mesmo intervir.

Propugnar que ao ente estatal compete intervenção dessa magnitude, ou ainda, prever por ato legiferante determinada conduta aos integrantes de um espaço familiar, acarreta a estruturação de apontamentos que não mais se justificam na dinamicidade do tempo presente, onde a constituição plural dos fatos desmente cotidianamente a previsão unificada do Direito.

Michel de Montaigne, sempre olhando para além de seu próprio tempo, já afirmava que “não há menos tormento no governo de uma família do que no de um Estado inteiro”¹⁷.

Assim, propor a intervenção desmesurada do ente estatal na ambiência familiar, espaço onde deve ocorrer o livre desenvolvimento da personalidade humana, importa

16 LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil – Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 120.

17 MONTAIGNE, Michel. *Ensaíos*. Da Solidão. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

inevitavelmente em aceder ao cerceamento da construção dessa personalidade própria das pessoas que pretendem se realizar, em coexistencialidade, naquele espaço familiar.

Mas ao mesmo tempo em que é necessária a configuração de um “Estado ausente”, permitindo que as pessoas constituam suas relações segundo uma *liberdade vivida*, é igualmente necessário que determinados direitos sejam tutelados pela *presente* intervenção do ente estatal, mormente em face daqueles que se encontram mais vulneráveis e desamparados.

Nesse sentido, intervir é necessário quando verificada a potencialidade lesiva à constituição da personalidade de uma pessoa, sendo ela jurídica ou faticamente mais *vulnerável* devido às suas condições pessoais, o que ocorre, à guisa de exemplo, com a criança, o adolescente, o incapaz, o idoso e aqueles que sofrem com a violência familiar.

Destaca-se que as crianças e os adolescentes têm os seus direitos protegidos por leis e tratados, como (i) a Declaração Universal dos Direitos da Criança; (ii) o Pacto de San José da Costa Rica, que em seu art. 19 prevê a atuação do Estado e também da sociedade em benefício da proteção dos menores; (iii) a Convenção sobre os Direitos da Criança adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas; (iv) a Constituição Federal, que dispõe igualmente sobre a proteção da criança e do adolescente no art. 227, § 3º; e (v) o Estatuto da Criança e do Adolescente, além de outras leis esparsas, como a Lei nº 12.010/09, promulgada com o fito de regular o procedimento de adoção no território nacional.

O reconhecimento dessa condição de vulnerabilidade permite ao Estado a intervenção no seio familiar para proteger os direitos dessas pessoas que ainda se encontram em estágio de desenvolvimento, posto que não são ainda consideradas capazes de fazer suprir, por si apenas, as suas necessidades mais básicas¹⁸.

Sempre que os direitos da criança e do adolescente forem violados ou mesmo estiverem sob ameaça de violação, faz-se necessária, aí sim, a pronta intervenção estatal, assegurando que essa pessoa ainda em desenvolvimento venha a ter a possibilidade concreta de construir a sua personalidade pelas suas próprias escolhas, com a garantia de sua *liberdade positiva*.

Emerge então, agora, a figura de um “Estado presente”, do ente estatal que intervém ao beneplácito do desenvolvimento da personalidade humana, repelindo obstáculos e garantindo, mesmo que em perspectiva de prevenção, que o ambiente familiar seja o espaço profícuo para a objetivação plena e inarredável do desenvolvimento da personalidade.

18 COSTA, Antonio Carlos Gomes da. Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: comentários jurídicos e sociais. CURY, Munir; SILVA, Antonio F. do Amaral; MENDEZ, Emílio García (coord.). 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 39.

Assim é que passa a agir o “Estado presente” na recomposição daquele “tempo partido”, tutelando os direitos e melhores interesses em vista a garantir que os possíveis dissabores objetivados na infância façam desenvolver inevitavelmente “homens partidos”.

Seguindo por esse itinerário de ideias é que se afirma que a proteção dos incapazes, naquilo que especificamente se reporta ao âmbito familiar, exige uma intervenção parcial do Estado.

Não é só. Há mais casos em que, não obstante já se tenha dado o pleno desenvolvimento de suas personalidades, estejam algumas pessoas sujeitas à vulnerabilidade fática em face dos demais membros da família que integram.

Tratam-se, v.g., dos idosos e, por igual, daqueles que sofrem com a violência familiar.

Potencializada e complexa, a sociedade contemporânea descortina incessantemente o espaço para uma superatividade e operacionalidade que, ao seu turno, acaba por traduzir uma obsessão pelo êxito perene na vida pessoal e profissional de cada um.

Assim, a medida do ser humano passa a ser dada pela extensão do seu sucesso ou insucesso, na dimensão das atividades que ele exerce ou pode vir a exercer. É como se a sociedade coeva elege-se a figura de um “super-homem” como o totem que simboliza aquilo se espera de cada indivíduo: sempre o êxito e força, nunca a falha e a fraqueza.

Escreve-se então o roteiro do espetáculo social contemporâneo. Acumular atividades, não desperdiçar tempo, afastar a frustração do fracasso e almejar sempre a superação: estes são os tópicos cardeais do itinerário da “sociedade do tempo partido”, que encena e atua em um teatro de competitividade por vezes desleal entre vencedores e vencidos¹⁹.

Reduz-se o espaço, portanto, para aqueles que já trazem na face e no corpo os sinais claros do transcurso do tempo.

Ocorre que, como escreveu Helena Kolody, na *Viagem no Espelho*:

“Tudo o tempo leva.
A própria vida não dura.
Com sabedoria,
Colhe a alegria de agora
Para a saudade futura.”

19 LIPOVETSKY, Gilles. *A felicidade paradoxal*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. p. 279.

Justifica-se, assim, a intervenção estatal no âmbito familiar para resguardar a dignidade de pessoas que se encontram em risco pela desigualdade física existente entre elas e os demais membros do núcleo familiar.

A violência familiar também representa a intolerância evidenciada pela radiografia da ossatura social do presente, uma vez que a transformação do espaço destinado ao afeto em ambiência de agressões frustra peremptoriamente o desenvolvimento salutar da personalidade humana.

Contemplando bem a transposição desses entraves individuais ao impacto que fazem sentir ao coletivo familiar, já se asseverou que “as famílias felizes parecem-se todas; as famílias infelizes são infelizes cada uma à sua maneira”.

Ombreando esses singulares dissabores é que o Estado deve seguir o azimute de sua necessária intervenção, contribuindo para a reestruturação daqueles espaços familiares que passaram a dar ensejo a mais longeva das infelicidades: aquelas que ferem o corpo e inevitavelmente a alma.

No traçado dessas proposições, igualmente possível se faz vislumbrar a inadmissível violência contra a mulher e todo e qualquer membro da família, e isso faz demandar do Estado e de sua prestação normativa jurisdicional a precisa averiguação da *vulnerabilidade concreta* daqueles que se relacionam no ambiente familiar, para que a cada um deles seja dada uma resposta pronta e fidedigna, fazendo concretizar, dessa forma, o preceito constitucional da *tutela integral da dignidade da pessoa*²⁰.

Ainda que seja “aparente paradoxo”, a exigência de não intervenção do Estado na constituição da personalidade corresponde necessariamente uma mesma presença ativa do Estado, intervindo embebido no fito precípua de tutelar os direitos daqueles que, jurídica ou faticamente, estão em uma *posição de fragilidade*, como é o caso da criança, do adolescente, do incapaz, do idoso e daqueles que sofrem com a violência familiar.

Constata-se, assim, que se a espacialidade pública está mais para o processo de construção de diálogos, a ambiência privada se conduz mais para a fortificação de identidades. Para tanto, aqui não estão aqueles que se dispuseram apenas a flunar; aqui estão aqueles que sabem, pela dor ou pela alegria, que há caminhos, ritmos e tempos, eis que às vezes é preciso compreender, na dialética dialogicidade da vida, *o tempo necessário para ir do início ao fim!*

Isso melhor se traduz na apreciação da complexidade que engendra a tessitura contemporânea da relação entre os espaços público e privado, que vinca o “tempo

20 BARBOZA, Heloisa Helena. Vulnerabilidade e Cuidado. In: PEREIRA, Tânia da Silva *et al.* (coord.). *Cuidado e Vulnerabilidade*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 108.

partido” da “praça” com a incerteza itinerante do “jardim”, ambiências que sustentam a formatação plural das famílias.

Na praça – retomemos Drummond:

“Os homens pedem carne. Fogo. Sapatos. As leis não bastam. Os lírios não nascem da lei.”

No jardim – ainda Drummond:

“João amava Teresa que amava Raimundo, que amava Maria que amava Joaquim que amava Lili, que não amava ninguém.”

No entremeio da praça e do jardim, tomam vulto as feições de uma “sociedade de hiperconsumo”, onde o consumidor passa a ser, ele mesmo, um *hiperconsumidor* movido pelo temor irrefreável que sente do “envelhecimento das sensações”, buscando sempre renovar freneticamente aquilo que se sente ou se almeja sentir.

Por tais razões se infere que o *hiperconsumo* traduz, principalmente para os mais jovens, a possível construção de uma nova e falsa identidade²¹.

Na paradoxal dissolução das diferenciações sociais de consumo que o tempo presente oferece, é que muitos aplacam sua *ansiedade* na única diferenciação que ainda se faz possível, “comprar”: aquela falsa diferença apta a traduzir, com cores e adereços diversos, distintos traços de personalidade.

Por essas razões é que se faz possível definir que, na atualidade da pretensão de democratização do consumo, percebe-se um intenso desejo de *diferenciação*. Assim, todos a si próprios consomem.

Isso porque a sociedade de consumo passa a inflar a necessidade em destacar-se, em ser ponto distinto inserido numa coalizão de cores idênticas. A identidade é aquela vista pelo outro, uma identidade que representa significado mais para os outros que para si próprio.

Não há muito, José Saramago escreveu que é possível sentir uma “insatisfação, sobretudo dos jovens, perante um mundo que já não oferece nada, só vende”.

Quiçá essa insatisfação, na gama complexa da contemporaneidade hipermoderna, tenha se convertido em um aceder incontestável, servindo o “tempo partido” do espaço público como uma espécie de “fuga” em busca da identidade que dificilmente ali se estruturará. Daí o papel fundamental das famílias, e nelas o “refúgio dos sentidos”.

A família e o afeto, enfim, não são *commodities* nem podem ser banalizadas.

21 LIPOVETSKY, Gilles. *A Felicidade Paradoxal*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. p. 50.

Nelas, comungam *jornada e destino*, que se articulam de tal modo como se entrelaçam *público e privado*.

O que permanece é a urgente necessidade de se pensar e refletir, dada a complexidade da realidade contemporânea, como o Direito se projetará nessa contemplação que entrevê as famílias na interlocução do *público* e do *privado*.

Nesse caminho de traçados aparentemente indecifráveis é que se destaca o comprometimento com a reconstrução do Direito, e ainda mais: da própria sociedade para além da compreensão cartesiana na realidade. É preciso reinventar o direito na *vida* e no *direito*.

Daí a importância dos princípios constitucionais, que possibilitarão ao intérprete e aplicador do Direito, segundo um juízo crítico racional de ponderação, atentos à conformação da ordem normativa na realidade, averiguar a necessidade ou não de intervenção do Estado nas relações familiares.

Que o presente Congresso, a par de sua inarredável relevância, seja o espaço profícuo para a discussão do tema, família, por certo.

Eis o desafio que afasta reducionismos e simplificações. Afinal, o Direito e as Famílias, nas *famílias* do Direito, é o singular no complexo, um plural que problematiza tanto o campo das relações interprivadas quanto a espacialidade pública.

Tenhamos presente Helena Kolody:

“Para quem viaja ao encontro do sol É sempre madrugada.”

Muito grato pela vossa atenção.

BIBLIOGRAFIA

ARIÈS, Philippe. *História Social da Criança e da Família*. 2. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2006.

BARBOZA, Heloisa Helena. Vulnerabilidade e Cuidado. In: PEREIRA, Tânia da Silva *et al.* (coord.). *Cuidado e Vulnerabilidade*. São Paulo: Atlas, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *Diferentes, mas iguais*: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. Disponível em: <<http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/diferentesmaisiguais.pdf>>. Acesso em: 20.07.2010.

BEAUVOIR, Simone de. *A Velhice*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1990.

COSTA, Antonio Carlos Gomes da. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*: comentários jurídicos e sociais. In: CURY, Munir; SILVA, Antonio F. do Amaral; MENDEZ, Emílio García (coord.). 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

FACHIN, Luiz Edson. *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

LIPOVETSKY, Gilles. *A Felicidade Paradoxal*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

LÓBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do Direito Civil*. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/507/constitucionalizacao-do-direito-civil>>. Acesso em: 20.07.2011

_____. *Direito Civil – Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Curso de direito de família*. 4. ed. Curitiba: Juruá, 1998.

PERLINGIERI, Pietro. O Estudo do direito e a formação do jurista. In: *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *Perfis do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. *Famílias Simultâneas: da Unidade Codificada à Pluralidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. *Institutos Fundamentais do Direito Civil e Liberdade(s)*. Rio de Janeiro: GZ, 2011.

PONTES. Patrícia Galvão. *Estatuto do idoso comentado*. Naide Maria Pinheiro (coord.). São Paulo: LZN, 2006.

ATO-FATO DA VIDA CIVIL – QUESTÕES REGISTRAS DO DIREITO DAS FAMÍLIAS

*Márcia Fidelis Lima**

SUMÁRIO: Introdução. A Evolução do Ser Humano nos Livros de Registro. Atos Registras e sua Aplicabilidade – Breves Definições. Certidão – Espelho do Registro. Conclusão.

INTRODUÇÃO

O Registro Civil das Pessoas Naturais é o ramo do Direito responsável pela exteriorização dos atos e fatos da vida civil do cidadão, garantindo-lhe a publicidade e a autenticidade das mais diversas alterações de seu estado, podendo, inclusive, ser condição de eficácia, como ocorre com o divórcio e com a emancipação. Em razão disso, pode-se afirmar que a importância do registro civil está diretamente relacionada com o exercício dos Direitos das Famílias, porque entrega ao cidadão documentos que espelham a história de sua vida civil e, ao mesmo tempo, o contextualizam na comunidade em que vive. Qualquer desencontro entre a realidade e o que for inscrito no registro público pode gerar prejuízos e, muitas vezes, constrangimentos que se consolidam e se eternizam sob o manto da presunção de verdade inerente ao registro. E, muitas vezes, restabelecer a verdade – ou a vontade – pode não ser possível nem mesmo pelas vias judiciais. Tudo isso, porém, pode ser evitado com um trabalho responsável e criterioso dos profissionais das mais diversas áreas do Direito. Determinar o cancelamento de um registro primitivo de nascimento e a consequente lavratura de novo registro constando como pais os adotivos, após sentença de adoção, é seguir a letra da lei. Mas para a inscrição da sentença de retificação de registro civil que determina a alteração de gênero no registro do transexual já não existe roteiro pré-definido.

A EVOLUÇÃO DO SER HUMANO NOS LIVROS DE REGISTRO

“O Registrador nos conta a história de nossos antepassados e eterniza nossa história, que será contada a nossos descendentes.”

* Oficial de Registro Civil em Minas Gerais; Vice-Presidente do Colégio Registral de Minas Gerais.

O fato “nascimento” de hoje é o mesmo fato desde o início dos tempos: uma criança veio à luz e respirou pela primeira vez! Onde está a evolução humana acerca do fato do nascimento de uma criança? A evolução está nos direitos que esse nascimento gera ao novo ser humano e no modo de exercê-los.

Há pouco mais de um século o nascimento era registrado pela Igreja Católica. Era com o “batismo” que a criança recebia um nome e era inserida no meio social em que vivia sua família. Para saber a história, a origem de uma pessoa, nascida há pouco mais de um século, era necessário buscar dados nos registros eclesiásticos. Nesses eram encontradas informações sobre quem nasceu, onde e quando, desde que esse nascimento atendesse aos critérios definidos pela igreja. Da mesma forma eram registrados os casamentos e os óbitos. É inegável a importância desse trabalho feito pela igreja para a história do ocidente.

Apenas em 1888, com os Decretos ns. 9.886 e 10.044, é que cessaram os efeitos civis dos registros eclesiásticos e o Estado passou a ser responsável pelo registro de seu povo. Desvinculou-se da igreja o exercício dos direitos civis da pessoa.

Desde então, os nascimentos são registrados no Serviço de Registro Civil das Pessoas Naturais. Mas até poucos anos atrás, apesar de ser o Estado a registrar e do ato ser civil, a forma de lavrar e o conteúdo dos assentos praticamente não foram alterados desde quando eram feitos pela Igreja Católica. Seguíam, quase que na totalidade, as regras instituídas por ela. Nesses assentos, além das informações ligadas ao fato “nascimento”, como local e data, também seriam encontradas informações acerca da situação familiar do sujeito, se nascido de uma família, quando os pais eram casados entre si, ou se de uma “relação espúria”, fora do manto “sagrado do matrimônio”.

E o fato “nascimento” não mudou. Continua o mesmo. O que mudou foi a visão institucional da família. Hoje o objetivo da família é garantir o livre e pleno desenvolvimento pessoal de cada um de seus membros, deixando ela o lugar de instituição procriadora e garantidora de bens materiais. Para acompanhar essas mudanças foi imperioso atualizar a forma de registrar. A evolução do registro deve estar, necessariamente, no compasso da evolução social.

Após as modernizações trazidas principalmente pela Constituição de 1988, reafirmadas e regulamentadas pela legislação infraconstitucional, os assentos de nascimento agora trazem apenas informações que são estritamente relacionadas com a pessoa registrada, geradoras e determinadoras de seu estado, como sua naturalidade, sua data de nascimento, e até a sua ascendência, mas não com o objetivo de inseri-la ou não em um contexto familiar, mas simplesmente para definir seu estado de filiação. Não importa mais se o filho é adotivo, se nasceu de pais casados entre si ou não, se seus pais já se divorciaram ou não.

Porém, o registro espelha o ordenamento jurídico vigente à época de sua lavratura. Informações que hoje são proibidas de serem mencionadas em um assento de nascimento, como o estado civil dos pais, antes eram obrigatórias e não há como apagá-las.

Para garantir o preceito constitucional de que não haverá distinção entre os seres humanos pela origem de sua filiação, dois diplomas legais entraram em vigor: o Estatuto da Criança e do Adolescente, em 1990, e a Lei nº 8.560, mais conhecida como Lei da Investigação de Paternidade, em 1992.

Dentre as muitas mudanças trazidas por essas leis, para o Registrador Civil elas estabeleceram rígidos limites ao princípio da publicidade, disciplinando o sigilo ao registrar uma adoção e ao emitir uma certidão de um registro que tenha informações que permitam identificar o estado civil dos pais. Isso porque não adianta a sociedade mudar sua mentalidade e deixar de discriminar os filhos de pais não casados, se a certidão de nascimento dele for totalmente diferente da certidão do colega da escola.

E reforçando as mudanças da década de 90, recentemente, pelo Decreto Presidencial nº 7.231/2010, foi instituído o modelo padrão de certidão, que, dentre outros objetivos, garantiu a todos os brasileiros o direito de terem documentos iguais. Agora, as certidões de nascimento, casamento e óbito de qualquer Serviço Registral do país contêm os mesmos dados, as mesmas informações. O modelo padrão possibilitou extinguir da certidão de nascimento terminologias que poderiam ter algum caráter discriminatório. Ao invés de campo próprio para nomes da mãe, do pai, dos avós maternos e dos avós paternos, os campos são genéricos, tendo como títulos: “filiação” e “avós”. Assim, não são mais necessárias informações constrangedoras como “pai incógnito” ou “pai ignorado”, ou “avós paternos ignorados” ou “avô materno ignorado”.

Mas essas novas realidades precisam ser assimiladas e implementadas. É necessário um esforço conjunto de todos os profissionais do Direito diretamente envolvidos com o Direito das Famílias, como magistrados, advogados, representantes do Ministério Público, notários e registradores para que essas medidas alcancem seu destinatário, que é o cidadão, com eficácia, de forma a preservar a sua intimidade e a promover o seu digno desenvolvimento pessoal. Por ser o registro civil o exteriorizador dos atos e fatos da vida civil e, por ser a partir dele que é emitida a certidão, que é o documento que irá dar publicidade e fazer prova do atual estado da pessoa natural, é necessário que todos saibam empregar corretamente as modalidades de atos registrais, avaliando, inclusive, o que melhor se aplica a cada caso concreto. Mas, infelizmente, a realidade é que, muitas vezes por descuido, ou até mesmo por desconhecimento, os próprios profissionais do Direito ocasionam situações constrangedoras, ou por proferir a or-

dem inadequada, ou por requerer a realização de um ato registral, quando na verdade o caso exige outro, ou por cumprir de forma equivocada uma determinação judicial.

ATOS REGISTRAS E SUA APLICABILIDADE – BREVES DEFINIÇÕES

A atividade registral civil das pessoas naturais pode ser resumida basicamente em três atos registras: assento inicial, registro inicial ou termo inicial; averbação e anotação. O conjunto dessas três formas de se inscrever um ato ou fato da vida civil da pessoa é que é o registro, propriamente dito.

O registro inicial é o texto original, tal como foi lavrado no momento da declaração ou de acordo com a determinação judicial, no livro próprio em exercício.

Uma vez finalizado o registro inicial, quaisquer alterações nele somente poderão ser inscritas por averbação.

A legislação exemplifica atos que são averbáveis no Registro Civil das Pessoas Naturais, mas devemos entender por averbação qualquer nota ou informação contida à margem direita do termo inicial, que altere de alguma maneira, o seu conteúdo.

Portanto, o registro inicial, após ser finalizado, somente poderá ser alterado por averbações, que são notas inscritas à margem direita do termo inicial. Essas notas modificadoras do registro não podem ser confundidas com o ato registral denominado “anotação”.

Nascimentos e casamentos, por exemplo, são registráveis em livros diversos, podendo ser lavrados no mesmo Serviço Registral ou não. São registros diferentes que se referem a uma mesma pessoa. A forma de interligar esses registros de uma mesma pessoa, formando uma rede fictícia que permita a pronta busca por todos os registros de seus atos e fatos da vida civil, é através da anotação. Conforme determina o art. 106 da Lei de Registros Públicos, toda vez que for lavrado um registro novo de um cidadão e toda vez que esse registro for alterado, esses atos deverão ser anotados à margem direita dos registros anteriores dele, com remissões recíprocas. Assim, todo casamento deverá ser anotado às margens do assento de nascimento de ambos os cônjuges. Eventual divórcio será averbado no registro de casamento e anotado no registro de nascimento. Caso haja novo casamento, tanto o registro do casamento anterior quanto o registro de nascimento, deverão conter a anotação do novo casamento. E assim será até ocorrer o óbito, que deverá ser anotado em todos os registros de casamento, até chegar ao registro de nascimento do cidadão.

A anotação, portanto, é o ato registral que permite interligar todos os registros de uma mesma pessoa.

Assim, o conjunto formado pelo termo inicial, ou registro inicial e todas as averbações e anotações contidas em sua margem, é o que chamamos de *registro*.

CERTIDÃO – ESPELHO DO REGISTRO

Não se pode confundir registro com certidão. A certidão é um extrato da informação contida no registro. É uma exteriorização do conteúdo do registro, responsável por levar à sociedade a informação acerca da vida civil da pessoa. Por isso, ela é a eventual portadora do elemento causador de constrangimento.

É possível ilustrar essa afirmação tomando como exemplo um caso de alteração de nome e gênero em consequência de transexualidade. O que se busca num processo de retificação, nesses casos, é a exteriorização de um fato real. A pessoa está portando um documento civil que não condiz com sua realidade atual. Assim, ultrapassado o mérito e deferido o pedido, é necessário registrar. Como não existe previsão legal expressa do ato registral aplicável para essa retificação, cujo objeto é bastante peculiar, caberá ao magistrado determinar ao registrador o que fazer. E ele poderá fazê-lo de diversas formas, cada uma delas com consequências mais ou menos impactantes na vida desse cidadão, conforme se vê:

“1. Determinar a averbação, pura e simples, da alteração de nome e gênero do registrado, à margem do termo de nascimento. Como o conteúdo dessa averbação não está no rol, expresso em lei, das exceções ao princípio da publicidade no registro público, poderá ser mencionado em certidões, causando ao cidadão enorme constrangimento toda vez que precisar apresentar seu documento de registro civil.

2. Determinar a averbação, proibindo que conste em certidões qualquer referência à sua existência à margem do termo. Essa decisão, além de ferir o que determina o art. 21 da Lei nº 6.015/73, causa insegurança jurídica, uma vez que o registrador, ao deixar em branco o campo das averbações da certidão, estaria certificando e dando fé pública de uma inverdade, dizendo que referido registro nunca foi alterado desde a sua lavratura.

3. Determinar a averbação proibindo que seu conteúdo seja mencionado em certidões. Da certidão constaria a expressão: ‘O presente registro apresenta elementos de averbação à margem do termo’, conforme preceitua o art. 21 da Lei nº 6.015/73. Nesse caso, apesar do constrangimento não estar explícito na certidão, não raro o registrado seria questionado sobre a alteração que foi feita em seu registro. E, além disso, em seu registro de nascimento, esse histórico estaria presente. Mas, de forma análoga à que se averba um reconhecimento de paternidade, essa poderia ser uma alternativa com resultados menos constrangedores que os das hipóteses anteriores.

4. Determinar o cancelamento do registro primitivo do transexual e a consequente lavratura de novo registro, constando o novo nome e o novo gênero, da mesma forma que se procede ao registrar uma adoção. Argumenta-se a possibilidade de causar prejuízos a terceiros. Esse é um risco real, mas não é diferente do que ocorre na adoção de maiores de 18 anos, que, com a Lei nº 12.010/09, passou a ser regida também pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. O devido cuidado deverá ser observado no decorrer do processo judicial, que deverá ser instruído com provas de idoneidade. E da mesma maneira que, para o filho adotivo a medida tem por finalidade atender ao preceito constitucional de que ninguém será discriminado pela origem de sua filiação, para o transexual, cancelar seu registro para evitar o histórico de vida constrangedor é garantia de atendimento ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.”

Importante ressaltar que, quando se fala em cancelamento de registro, por qualquer motivo, é importante observar a existência de eventual casamento, ou se já tem filhos, pois esses registros também deverão ser alterados para serem adequados à nova realidade, independentemente do motivo do cancelamento.

Por todas essas razões, frisa-se, é que se faz imperioso o empenho conjunto dos profissionais diretamente envolvidos com a vida civil do ser humano.

CONCLUSÃO

João Walter Nery¹, primeiro transexual masculino a ser operado no Brasil, teve que se reinventar, agindo à margem da lei, para encontrar um lugar no mundo. Como mecanismo de autodefesa, de autoproteção, “extinguiu” a Joana e nasceu João. Declarou, aos 27 anos, juntamente com duas testemunhas, perante o Oficial do Registro Civil, o nascimento do João, ele mesmo. Até que ponto ele mentiu quando disse ao registrador nunca ter tido registro na vida? Ele nunca se sentiu Joana! Para ele, aquele registro de nascimento de uma menina chamada Joana nunca foi seu! Seu corpo mentia contra ele! Para ele, o registro lavrado aos 27 anos, realmente foi o primeiro ato que o identificou, que o qualificou, que disse quem era ele! Não é esse um dos objetivos do registro? Tanto o Estado, quanto a sociedade devem engendrar esforços para garantir a todos a cidadania com dignidade! Sem que sejam necessárias “Viagens Solitárias” como a do João, que, numa busca desesperada por existir, se viu obrigado a enganar o Estado. Estado esse que, por sua vez, às vezes falha em seu dever constitucional de proteger o ser humano em sua dignidade!!

1 NERY, João Walter. *Viagem Solitária*. Memórias de um transexual trinta anos depois. Rio de Janeiro: Leya, 2011.

UM ESTATUTO PARA A DIVERSIDADE SEXUAL

*Maria Berenice Dias**

SUMÁRIO: Emendas Constitucionais. Discriminação. Licença-Natalidade. Casamento e União Estável. Estatuto da Diversidade Sexual. A Construção de um Microsistema. Nomes e Nomenclaturas. Objeto e Objetivos. Princípios. Direito à Livre Orientação Sexual. Direito à Igualdade e à Não Discriminação. Direito à Convivência Familiar. Direito à Identidade de Gênero. Direito à Saúde. Direitos Previdenciários. Direito à Educação. Direito ao Trabalho. Direito à Moradia. Acesso à Justiça e à Segurança. Dos Meios de Comunicação. Relações de Consumo. Dos Delitos e das Penas. Políticas Públicas. Legislação Infraconstitucional.

O último censo revelou a existência de 60 mil famílias constituídas por pessoas do mesmo sexo. Às claras que esse número não quantifica as pessoas lésbicas, *gays*, bissexuais, transexuais, travestis, e transgêneros, identificadas pela sigla LGBT. Em face do enorme preconceito de que são alvo, da perseguição que sofrem, da violência de que são vítimas, não há como pretender que revelassem ao recenseador a natureza de seus vínculos afetivos. Ao depois, sequer foi questionada a identidade sexual das pessoas residentes no imóvel.

Ainda que imensurável, é impossível condenar parcela da população à invisibilidade, deixando-a à margem da tutela jurídica. Desta realidade tomou consciência a Justiça quando, há mais de uma década, passou a reconhecer as uniões homoafetivas como entidade familiar. De tão reiteradas algumas decisões, direitos passaram a ser deferidos em sede administrativa, como a concessão pelo INSS de pensão por morte e auxílio-reclusão; o pagamento do seguro DPVAT; e a expedição de visto de permanência ao parceiro estrangeiro. Também a inclusão do companheiro como dependente no imposto de renda e a soma do rendimento do casal para a concessão de financiamento imobiliário foi regulamentada.

Como os avanços começaram no âmbito da Justiça, surgiu a necessidade de qualificar os profissionais para atender a crescente demanda deste segmento na busca

* Advogada; Presidenta da Comissão da Diversidade Sexual da OAB; Vice-Presidenta Nacional do IBDFAM – www.mbdias.com.br; www.mariaberenice.com.br; www.direitohomoafetivo.com.br.

de direitos, o que levou a Ordem dos Advogados a criar Comissões da Diversidade Sexual em todos os cantos do Brasil.

De outro lado, em face da falta de um sistema integrado de divulgação da jurisprudência, sempre houve enorme dificuldade de acesso às decisões de juízes e tribunais. Por isso, as Comissões assumiram o compromisso de amearhar os julgados de todas as justiças e graus de jurisdição. O resultado foi surpreendente, o que ensejou a construção de um portal¹ que permitiu quantificar as quase duas mil decisões que garantem direitos no âmbito do direito das famílias, do direito sucessório e previdenciário. Lá também são noticiados os avanços na esfera da administração pública e na iniciativa privada, no âmbito federal, estadual e municipal.

Este levantamento em muito contribuiu para o julgamento do Supremo Tribunal Federal que, ao apreciar duas ações constitucionais², reconheceu as uniões homoafetivas como entidade familiar. A decisão, além de ter efeito vinculante e eficácia perante todos, desafiou o legislador a inserir a população LGBT no sistema jurídico. Afinal, nunca nenhum projeto de lei ou proposta de emenda constitucional logrou ser votado – e muito menos aprovado – por qualquer das casas legislativas. Sempre prevaleceu o medo escudado em alegações de ordem religiosa, o preconceito disfarçado em proteção à sociedade.

No entanto, era chegada a hora de dar um basta à hipocrisia e alguém precisava tomar a iniciativa. Ninguém mais poderia aceitar este grande desafio do que os advogados deste país. Afinal, foram os precursores de todos os avanços, provando que são mesmo indispensáveis à administração da Justiça, como reconhece a Constituição Federal. Foram eles que ousaram bater às portas do Poder Judiciário, buscando o reconhecimento de direitos inexistentes a um segmento invisível e alvo de severa discriminação.

Comprometido com a construção de uma sociedade livre, igualitária e democrática, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil assumiu a missão quase impossível de elaborar um projeto legislativo e promover uma ampla revisão da legislação infraconstitucional para assegurar os direitos que já vinham sendo reconhecidos, tanto no âmbito jurisprudencial como na esfera administrativa.

Em audiência pública, realizada no dia 22 de março de 2011, foi aprovada a criação da Comissão Especial da Diversidade Sexual³, integrada por profissionais

1 Disponível em: <www.direitohomoafetivo.com.br>.

2 ADI 4.277 e ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05.05.2011.

3 Portaria nº 16/2011, de 15 de abril de 2011, Composição: Maria Berenice Dias (RS) – Presidenta. Integrantes: Adriana Galvão Moura Abílio (SP); Jorge Marcos Freitas (DF); Marcos Vinicius Torres Pereira (RJ) e Paulo Tavares Mariante (SP). Consultores: Daniel Sarmento (RJ); Luís Roberto Barroso (RJ); Rodrigo da Cunha Pereira (MG) e Tereza Rodrigues Vieira (SP).

que, pelas suas trajetórias de vida, gozam do respeito e do reconhecimento da comunidade científica. A eles foi delegada a difícil tarefa de consolidar um conjunto de normas e regras que servisse para aperfeiçoar o sistema legal, de modo a acolher parcela significativa da população que, injustificavelmente, se encontra alijada dos mais elementares direitos de cidadania.

O Anteprojeto do Estatuto da Diversidade Sexual foi elaborado a muitas mãos. Contou com a efetiva participação das mais de 50 Comissões da Diversidade Sexual das Seccionais e Subseções da OAB, já instaladas, ou em vias de instalação. Além disso, foram ouvidos os movimentos sociais, que encaminharam cerca de duas centenas de propostas e sugestões.

Em 23 de agosto de 2011, o Anteprojeto foi formalmente entregue ao Presidente do Conselho Federal da OAB, que o encaminhou à apreciação do Conselho Federal, sob a relatoria do Conselheiro Federal Carlos Roberto Siqueira Castro. O Relator levou-o a julgamento no dia 19 de setembro, apresentando minucioso parecer pela sua aprovação. Conclui o voto: “apoiar a proposta de Emenda Constitucional e o Anteprojeto do Estatuto da Diversidade Sexual elaborado pela ilustrada Comissão Especial de Diversidade Sexual do Conselho Federal da OAB significa contribuir em nosso País para uma histórica sublimação na disciplina jurídica aplicável às igualdades e à rejeição dos preconceitos e discriminações que infelicitam o espírito humano. Por estar convencido da oportunidade, da necessidade e da excelência do trabalho apresentado, com as mínimas ponderações de início aduzidas, voto no sentido da sua aprovação, a fim de que o mesmo, por iniciativa de nossa augusta Casa dos Advogados, possa seguir o curso da aprovação que considero justo e desejável mediante a tramitação devida junto ao Congresso Nacional”.

Concedido prazo para emendas, foram apresentados quatro destaques, nenhum deles contrário à sua aprovação. Assim, tão logo votado, deverá ser encaminhado à Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa do Senado Federal, pois o Conselho Federal da OAB dispõe de legitimação ativa universal, dispensada comprovação da pertinência temática⁴.

Deste modo, a Ordem dos Advogados do Brasil, ao elaborar o Estatuto da Diversidade Sexual – o mais arrojado anteprojeto deste século, quer pela sua abrangência, quer pelo seu significado e alcance –, mais uma vez assume o destacado compromisso que desempenhou no processo de democratização do país e em todas as demais lutas que enfrentou em defesa do Estado e do direito dos cidadãos.

4 Parágrafo único do art. 5º e § 2º do art. 7º do Ato nº 1/06, que regulamenta o art. 102-E do Regimento Interno do Senado Federal, alterado pela Resolução nº 1, de 2005.

EMENDAS CONSTITUCIONAIS

Uma vez que a Constituição prioriza o respeito à dignidade e consagra a liberdade e a igualdade como princípios fundantes de um Estado Democrático de Direito, indispensável que, modo expresso, vete a discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero; assegure os direitos decorrentes da homoparentalidade e reconheça a família homoafetiva como entidade familiar.

Como o Conselho Federal da Ordem dos Advogados não tem legitimidade para propor emendas, em 23 de agosto de 2011, a Comissão Especial da Diversidade Sexual entregou à Senadora Marta Suplicy a proposta de alteração de sete dispositivos da Constituição Federal.

Em 19 de setembro, o Conselho Federal da OAB, acolheu o voto do Relator, Conselheiro Carlos Roberto Siqueira Castro, ratificando e ampliando a proposição original de emendar a Constituição.

O projeto deu origem a três Propostas de Emenda Constitucional. Uma proíbe discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero, inclusive nas relações de trabalho. Outra substituiu a licença-maternidade e a licença-paternidade pela licença-natalidade, a ser concedida indistintamente a qualquer dos pais. Ambas já se encontram na Comissão de Constituição e Justiça do Congresso Nacional⁵. A terceira proposta, que explicita a possibilidade do casamento e o reconhecimento da união estável aos vínculos homoafetivos, aguarda a colheita de assinaturas pelo Deputado Federal Jean Willys.

Todos esses são direitos que precisam constar na Carta Constitucional, sob pena de se comprometer a própria estrutura do Estado, que tem por fim a proteção de seus cidadãos. De todos eles.

Afinal, ninguém duvida que todos são iguais perante a lei.

DISCRIMINAÇÃO

A Constituição Federal é cuidadosa em vetar qualquer forma de discriminação, referência que se encontra inclusive no seu preâmbulo, ao garantir uma *sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos*.

Ao identificar os objetivos fundamentais da República, a chamada Lei Maior assume o compromisso de promover o bem de todos sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade ou qualquer outra forma de discriminação. No entanto, olvidou-se o constituinte de proibir, modo expresso, discriminação em decorrência da orientação

5 PECs ns. 110 e 111, de 08.11.2011.

sexual ou identidade de gênero. Esta omissão gera um sistema de exclusão incompatível com os princípios democráticos de um estado igualitário, deixando número significativo de cidadãos fora do âmbito da tutela jurídica. Diante deste imperdoável silêncio, homossexuais, lésbicas, bissexuais, transexuais, travestis, transgêneros e intersexuais são reféns de toda a sorte de violência. Como não estão ao abrigo da legislação que criminaliza a discriminação, as perseguições de que são vítimas restam impunes. Esta é a causa maior e a pior consequência da homofobia.

Daí a indispensabilidade de inserir as expressões orientação sexual ou identidade de gênero no art. 3º, inciso IV⁶, e no art. 5º, inciso XLI⁷, da Constituição Federal, para deixar explícito que a população LGBT precisa ter sua identidade respeitada, escancarando a necessidade de criminalizar os delitos fruto da intolerância homofóbica.

A vedação de discriminação também precisa chegar ao ambiente de trabalho, como forma de dar efetividade ao princípio isonômico nas relações laborais. Assim, é necessária a alteração do inciso XXX do art. 7º da Constituição Federal⁸, proibindo diferenças salariais e a adoção de critérios diferenciados para a admissão e o exercício de funções laborais, em razão da identidade de gênero ou orientação sexual.

LICENÇA-NATALIDADE

Duas ordens de motivação ensejaram a proposta de acabar com o tratamento diferenciado a mães e pais. Cada vez mais se valoriza a paternidade responsável, assegurando aos genitores os mesmos direitos e impondo a ambos os deveres inerentes ao poder familiar. Deste modo, é indispensável consagrar a igual responsabilidade parental. Nada justifica a concessão da licença de quatro meses para a mãe e, ao genitor, somente escassos cinco dias. Daí a necessidade de se adotar a licença-natalidade.

6 Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

(...)

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, etnia, raça, sexo, orientação sexual ou identidade de gênero, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

7 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XLI – a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais com base em raça, sexo, cor, origem, idade, orientação sexual ou identidade de gênero;

8 Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

XXX – proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, orientação sexual, identidade de gênero, idade, cor ou estado civil;

A exemplo das legislações de muitos países, a proposta é eliminar tanto a licença-maternidade como a licença-paternidade, assegurando, de forma indistinta, licença-natalidade, com prazo de duração de seis meses. Este é período já reconhecido para assegurar o melhor desenvolvimento da criança, que terá direito à presença de um de seus pais, da maneira que seja mais conveniente a eles.

Esta é a justificativa da proposta de alteração dos incisos XVIII e XIX do art. 7º da CF⁹, para assegurar licença-natalidade a qualquer dos pais, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e oitenta dias.

Durante os 15 primeiros dias após o nascimento, a adoção ou a concessão da guarda para fins de adoção, a licença-natalidade é usufruída a ambos os pais. No período subsequente, por qualquer deles, de forma não cumulativa, segundo deliberação do casal.

Como o benefício independe do sexo do genitor, eliminam-se os inúmeros questionamentos que surgem frente à homoparentalidade, quando o beneficiado é um homem, ou é um casal masculino ou feminino. Cessam as dúvidas sobre a quem conceder a licença e por quanto tempo, nas hipóteses de adoção ou reconhecimento da dupla parentalidade por casais homoafetivos.

A igualdade de oportunidade a ambos vem em benefício da própria família, pois se estende a todos, independente da orientação sexual dos pais.

Outro ganho significativo é reduzir a discriminação contra as mulheres no mercado de trabalho, pois, a possibilidade da gravidez muitas vezes dificulta a inserção profissional.

CASAMENTO E UNIÃO ESTÁVEL

Por dever de justiça há que se louvar a corajosa e sensível decisão do Supremo Tribunal Federal que, em 5 de maio de 2011, à unanimidade, reconheceu as uniões homoafetivas como entidade familiar. O histórico julgamento garantiu aos parceiros homossexuais os mesmos direitos e deveres dos companheiros das uniões estáveis.

9 CF, art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

XVIII – licença-natalidade, concedida a qualquer dos pais, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e oitenta dias;

XIX – durante os 15 dias após o nascimento, a adoção ou a concessão da guarda para fins de adoção, a licença é assegurada a ambos os pais. O período subsequente será gozado por qualquer deles, de forma não cumulada.

Deu ao art. 1.723 do Código Civil¹⁰ interpretação conforme a Constituição Federal, excluindo qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como “entidade familiar”, entendida como sinônimo perfeito de “família”¹¹.

Em face do efeito vinculante e eficácia *erga omnes* do julgado¹², inúmeros juízes e tribunais passaram a admitir a conversão das uniões homoafetivas em casamento, até que o STJ¹³, em decisão não menos louvável, garantiu acesso ao casamento, mediante habilitação direta perante o Registro Civil. A partir desses antecedentes, vários Tribunais estão normatizando os procedimentos – quer para o casamento direto, quer por conversão – a serem adotados pelos registros públicos, sendo dispensada a via judicial.

Essas mudanças precisam ser inseridas na Constituição Federal, dando-se nova redação ao § 1º do art. 226¹⁴, para explicitar a possibilidade do casamento civil entre duas pessoas, independente da orientação sexual¹⁵.

Também é necessário substituir a equivocada referência a “homem e mulher”, constante do § 3º do mesmo art. 226¹⁶, para acabar com a resistência de alguns em admitir a união estável entre duas pessoas como entidade familiar¹⁷.

Somente reconhecendo a união estável e garantindo acesso ao casamento aos vínculos homoafetivos estará assegurada a extensão de todos os direitos e garantias fundamentais à população LGBT.

10 CC, art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

11 Ofício 81/P-MC, datado de 09.05.2011, expedido pelo Presidente Ministro Cezar Peluso, aos Presidentes de todos os Tribunais: Comunico a Vossa Excelência que o Supremo Tribunal Federal, na sessão plenária realizada em 5 de maio de 2011, por unanimidade, reconheceu a arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 como ação direta de inconstitucionalidade. Também por votação unânime, julgou procedente a ação, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, para dar ao art. 1.723 do Código Civil interpretação conforme à Constituição, para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como “entidade familiar”, entendida esta como sinônimo perfeito de “família”. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.

12 CF, art. 102, § 2º: As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

13 STJ, REsp 1.183.378 – RS, 4ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 25.10.2011.

14 CF, art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

15 CF, art. 226, § 1º É admitido o casamento civil entre duas pessoas, independente da orientação sexual.

16 CF, art. 226, § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

17 CF, art. 226, § 3º É reconhecida a união estável entre duas pessoas como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

ESTATUTO DA DIVERSIDADE SEXUAL

Para uma sociedade cada vez mais consciente de seus direitos, nada, absolutamente nada, justifica a omissão do sistema jurídico frente à população formada por lésbicas, *gays*, bissexuais, travestis, transexuais, transgêneros e intersexuais. Assim, urge a aprovação de uma lei que assegure a essa significativa parcela de cidadãos o direito à vida; à integridade física e psíquica e à inclusão social. Também é indispensável o reconhecimento legal de seus vínculos afetivos o que, nada mais é do que a garantia do direito fundamental à felicidade. Um direito de todos, independente da orientação sexual ou identidade de gênero.

A CONSTRUÇÃO DE UM MICROSSISTEMA

A técnica mais moderna de inclusão de segmentos alvo da vulnerabilidade social no âmbito da tutela jurídica é por meio da construção de microssistemas: lei temática que enfeixa princípios, normas de conteúdo material e processual, além de dispositivos de natureza civil e penal. Essa é a estrutura do Estatuto da Diversidade Sexual, que consagra uma série de prerrogativas e direitos a homossexuais, lésbicas, bissexuais, transexuais, travestis, transgêneros e intersexuais.

O Estatuto assegura o reconhecimento das uniões homoafetivas no âmbito do Direito das Famílias, Sucessório, Previdenciário e Trabalhista. Além de criminalizar a homofobia são apontadas políticas públicas de inclusão, na tentativa de reverter tão perverso quadro de omissões e exclusões sociais. Em anexo são identificados os dispositivos da legislação infraconstitucional que precisam ser alterados, acrescentados ou suprimidos, única forma a harmonizar todo o sistema legal.

Os direitos previstos no Estatuto não excluem outros que tenham sido ou venham a ser adotados no âmbito federal, estadual ou municipal e nem os decorrentes das normas constitucionais e legais vigentes no país ou oriundos dos tratados e convenções internacionais dos quais o Brasil seja signatário.

NOMES E NOMENCLATURAS

A primeira controvérsia que surgiu quando da elaboração do Anteprojeto do Estatuto foi a respeito do seu nome. As sugestões de chamá-lo de “Estatuto da Diversidade” ou “Estatuto da Igualdade” foram descartadas por não destacar que se trata da tutela de parcela específica da população.

Existiram focos de resistência ao uso do vocábulo “diversidade”, que, por ressaltar o aspecto de diferença, poderia ter um significado pejorativo. No entanto,

como a expressão também significa diverso, de outro jeito, conceito sem conotação preconceituosa, foi a opinião que prevaleceu.

Outra decisão alvo de enormes debates foi não definir o que seja sexo, gênero, orientação sexual, identidade de gênero e nem os sujeitos aos quais o Estatuto se destina: homossexuais, lésbicas, bissexuais, transexuais, travestis, transgêneros, intersexuais. Além de a lei não ser o espaço adequado para trazer definições ou conceitos, estas são expressões que não dispõem de significado unívoco.

Ainda assim, houve a preocupação de referir o maior número de segmentos, da forma mais explícita possível. Optou-se por falar em “homossexuais” ao invés de “gays”, estrangeirismo que, em sua origem, não identifica a orientação homossexual. Apesar de a expressão “homossexual” não dizer exclusivamente com a população masculina, a inclusão do termo “lésbicas” atendeu a antiga reivindicação, para que seja assegurada mais visibilidade ao gênero feminino. Mas, como se trata de expressão contida no termo generalizante, foi inserida em segundo lugar e não como figura na sigla LGBT.

O vocábulo transgênero – originalmente utilizado para englobar transexuais e travestis – sempre ensejou muita polêmica, por serem inconfundíveis as características de duas modalidades identidades de gênero. Apesar disso, o termo foi inserido no Estatuto por definir as pessoas que mudam transitoriamente de identidade, sendo assim identificados *drag queens* e *cross-dressers*.

A referência aos intersexuais – que antes recebiam o nome de hermafroditas – justifica-se por inexistir qualquer regulamentação ou regra protetiva a quem nasce com características sexuais indefinidas.

OBJETO E OBJETIVOS

No seu primeiro dispositivo o Estatuto diz a que vem: promover a inclusão de todos, combater a discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero e criminalizar a homofobia.

Também identifica a quem visa proteger, para que lhes seja assegurado igual dignidade jurídica: heterossexuais, homossexuais, lésbicas, bissexuais, transexuais, travestis, transgêneros e intersexuais.

A referência à heterossexualidade não significa que o Estatuto abriga todas as condutas sexuais e as mais diversas expressões da sexualidade, amplitude que não se comporta em uma lei que tem por justificativa a proteção da identidade homossexual e seus relacionamentos afetivos.

PRINCÍPIOS

Como toda a legislação que se destina a tutelar segmento determinado, exposto a alguma espécie de vulnerabilidade, exclusão ou discriminação, indispensável a identificação dos princípios que a rege.

Daí a consagração, como princípios fundamentais na interpretação e aplicação do Estatuto da Diversidade Sexual, a dignidade da pessoa humana, a igualdade e o respeito à diferença. Também são erigidos como princípios: a livre orientação sexual; o respeito à intimidade; a privacidade; a autodeterminação; e o reconhecimento da personalidade de acordo com a identidade de gênero.

No âmbito das relações vivenciais são consagrados como princípios, o direito à convivência comunitária e familiar, à liberdade de constituição de família e de vínculos parentais.

Mas talvez o mais significativo princípio seja o que diz com o direito fundamental à felicidade, que merece estar previsto na própria Constituição Federal, como princípio fundante do Estado, pois se trata de direito que deve ser garantido a todos os cidadãos. Além de incorporadas as normas constitucionais consagradoras de princípios, garantias e direitos fundamentais, são invocadas as normas constantes de tratados e convenções internacionais dos quais o Brasil seja signatário, e, expressamente, é imposto respeito aos Princípios de Yogyakarta.

DIREITO À LIVRE ORIENTAÇÃO SEXUAL

Consagrado o direito à livre orientação sexual e identidade de gênero como direitos fundamentais, é assegurado a todos o direito de viver a plenitude de suas relações afetivas e sexuais.

Em face da inviolabilidade de consciência e de crença são proibidas práticas que obriguem alguém a revelar, renunciar, negar ou modificar sua identidade sexual. Cada um pode conduzir sua vida privada, sem pressões de qualquer ordem, garantia que alcança não só a própria pessoa, mas qualquer membro da sua família ou comunidade.

Também é vedada a incitação ao ódio ou comportamentos que puguem a segregação em razão da orientação sexual ou identidade de gênero, condutas que, inclusive, são criminalizadas.

DIREITO À IGUALDADE E À NÃO DISCRIMINAÇÃO

O princípio da igualdade compreende o direito à diferença e a proibição à discriminação. Daí a necessidade da expressa referência à vedação de atitudes cons-

tragedoras, intimidativas ou vexatórias que tenham por objetivo anular ou limitar direitos e prerrogativas da população LGBT.

De forma exemplificativa são identificadas como discriminatórias algumas posturas: proibir o ingresso ou a permanência em estabelecimento público ou estabelecimento privado aberto ao público; prestar atendimento seletivo ou diferenciado não previsto em lei; preterir, onerar ou impedir hospedagem em hotéis, motéis, pensões ou similares; dificultar ou impedir locação, compra, arrendamento ou empréstimo de bens móveis ou imóveis; proibir expressões de afetividade em locais públicos, sendo as mesmas manifestações permitidas aos demais cidadãos.

Tais práticas, além de configurarem crime de homofobia, geram responsabilidade por danos materiais e morais.

DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR

Afirmado o direito à constituição da família, independente da orientação sexual ou identidade de gênero de seus membros, de forma expressa a família homoafetiva goza da especial proteção do Estado, como entidade familiar, fazendo jus a todos os direitos assegurados à união heteroafetiva, no âmbito do Direito das Famílias e das Sucessões.

Além de o companheiro estrangeiro ter direito à concessão de visto de permanência, é admitido o reconhecimento do casamento, da união civil e da união estável formalizados em países estrangeiros.

O direito à constituição de família alcança também os vínculos homoparentais, quer individualmente, quer pelo casal homoafetivo frente aos filhos biológicos, adotados ou socioafetivos.

Como os pares com a mesma identidade sexual não dispõem de capacidade procriativa, é garantido acesso às técnicas de reprodução assistida por meio do Sistema Único de Saúde – SUS, de forma individual ou conjunta, sendo admitido o uso de material genético do casal para práticas reprodutivas.

Também é assegurada a guarda, a adoção, a habilitação individual ou conjunta à adoção de crianças e adolescentes, fazendo qualquer dos pais jus à licença-natalidade, com duração de cento e oitenta dias. A licença é usufruída durante os 15 primeiros dias por ambos os pais e, no período subsequente, por qualquer deles de forma não cumulada.

Quando ocorre a separação do casal, o exercício do poder familiar é garantido a ambos os genitores, devendo ser estabelecida a obrigação alimentar e assegurado o direito de convivência, havendo preferência pela guarda compartilhada.

A proibição de os pais expulsarem de casa ou discriminarem o filho em face de sua orientação sexual ou identidade de gênero gera obrigação indenizatória, além da responsabilidade por abandono material quando o filho for menor de idade.

DIREITO À IDENTIDADE DE GÊNERO

A livre expressão da identidade de gênero é reconhecida a transexuais, travestis, transgêneros e intersexuais, que têm direito ao uso do nome social, independente da realização da cirurgia de redesignação sexual ou da alteração do nome registral.

O direito à retificação do nome e da identidade sexual no Registro Civil independe da realização da cirurgia de transgenitalização.

O uso do nome social é garantido nos estabelecimentos de ensino, devendo constar em todos os registros acadêmicos.

Igual garantia é assegurada nas relações de trabalho, devendo o nome social ser inserido na Carteira de Trabalho e nos assentamentos funcionais.

Para a adequação do sexo morfológico à identidade de gênero é garantida a realização dos procedimentos de hormonoterapia e transgenitalização pelo Sistema Único de Saúde – SUS.

Havendo indicação terapêutica de equipe médica e multidisciplinar, procedimentos complementares não cirúrgicos de adequação à identidade de gênero podem iniciar a partir dos 14 anos de idade, mas a cirurgia de redesignação sexual somente pode ser realizada a partir dos 18 anos.

É vedada a realização de qualquer intervenção médico-cirúrgica de caráter irreversível para a determinação de gênero em recém-nascidos e crianças diagnosticadas como intersexuais.

Em todos os espaços públicos e abertos ao público é assegurado o uso das dependências e instalações correspondentes à identidade de gênero.

DIREITO À SAÚDE

A necessidade de capacitação de médicos, psicólogos e demais profissionais da área de saúde para atender a população LGBT visa impedir a utilização de instrumentos e técnicas para criar, manter ou reforçar preconceitos, estigmas, estereótipos ou ações que favoreçam a patologização de comportamentos ou práticas homossexuais.

De forma expressa, são proibidas promessas de cura ou de reversão da identidade sexual, bem como ações coercitivas para que alguém se submeta a tratamentos não solicitados.

A orientação sexual ou identidade de gênero não podem ser usadas como critério para seleção de doadores de sangue, sendo proibido questionar a orientação sexual de quem se apresenta voluntariamente como doador.

DIREITOS PREVIDENCIÁRIOS

São garantidos direitos previdenciários de forma universal. As instituições de seguro ou previdência públicas ou privadas não podem negar qualquer espécie de benefício em face da orientação sexual ou identidade de gênero do beneficiário.

Do mesmo modo, os planos de saúde não podem impedir ou restringir a inscrição como dependente do cônjuge ou do companheiro homoafetivo do beneficiário.

DIREITO À EDUCAÇÃO

É proibido o uso de materiais didáticos e metodologias que reforcem a homofobia, o preconceito e a discriminação.

Os estabelecimentos de ensino devem coibir, no ambiente escolar, a prática de *bullying* por orientação sexual ou identidade de gênero do aluno ou pelo fato de pertencer a uma família homoafetiva.

As atividades escolares referentes a datas comemorativas precisam atentar à multiplicidade de formações familiares, de modo a evitar qualquer constrangimento aos alunos filhos de famílias homoafetivas.

Os professores devem ser capacitados para uma educação inclusiva, com o objetivo de elevar a escolaridade em face da identidade sexual dos alunos ou de seus pais, com o fim de reduzir a evasão escolar.

DIREITO AO TRABALHO

O acesso ao mercado de trabalho é assegurado a todos, sendo vedado inibir o ingresso, proibir a admissão ou a promoção no serviço público ou privado, em função da identidade sexual do servidor.

Também é proibido demitir ou estabelecer diferenças salariais entre empregados ou servidores que ocupem o mesmo cargo e desempenhem iguais funções, em decorrência da orientação sexual ou identidade de gênero.

A administração pública e a iniciativa privada devem adotar programas de formação profissional, de emprego e de geração de renda, além de promover campanhas com o objetivo de elevar a qualificação profissional dos servidores e empregados travestis, transexuais, transgêneros e intersexuais.

Em respeito ao princípio da proporcionalidade, e visando assegurar igualdade de oportunidades no mercado de trabalho, é adotado o sistema de cotas a travestis, transexuais, transgêneros e intersexuais, para ingresso no serviço público. Empresas e organizações privadas serão incentivadas a adotar medidas similares.

DIREITO À MORADIA

Como o direito à moradia tem assento constitucional, é proibida qualquer restrição à aquisição ou à locação de imóvel em decorrência da identidade sexual do adquirente ou do locatário.

Também é assegurada a conjugação de rendas do casal para a concessão de financiamento habitacional na aquisição da casa própria.

É afirmada a responsabilidade por dano moral da administração do imóvel ou condomínio que for omissa em inibir conduta que configure prática discriminatória nas áreas de uso comum.

ACESSO À JUSTIÇA E À SEGURANÇA

As demandas que tenham por objeto a exigibilidade dos direitos previstos no Estatuto devem tramitar em segredo de justiça, sendo obrigatória, para fins estatísticos, a identificação da natureza das ações.

As ações não criminais são da competência das Varas de Família e os recursos devem ser apreciados pelas Câmaras Especializadas de Família dos Tribunais de Justiça, onde houver.

Devem ser criadas delegacias especializadas para o atendimento de denúncias por preconceito de sexo, orientação sexual ou identidade de gênero.

Às vítimas de discriminação é garantida assistência, acolhimento, orientação e apoio, quando da apuração de práticas delitivas.

O encarceramento no sistema prisional deve atender à identidade sexual do preso, ao qual é assegurada cela separada se houver risco à sua integridade física ou psíquica.

É garantida visita íntima sem qualquer diferenciação quanto à identidade sexual ou de gênero do preso.

DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO

Os meios de comunicação de massa, como rádio, televisão, peças publicitárias, internet e redes sociais devem assegurar respeito à diversidade sexual, não podendo fazer qualquer referência de caráter preconceituoso ou discriminatório em face da população LGBT.

Constitui prática discriminatória publicar, exhibir a público, qualquer aviso, sinal, símbolo ou emblema que incite a intolerância.

RELAÇÕES DE CONSUMO

São práticas discriminatórias sujeitas a sanções penais impedir acesso a estabelecimento público ou aberto ao público, assim como impor restrições no fornecimento de bens ou prestação de serviços ao consumidor, em decorrência de sua orientação sexual ou identidade de gênero.

Os serviços públicos e privados têm o dever de capacitar seus funcionários e empregados para evitar manifestações discriminatórias.

DOS DELITOS E DAS PENAS

Ainda que significativos tenham sido os avanços no âmbito do Poder Judiciário na de concessão de direitos, é indispensável previsão legal para que a homofobia seja punida criminalmente. É mais do que conhecido o princípio de que ninguém pode ser condenado pela prática de um ato sem que haja lei anterior que o defina como crime.

Desde 2006, projeto de lei – ora sob o nº PLC 122 – tenta criminalizar a homofobia. Apesar de ter sido aprovado na Câmara Federal, no Senado não avança. Foram apresentadas tantas alterações e emendas que o projeto restou desconfigurado. Eis a justificativa para a incorporação dos seus dispositivos ao Estatuto.

Com pena de reclusão de 2 a 5 anos, são punidas condutas discriminatórias, bem como toda a manifestação que incite o ódio ou pregue a inferioridade de alguém em razão de sua orientação sexual ou identidade de gênero.

No âmbito das relações de trabalho gera responsabilidade criminal deixar de contratar alguém, dificultar a contratação ou negar ascensão profissional a cargo ou função, motivado por preconceito de sexo.

Está sujeito à mesma apenação o responsável pelo estabelecimento comercial que recusar, impedir acesso ou negar atendimento a alguém em face de sua orientação sexual ou identidade de gênero.

O Estatuto cria uma agravante genérica, elevando em um terço a pena de quem pratica delito em que ficar evidenciada motivação homofóbica.

Além da criminalização da homofobia, é proposta a alteração de cinco dispositivos da Lei do Racismo (Lei nº 7.716/89), incluindo em todos os tipos penais as expressões: gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero.

POLÍTICAS PÚBLICAS

Não basta a lei prever direitos. Para garantir a participação em condição de igualdade e de oportunidade na vida econômica, social, política e cultural do país, é indispensável conscientizar a sociedade da igual dignidade de heterossexuais, homossexuais, lésbicas, bissexuais, transexuais, travestis, transgêneros e intersexuais.

Daí a necessidade de adoção de uma série de políticas públicas no âmbito da administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, destinadas a conscientizar a sociedade da igual dignidade de todos, independente da orientação sexual ou identidade de gênero.

Por isso a imposição de 34 medidas que promovam a igualdade de oportunidades no acesso à saúde, educação, emprego e moradia, as quais devem constar, inclusive, nos Planos Plurianuais e dos Orçamentos Anuais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Como é garantido acesso ao Sistema Único de Saúde – SUS, é indispensável o investimento em recursos humanos dos profissionais da área de saúde para acolherem a população LGBT em suas necessidades e especificidades.

Imposto aos profissionais da educação o dever de abordar as questões de gênero e sexualidade sob a ótica da diversidade sexual, cabe ao poder público promover a capacitação dos professores para uma educação inclusiva.

Em face da significativa evasão escolar, se fazem necessárias ações com o objetivo de elevar a escolaridade de homossexuais, lésbicas, bissexuais, transexuais, travestis e intersexuais.

Para assegurar a igualdade de oportunidades na inserção no mercado de trabalho, é indispensável a adoção de programas de formação profissional, de emprego e geração de renda voltados à população LGBT.

Também é necessária a promoção de campanhas com o objetivo de promover a qualificação profissional de travestis, transexuais, transgêneros e intersexuais.

É imposta à administração pública e incentivada à iniciativa privada adotar sistema de cotas a travestis e transexuais, transgêneros e intersexuais.

Assegurado acesso das entidades familiares homoafetivas para a aquisição da casa própria, é garantida a conjugação de rendas do casal para a concessão de financiamento habitacional, devendo o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social considerar suas peculiaridades sociais e econômicas.

Os entes federados devem estimular e facilitar a participação de organizações e movimentos sociais na composição dos conselhos constituídos para fins de aplicação do Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social – FNHIS.

Também devem ser implementadas ações de ressocialização e proteção da juventude em conflito com a lei que esteja exposta a experiências de exclusão social em face de sua orientação sexual ou identidade de gênero.

Os serviços públicos e privados devem capacitar seus funcionários para melhoria de atenção e acolhimento das pessoas, evitando qualquer manifestação de preconceito e discriminação sexual.

Para garantir a integridade física, psíquica, social e jurídica da população LGBT em situação de violência, várias medidas são impostas, como a criação de centros de referência contra a discriminação e de atendimento especializado na estrutura nas Secretarias de Segurança Pública, bem como a capacitação e qualificação dos policiais civis e militares e dos agentes penitenciários.

LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL

A discriminação que existe na sociedade sempre contaminou o próprio legislador, o qual, além de negar-se a aprovar leis que assegurem direitos, não perde a oportunidade de carimbar a legislação com o seu preconceito, fazendo uso das expressões “homem e mulher”, “pai e mãe”, quando trata da família.

Assim, além da alteração da Constituição Federal e a consolidação dos direitos em uma única lei, mister também adequar a legislação infraconstitucional ao novo sistema normativo.

Deste modo é proposta alteração das seguintes leis: Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.656/1942); Código Civil; Lei dos Registros Públicos (Lei nº 6.015/73); Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90); Lei nº 8.560/92; Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei nº 5.452/1943); Legislação Previdenciária (Lei nº 8.213/99 e Decreto nº 3.048/99); Estatutária (Lei nº 8.112/90) e Tributária (Decreto nº 3.000/99). Também, do Código Penal; Código de Processo Penal e Lei das Execuções Penais; Lei do Racismo (Lei nº 7.716/89); Código Penal Militar e o Estatuto dos Militares. As Leis ns. 6.815/80; 8.560/92 e 9.029/95 precisam ser alteradas e a Lei nº 11.770/78, revogada.

REPRODUÇÃO ASSISTIDA E UMA RELEITURA DAS PRESUNÇÕES JURÍDICAS DA FILIAÇÃO

*Maria Rita de Holanda Silva Oliveira**

RESUMO: O presente estudo destina-se à reflexão sobre a previsão legal das presunções jurídicas de filiação, o seu propósito inicial e sua pertinência atual, considerando os seus pressupostos fáticos e a utilização das técnicas de Reprodução Assistida. Traremos à reflexão, as recomendações éticas vigentes, os projetos de lei em tramitação e uma crítica fundamentada para a elaboração de uma proposta de *lege ferenda*. A concepção de filiação para os novos intérpretes foi ampliada em prol de uma melhor leitura da base principiológica da CF/88. Nessa ordem, a filiação socioafetiva foi alçada como gênero da espécie filiação para o direito, ao lado da filiação biológica, afastando-se a interpretação reducionista da consanguinidade para a sua concepção. No Brasil, encontramos uma realidade social recorrente nos Centros de Reprodução Humana Assistida, que atuam de forma autônoma, na intermediação de contratos entre pessoas interessadas na busca da realização de seus projetos parentais, sem que haja qualquer supervisão ou limite específico estabelecido pela ordem imperativa das normas jurídicas. Tal realidade gera a necessidade de uma nova reflexão sobre a concepção de filiação adotada pelo direito brasileiro, contribuindo assim para o debate na elaboração de novas regras jurídicas de filiação e de acesso ao direito fundamental da Reprodução Assistida.

SUMÁRIO: I – Introdução. II – Os Direitos Reprodutivos no Brasil e o Acesso às Técnicas de Reprodução Assistida Enquanto Direito Fundamental à Execução do Planejamento Familiar. III – A Realidade Social dos Centros de RHA, Normas Éticas, os Projetos de Lei em Tramitação, Enunciados das Jornadas de Direito Civil e Estatuto das Famílias. IV – O Propósito Atual, Alcance e Efeitos da Filiação Jurídica decorrente das Presunções, através de seus Pressupostos Fáticos (Biológico e Socioafetivo). V – Notas Conclusivas. Referências.

* Msc em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); professora adjunta I da Universidade Católica de Pernambuco; Diretora de Pesquisa do IBDFAM/PE e Advogada especialista em Família e Sucessões.

I – INTRODUÇÃO

Nas relações civis, os aspectos existenciais são sempre mais tormentosos de serem tratados dos que os meramente patrimoniais. O olhar do leitor, espectador, intérprete ou do profissional estará sempre impregnado de seus próprios valores, que por sua vez, podem já não mais representar os valores da sociedade em que vive ou mesmo os valores necessários ao desenvolvimento desta.

O tema proposto adveio de uma série de indagações, máxime em razão das teorias jurídicas evoluídas em matéria de filiação. Além disso, também suscita intervenções interdisciplinares e conceitos que não são próprios da ciência jurídica e que, portanto, lhes serão emprestados. A Reprodução Humana Assistida insere-se nos grandes temas debatidos pela bioética e pelo biodireito e suas conseqüências remetem-nos, também, a uma reflexão sobre o estatuto do embrião, a vida, vida humana e sua dignidade, a concepção de sujeito de direito e de personalidade.

Neste trabalho, embora tracemos a nossa concepção a respeito de tais aspectos, nos preocuparemos, fundamentalmente, em observar os efeitos das técnicas de Reprodução Assistida em matéria de filiação, uma vez previstas em nossa legislação civil de 2002, nas presunções estabelecidas no art. 1.597.

Na perspectiva civil-constitucional, não abriremos mão de uma interpretação que busque a concretização dos Princípios Constitucionais.

Não obstante o tema venha sendo amplamente debatido, tendo sido objeto, inclusive, de várias reflexões em congressos anteriores, o nosso olhar volta-se, primordialmente, à identificação de uma interpretação inclusiva das presunções, face à realidade social e aos nossos princípios e valores norteadores.

Assim, indagamos inicialmente:

- 1) Qual foi o propósito inicial das presunções jurídicas de filiação, e qual o seu atual propósito?
- 2) A manutenção da previsão legal das presunções justifica-se no atual contexto, onde o avanço da biotecnologia permite a averiguação certa da filiação biológica? Ou...
- 3) Um novo propósito deverá ser atribuído às presunções, em razão também da evolução da teoria jurídica da filiação, para além do critério biológico?
- 4) A realidade social dos centros de Reprodução Humana, com sua prática eticamente autorizada, poderá impulsionar uma regulamentação que também permita a utilização de variadas técnicas para fins e efeitos jurídicos?

5) Regulamentadas amplamente as técnicas de Reprodução Humana, estaríamos diante de fundamentos que pudessem justificar a quebra do sistema binário de filiação e o estabelecimento do que chamamos de filiação trinária?

Para tentar responder a estes questionamentos, partiremos das seguintes premissas:

I – Os direitos reprodutivos no Brasil e o acesso às técnicas de Reprodução Assistida enquanto direito fundamental à execução do planejamento familiar.

II – A realidade social dos Centros de Reprodução Humana, normas éticas, os projetos de lei em tramitação, os Enunciados das Jornadas de Direito Civil e o Estatuto das Famílias, e;

III – O propósito atual alcance os efeitos da filiação jurídica decorrentes das presunções, através de seus pressupostos fáticos (biológico e socioafetivo).

II – OS DIREITOS REPRODUTIVOS NO BRASIL E O ACESSO ÀS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL À EXECUÇÃO DO PLANEJAMENTO FAMILIAR

Ao longo da década de 90, vários instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos anunciaram a emergência de se tratar os direitos reprodutivos como tais.

Segundo Flávia Piovesan¹, os direitos reprodutivos incluem:

a) o direito de adotar decisões relativas à reprodução sem sofrer discriminação, coerção ou violência;

b) o direito de decidir livre e responsavelmente o número de filhos e o intervalo entre seus nascimentos;

c) o direito de ter acesso às informações e meios seguros, disponíveis, acessíveis, e;

d) o direito de acesso ao mais elevado padrão de saúde reprodutiva.

No direito brasileiro, buscaremos a identificação dos direitos reprodutivos na esfera Constitucional e Civil.

No âmbito Constitucional, e dentre os Princípios Fundamentais, tendo em vista que os Direitos Reprodutivos constituem verdadeiro exercício da cidadania e da

1 PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 314.

dignidade da pessoa humana, ressaltamos os Princípios consagrados no art. 1º, dentre os fundamentos da República Federativa Brasileira. Nos objetivos fundamentais, em seu art. 3º, enuncia a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

De certo, o conteúdo do Princípio da Dignidade Humana, encerra inúmeros debates e perspectivas. No dizer de Rabenhorst², no entanto, *é apenas um princípio prudencial, sem qualquer conteúdo prefixado*. Acrescenta o autor:

“Trata-se de uma cláusula aberta que assegura aos seres humanos o direito à mesma consideração e respeito, mas que pressupõe, para sua efetivação em casos concretos (sobretudo no campo da interpretação constitucional), dos próprios julgamentos que fazemos acerca da admissibilidade ou não de determinadas formas de expressão da autonomia humana.”

Dentre os direitos e garantias fundamentais, destaque-se o art. 5º, *caput*, ao estabelecer que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, norma esta que é garantidora do princípio da igualdade, que proíbe toda e qualquer discriminação.

A CF/88, por fim, consagra, ao disciplinar a ordem social, a maior parte das normas constitucionais relativas aos direitos reprodutivos, principalmente os direitos à saúde e ao planejamento familiar. Nesse sentido, destacaremos, neste trabalho, o art. 196 e o § 7º do art. 226 sem prejuízo de outros dispositivos que direta ou indiretamente abrangem os direitos reprodutivos.

Dispõe o art. 196 da CF/88:

“A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

Dispõe o § 7º do art. 226 da CF/88:

“Fundado nos Princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.”

2 RABENHORST, Eduardo R. A dignidade do homem e os perigos da pós-humanidade. In: *Direitos Fundamentais e Biotecnologia* (Org.) Ingo Wolfgang Sarlet, George Salomão Leite. São Paulo: Método, 2008. p. 128.

Para Sanchez³, de acordo com o direito Espanhol, o primeiro dos valores considerados como fundamentais para a utilização das técnicas de Reprodução Humana é a liberdade pessoal, como a faculdade que toda pessoa possui de autodeterminar-se fisicamente, o que inclui a sua própria reprodução, o que pressupõe uma opção de vida que vincula diretamente a liberdade física ao acúmulo de direitos e obrigações que derivam da reprodução.

Na expressão dessa liberdade, a CF/88, no art. 5º, II, prevê:

“Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei.”

A restrição dessa liberdade, portanto, somente poderá operar-se por normas produzidas nos moldes da legalidade e da legitimidade.

Galiza⁴ toma a autonomia privada em sentido amplo, seguindo a doutrina de Sarmiento, como capacidade de autodeterminação de comportamentos, o que inclui a liberdade tanto para fazer escolhas existenciais (*como com quem casar; onde viver; para onde ir; a quem amar etc.*), como patrimoniais, destoando da doutrina de Perlingieri para entender que as liberdades existenciais não precisam de *comprovação de utilidade social para a sua tutela*.

No âmbito infraconstitucional, cabe mencionar a Lei Federal nº 9.263, de janeiro de 1996, que regulamentou o § 7º do art. 226, e em seu art. 2º, definindo o planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal, além de estabelecer regras de políticas para a implementação dos serviços de assistência ao planejamento familiar.

Assim, o direito ao planejamento familiar está intimamente vinculado às funções humanas reprodutivas que abrangem, além da contracepção, a própria concepção, seja ela natural ou não. Olga Jubert⁵ pondera com relação a um possível direito fundamental à Reprodução Humana Assistida:

“No tocante às técnicas humanas de reprodução assistida, vislumbra-se um apanhado de normas e princípios constitucionais que podem fornecer respostas jurídicas – possibilidades e limites – e ofertar respaldo a um possível direito à reprodução humana assistida. Como não há menção expressa do referido direito, ele deve ser

3 GÓMEZ SANCHEZ, Yolanda. El derecho a la reproducción humana. Madrid: Servicio Publicaciones da Universidad Complutense, 1994, p. 50 ss. apud KRELL, Olga Jubert Gouveia. *Reprodução Humana Assistida e Filiação Civil*. Princípios Éticos e Jurídicos. Curitiba: Juruá, 2007. p. 103.

4 GALIZA, Andréa Karla Amaral de. *Direitos fundamentais nas relações entre particulares: teoria e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 114.

5 KRELL, Olga Jubert Gouveia. *Reprodução Humana Assistida e Filiação Civil*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 98.

construído através da interpretação sistemática dos direitos fundamentais à vida (art. 5º, *caput*), à saúde e ao de constituir uma família, baseado no direito fundamental ao planejamento familiar, sempre amparados pelo princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República (art. 1º, III).”

A autora ressalta ainda, estabelecendo uma ponderação, afirmando que a existência do direito não implica seu uso indiscriminado por todos os interessados, devendo haver restrições na hipótese de colisões com outros direitos, pois o direito de procriar não deve ser utilizado apenas como vetor de realização pessoal dos pais⁶.

Vale lembrar que a interpretação conforme a Constituição vem sendo um recurso usual do Supremo Tribunal Federal na escolha de um significado que salvaguarde um texto legal da sanção de inconstitucionalidade. Nesse sentido lembra Inocência Mártires Coelho⁷:

“O princípio da *interpretação conforme a Constituição* consubstancia essencialmente uma diretriz de prudência política, ou, se quisermos, de política Constitucional, além de reforçar outros cânones interpretativos, como o princípio da unidade da Constituição e o da correção funcional.”

Ocorre que, diante de um contexto de grupos consideráveis vulneráveis na realidade brasileira e que merecem proteção especial, a exemplo das mulheres e dos homossexuais, podemos admitir que o direito à procriação artificial derive do direito à própria intimidade privada, aliado a um direito de liberdade individual enquanto expressão de autodeterminação física, e isto implicaria estender os usos das técnicas de reprodução humana às mulheres solteiras e aos casais homossexuais, questão esta que, de qualquer sorte, deve ser avaliada com cautela.

O argumento justifica-se, plenamente, principalmente em razão do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, que, em maio de 2011, julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, equiparando as uniões homoafetivas às uniões estáveis, que, por sua vez, já gozavam do amparo estabelecido pelo art. 1.597 do CCB, relativo às presunções jurídicas de filiação. Além disso, posteriormente, várias conversões e casamentos foram realizados, em vários estados do Brasil, culminando com uma decisão do STJ quanto à admissibilidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo.

A equiparação irrestrita já implicaria a necessidade da interpretação inclusiva em matéria das presunções jurídicas de filiação, em razão das discriminantes naturais existentes e que foram, a nosso ver, inadequadamente utilizadas pelo legislador de

6 Idem, *Ibidem*, p. 120.

7 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 119.

2002 ao referir-se à reprodução assistida homóloga, hipótese que jamais será possível aos casais do mesmo sexo.

Os argumentos contrários vão ao sentido de que um possível direito a essas pessoas (mulheres solteiras e homossexuais) de recorrerem à reprodução assistida, poderia afrontar o Princípio do Melhor Interesse da Criança e de seu bem-estar emocional. Nessa linha, a proteção constitucional aferida às crianças abarcaria o seu direito de se desenvolverem num ambiente propício ao desenvolvimento das potencialidades, enquanto seres humanos, o que, a princípio somente seria garantido numa família *biparental*⁸. Compreendido este argumento em caráter absoluto, estaríamos rechaçando a família monoparental que já detém proteção Constitucional explícita, que poderá advir, inclusive, da adoção por apenas uma única pessoa. Neste caso, caberia relativizar quanto à forma de origem da monoparentalidade, se advinda de circunstâncias culturais legitimadas, como o divórcio, de conduta individual voltada à solidariedade como a adoção, ou se advinda de uma conduta individual voltada à execução de um projeto individual sob o monopólio *intencional* da geração de um filho.

Neste estudo, contudo, e considerando que a finalidade primordial é proceder com uma releitura das regras da filiação jurídica, previstas no art. 1.597 do CCB, preocupar-nos-emos em estender este direito aos casais homossexuais, em uma postura de interpretação inclusiva, que implicará a admissão de utilização ampla das técnicas, que não dispensa a modalidade heteróloga, máxime por meio das denominadas “gestação sub-rogada” e “doação de óvulo”.

Assim, o Código Civil Brasileiro, dentre os vários dispositivos que importam na reflexão sobre os direitos reprodutivos, entre os quais o próprio art. 4º que dispõe sobre a personalidade civil do homem e as garantias do nascituro enquanto sujeito de direitos, destacaremos, neste trabalho o art. 1.597 do CCB, conforme já mencionado, que se refere, literalmente a utilização de técnicas de Reprodução Humana, nas modalidades homóloga e heteróloga, para fins de presunção de filiação, que deverá ser interpretado conforme os preceitos constitucionais acima aludidos.

Dispõe o art. 1.597 do CCB:

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

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

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

8 LEITE, Eduardo de Oliveira. O Direito, a ciência e as leis de Bioética. In: SANTOS, M. Celeste Cordeiro L. (org.). *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: RT, 2001. p. 114.

- III – havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;
- IV – havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;
- V – havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.”

A referida regra se dispõe a atribuir a condição de filhos ao casal (casados, ou em união estável), presumindo a sua concepção na constância do casamento. Nela está inserida, primordialmente, a Presunção *Pater is est quem nuptiae demonstrant*, que atribui ao marido ou ao companheiro a condição de pai e, indiretamente, a Presunção *Mater semper certa est*, que atribui a certeza da maternidade pelos elementos externos da prenhez e do parto.

A presunção *da exceptio plurium concubentium* afasta o estabelecimento da presunção *Pater is est quem nuptiae demonstrant*, havendo prova da impotência absoluta do marido, e o seu conteúdo está inserido na regra estabelecida pelo art. 1.599 do CCB, que assim dispõe:

“Art. 1.599. A prova da impotência do cônjuge para gerar, à época da concepção, ilide a presunção da paternidade.”

Segundo Paulo Lôbo⁹, dentro do novo contexto familiar no plano da afetividade, a função da presunção *Pater is est quem nuptiae demonstrant* foi redirecionada, deixando a sua função de ser a de presumir a legitimidade do filho, em razão da origem matrimonial, para a de presumir a paternidade em razão do estado de filiação, independentemente de sua origem ou concepção, devendo a presunção desta (concepção) relacionar-se ao nascimento.

A previsão do inciso V do art. 1.597 seria a máxima expressão de que o pressuposto fático socioafetivo foi recepcionado.

De pronto, se considerarmos os direitos fundamentais acima aludidos, muito embora sem caráter absoluto, podemos visualizar a relativização de tais presunções, tão bem trabalhada por Fabíola Albuquerque¹⁰, em Congresso anterior, e para nós, também em função da possibilidade fática e ética das técnicas da “gestação subrogada” e da “doação de óvulo”.

9 LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito Civil. *Famílias*, 2009, p. 199.

10 ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. A reconfiguração da Presunção *Pater is est*. In: *Família e Responsabilidade: Teoria e Prática do Direito de Família*. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.), Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010, p. 260 e ss.

No debate, portanto, confrontaremos a referida regra do art. 1.597 com as perspectivas éticas, culturais e mesmo com as perspectivas legais no Ordenamento Jurídico Brasileiro, demonstrando o conflito reinante entre as mesmas.

III – A REALIDADE SOCIAL DOS CENTROS DE RHA, NORMAS ÉTICAS, OS PROJETOS DE LEI EM TRAMITAÇÃO, ENUNCIADOS DAS JORNADAS DE DIREITO CIVIL E ESTATUTO DAS FAMÍLIAS

Com o aparecimento da denominada “engenharia genética”, surgiram diversas preocupações no campo da Bioética, entre as quais o risco de eugenismo e de coisificação do corpo e da vida humana.

Brauner, introduzindo a necessidade de mínima regulação para solucionar as preocupações da bioética, alerta:

“(…) precisam-se conhecer e respeitar os princípios constitucionais que são orientadores de nossa atuação na ciência, pois através deles podem-se pautar e organizar a maneira pela qual se dará proteção ao patrimônio genético, sobre a utilização de recursos biológicos, além de se assegurar a vida e a saúde da população frente aos novos imperativos e promessas oferecidas pelas biotecnologias¹¹.”

Da necessidade de regulação para garantir o atendimento aos princípios da bioética advém o Biodireito. Este, segundo Ivan de Oliveira:

“(…) além de disseminar as mais variadas discussões das consequências jurídicas impostas pela biociência, tem a missão de normatizar os fenômenos sociais derivados dos avanços tecnológicos envolvendo a vida que, não raro, deixam o homem comum perplexo¹².”

O conteúdo do princípio da Dignidade Humana, já mencionado, está na base de consideração de proteção do ser humano em razão de sua própria condição, e em sendo assim, em prol de sua existência, merece total proteção que deve ser promovida e fortalecida pelo direito.

Vale ressaltar a observação de Ingo Wolfgang:

“A constatação de que a dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais e, da comunidade em geral, de todos e de cada um,

11 BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. *Direito, Sexualidade e Reprodução Humana*: conquistas médicas e o debate bioético, 2003. p. 167.

12 SILVA, Ivan de Oliveira. *Biodireito, Bioética e Patrimônio Genético Brasileiro*, 2008. p. 74.

constitui uma condição dúplice esta que também aponta para uma simultânea dimensão defensiva e prestacional da dignidade¹³.”

Assim, independentemente de condições com relação a sexo, raça, orientação sexual ou classe social, a matéria que envolve a reprodução humana *requer regulamentação*. Resta definir, no entanto, culturalmente, também os limites desta regulamentação, tarefa esta que não cabe ao Direito de Família, mas a uma regulação própria que envolva a definição quanto ao Estatuto de Embrião e outros temas do Biodireito.

Podemos prever, em face da realidade social recorrente, que o Brasil pode estar na esteira de adotar um sistema semiaberto, ou seja, que permita o desenvolvimento das técnicas de reprodução humana, legitimando a realidade, porém com limites de atuação com relação ao uso indiscriminado e que atente com relação aos Princípios.

Assim, o leque de técnicas dispostas pela ciência médica não poderia ingressar de forma absoluta no mundo jurídico, porque estariam sujeitas a uma supervisão e garantia ao atendimento dos princípios éticos e constitucionais básicos.

Das combinações biologicamente ilimitadas das técnicas de reprodução artificial, podemos chegar a um sem número de arranjos dantes não imaginados, e que reclamam uma ordem ética e legal para a definição de consequências no âmbito familiar. A ciência médica pode chegar a resultados que não se conformam com os valores sociais da época e devem, portanto, serem ditos avanços, filtrados pela permissão ético-social.

Tal permissão ético-social tem base na preocupação com o avanço das biociências, impulsionou o enfoque contemporâneo humanista com relação à ética da vida – a denominada Bioética. Desde 1970, o estudo impõe uma reflexão axiológica com os rumos da ciência e que resultaram na elaboração de princípios universais. Trata-se do necessário diálogo entre a ciência e a humanidade.

A National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research, criada em 1974, apresentou relatório após 04 (quarto) anos de estudo (Belmont Report), que resultou nos Princípios da autonomia (respeito à autodeterminação humana, alicerçando a relação terapêutica e o consentimento a qualquer modalidade de tratamento disponível), da beneficência (maximizar os benefícios e minimizar os riscos possíveis) e da justiça (imparcialidade na distribuição dos riscos e benefícios), cada um com o seu conteúdo próprio informador que devem ser observados nos procedimentos médicos, princípios estes que não poderão ser desconsiderados no presente estudo¹⁴.

13 SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 2001, p. 44.

14 SÉGUIN, Elida. *Biodireito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 42.

Além das discussões sobre a consideração do início da vida e sua proteção (Estatuto do Embrião), a bioética suscita dúvidas a respeito dos vínculos, que embora gerados com certeza biológica, possam ser socialmente questionáveis e inaceitáveis.

A reprodução assistida evoluiu como um remédio à infertilidade parcial ou total, assim vista como a impossibilidade de naturalmente procriar, e tida socialmente como uma patologia, para a qual a ciência envidou batalha.

Aqui consideraremos o acesso à reprodução humana assistida enquanto direito fundamental do cidadão para o exercício pleno e autodeterminado de seu planejamento familiar, a partir de uma ética já medicamente autorizada.

Atualmente, tramita no Brasil o Projeto de Lei nº 90/99, com o seu segundo substitutivo, que admite como usuários das técnicas, segundo o seu art. 1º, parágrafo único, inciso II, as mulheres ou casais, conforme abaixo transcrito:

“Art. 1º Esta Lei regulamenta o uso das técnicas de Reprodução Assistida (RA) para a implantação artificial de gametas ou embriões humanos, fertilizados *in vitro*, no organismo de mulheres receptoras.

Parágrafo único. (...)

II – As mulheres ou os casais que tenham solicitado o emprego da Reprodução Assistida.”

Além disso, o substitutivo, em seu art. 3º, proíbe a gestação de substituição, por nós designada de gestação sub-rogada, dispondo:

“Art. 3º Fica proibida a gestação de substituição.”

No mesmo diploma, também seria permitida a doação de gametas, vedadas a remuneração e a cobrança por esse material, a qualquer título, segundo dispõe:

“Art. 7º Será permitida a doação de gametas, sob a responsabilidade dos Serviços de saúde que praticam a Reprodução Assistida, vedadas a remuneração e a cobrança por esse material, a qualquer título.”

O Estatuto das Famílias, cujo projeto de Lei nº 2.285/07 tramita no Congresso Nacional propõe nova redação para o art. 1.597 do CCB.

Em seu art. 73, referente às presunções jurídicas de filiação, resume as presunções dos prazos ao aspecto decorrente da convivência familiar, e delimita a utilização das técnicas de reprodução assistida, impondo o tempo certo para sua utilização, de-

sautorizando a técnica *post mortem*, mantendo as modalidades homóloga e heteróloga, de acordo com o abaixo transcrito¹⁵:

“Art. 73. Presumem-se filhos:

I – os nascidos durante a convivência dos genitores à época da concepção;

II – os havidos por fecundação artificial homóloga, desde que a implantação do embrião tenha ocorrido antes do falecimento do genitor;

III – os havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que realizada com prévio consentimento livre e informado do marido ou do convivente, manifestado por escrito, e desde que a implantação tenha acontecido antes do seu falecimento.”

De certo, a eliminação das técnicas com possibilidade de implantação *post mortem*, que geraram uma série de debates, máxime com relação à condição ou não de sujeito de direito a ser atribuído ao pré-embrião criopreservado, ameniza a inquietude gerada por doutrinadores que enxergam antinomia entre os arts. 1.597 e 1.798, mas continua a gerar dúvidas a respeito da utilização das várias técnicas, dentre as quais as debatidas enquanto direito fundamental no presente estudo, como a “gestação sub-rogada” e a “doação de óvulo”.

Além disso, se observamos bem, o afastamento dos prazos e a ideia de que o casal esteja convivendo à época da concepção, fortalece a hipótese unicamente do critério biológico para a filiação.

Com relação às normas éticas, a Resolução do CFM de nº 1.957/2010, para a utilização das técnicas de Reprodução Assistida, alterou a Resolução nº 1.358/92, e no que diz a respeito a importância do presente trabalho assegurou o seguinte:

“II – Pacientes das Técnicas de RA

1 – Todas as pessoas capazes, que tenham solicitado o procedimento e cuja indicação não se afaste dos limites desta resolução, podem ser receptoras das técnicas de RA, desde que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos sobre o mesmo, de acordo com a legislação vigente.

IV – Doação de Gametas ou Embriões

1 – A doação nunca terá caráter lucrativo ou comercial.

2 – Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa.

VII – Sobre a Gestação de Substituição (Doação Temporária do Útero)

15 Instituto Brasileiro de Direito de Família. *Estatuto das Famílias*. Projeto de Lei nº 2.285/07. Porto Alegre: Magister, p. 44.

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

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

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

VIII – Reprodução Assistida *Post Mortem*

Não constitui ilícito ético a reprodução assistida *post mortem* desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente.”

As regulamentações éticas acima descritas importam ao presente estudo, primordialmente porque, de fato, relativizam as presunções jurídicas de filiação e contribuem para o desenvolvimento de uma multiparentalidade, conforme pretendemos demonstrar. Além disso, autorizam que os procedimentos acima elencados sejam utilizados pelos Centros de Reprodução Humana, o que referenda um anseio social e uma permissibilidade moral da sociedade.

Paralelamente, nos deparamos com resultados jurídicos de inúmeros debates sobre a matéria, a exemplo do Enunciado nº 257 da III Jornada de Direito Civil, que recomenda a interpretação restritiva das técnicas, a seguir:

“257 – Art. 1.597. As expressões ‘fecundação artificial’, ‘concepção artificial’ e ‘inseminação artificial’, constantes, respectivamente, dos incisos III, IV e V do art. 1.597 do Código Civil, *devem ser interpretadas restritivamente, não abrangendo a utilização de óvulos doados e a gestação de substituição.*” (g.n.)

Com base no exposto, resta-nos indagar quanto à pertinência de manutenção ou não da regra estabelecida pelo art. 1.597, e após a identificação de seu propósito inicial, refletirmos sobre o seu propósito atual.

IV – O PROPÓSITO ATUAL, ALCANCE E EFEITOS DA FILIAÇÃO JURÍDICA DECORRENTE DAS PRESUNÇÕES, ATRAVÉS DE SEUS PRESSUPOSTOS FÁTICOS (BIOLÓGICO E SOCIOAFETIVO)

As presunções, historicamente, sempre foram a ficção ideal para a definição da filiação biologicamente incerta, ligada à paternidade, para auxiliar a aproximação da verdade real e biológica da verdade jurídica.

No contexto do Estado Liberal e, portanto, da família institucionalizada, hierarquizada e matrimonializada, as presunções, enquanto deduções legais de fatos que poderiam ter ocorrido ou não, destinavam-se a estender um manto protetor ao casamento e sua paz doméstica estabelecendo o vínculo de filiação aos casais que assim estivessem unidos pelo casamento, com relação aos filhos que, em prazos definidos em lei, fossem concebidos anteriormente ao casamento ou nascidos posteriormente à sua dissolução.

As presunções seriam um instrumento fictício e garantidor da certeza da filiação, máxime com relação à paternidade que foi sempre cercada de incertezas, pela ausência de mecanismos científicos que pudessem atestar a origem biológica e via de consequência a filiação.

O que o Código Civil brasileiro de 2002 procedeu foi ampliar a presunção *Pater is est*, acrescentando como pressupostos a utilização de técnicas de reprodução assistida homóloga e heteróloga, ou seja, com ou sem utilização de material genético de terceiro, podendo esta ainda ser realizada durante a vida do genitor ou mesmo após a morte deste, no entanto, sem limitar quanto aos tipos de técnicas possíveis ao alcance da reprodução.

Ao mesmo tempo, os Tribunais confundem os conceitos de identidade biológica com filiação e diante de um conflito entre a verdade biológica e a verdade social/afetiva, ainda, em sua maioria, confere preponderância à primeira.

Essa disputa entre os dois critérios tomou uma dimensão que nos parece hoje inútil, na medida em que cada um dos pressupostos fáticos (biológico e socioafetivo) detém valores relativizados a depender da situação jurídica concreta.

Não nos parece lógico também fomentar ainda mais esta disputa entre os adeptos da teoria socioafetiva e os adeptos da teoria do critério biológico enquanto defensores da preponderância de um sobre o outro, em qualquer situação.

Partimos da premissa de que sendo o acesso à Reprodução Assistida um direito fundamental e de que os Centros de Reprodução Humana já desenvolvem uma prática recorrente, em conformidade com as suas regras éticas autorizadoras das técnicas de “gestação sub-rogada” e “doação de óvulo”, de que não há como se restringir a interpretação do art. 1.597, e mais aqui deve ser considerada a possibilidade de que os usuários, enquanto casal pertencente ao mesmo sexo, possam se utilizar de material genético alheio ou mesmo da intervenção solidária de uma terceira pessoa para fins de realização de seu projeto parental.

Além disso, pretendemos ressaltar que a distinção preconizada não exclui a possibilidade de combinações dos critérios biológico e socioafetivo, principalmente quando resultar do exercício de autodeterminação das partes envolvidas, aqui

considerando-se *pele menos a participação de três pessoas* que colimam rumo a um mesmo interesse de exercício da paternidade e maternidade, por meio de conduta voluntária declarada. Tal conduta revela-se também objetiva e demonstra o afeto juridicamente relevante externado pelos membros de entidades familiares que intencionam uma convivência familiar.

A multiparentalidade já é um tema debatido em sede das famílias recompostas, considerando a liberdade de constituição familiar. Ana Carolina Brochado¹⁶ reflete sobre o tema, reconhecendo nestes casos a possibilidade do exercício fático do poder familiar pelo padrasto e madrasta, com responsabilidade de criação e educação.

Se o exercício da multiparentalidade pode se basear na função parental desvinculada da ascendência biológica, esta seria uma forma mais ampla de se admiti-la, não obstante, portanto, que também fosse exercida com a presença do vínculo biológico, *desde que* consonante com o projeto parental de todos os envolvidos.

Assim, por que não imaginar que a complexidade das relações existenciais na atualidade possa nos permitir a desconsiderar o sistema binário de filiação e admitir a possibilidade de um sistema trinário, com o reconhecimento da existência de dois pais e uma mãe ou vice-versa?

Talvez aqui mereça reflexão o tema deste congresso – *entre o público e o privado*, sobre os limites da intervenção do Estado nas relações privadas. Uma vez definidos os limites à utilização das técnicas que deverão observar o mínimo ético permitido, os arranjos familiares e o projeto parental não deverão sofrer uma intervenção limitativa, mas tão somente protetiva, principalmente quando tal projeto resguardar, prioritariamente o interesse dos menores.

Neste sentido, esclareça-se a nossa posição:

Inicialmente, reconhecemos que o nosso ordenamento jurídico já procedeu com a sua escolha com relação à consideração do início da vida para o direito, quando do julgamento do Supremo Tribunal Federal pela Constitucionalidade do art. 5º da Lei de Biossegurança, na medida em que este prevê, sob a autonomia dos genitores, que os embriões excedentários venham a ser objeto de pesquisa científica em prol da humanidade, sendo inviáveis ou viáveis desde que congelados há três anos.

Portanto, não se trata mais de uma discussão filosófica, religiosa ou moral. O direito se encarregou de proceder com um corte, e indiretamente a partir do referido julgado, reconheceu, que para efeitos jurídicos, o início da vida humana se dá com

16 TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *O direito das famílias entre a norma e a realidade*/Ana Carolina Brochado Teixeira, Renata de Lima Rodrigues. São Paulo: Atlas, 2010. p. 202 e ss.

a concepção, entendida esta como o início da vida intrauterina do embrião, com a respectiva nidação.

Dessa forma, afastamos a possibilidade de que o pré-embrião implantatório e criopreservado possa ser sujeito de direito, estando, ao contrário, muito mais caracterizado como coisa jurídica. O que se deve evitar, a nosso ver, é a fecundação indiscriminada, de forma que se destinem à concepção uterina, todos os embriões fecundados, nos limites éticos estabelecidos – até 04 (quatro) – evitando-se os excedentários.

Filiamo-nos também à proposta engendrada pelo IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família, por meio do Estatuto das Famílias, no sentido de admitir-se a presunção de filiação para a utilização das técnicas apenas entre pessoas vivas, evitando-se a insegurança jurídica das relações a qualquer tempo e as mais variadas interpretações, além de inibir também neste aspecto um projeto parental igualmente individual a exemplo da produção independente.

Por fim, destinando-se as presunções jurídicas ao estabelecimento de uma ficção relativa ao estado de filiação, não vemos razão para a discriminação quanto à forma de concepção utilizada pelo casal, se natural ou artificial, considerando-se ambas enquanto direito fundamental, de forma que uma redação mais generalista atenderia melhor aos novos propósitos das presunções, permitindo-se a utilização das técnicas de reprodução que fossem necessárias aos interesses dos casais heterossexuais e homossexuais.

Assim, proporíamos para o art. 73 do referido Projeto de Lei nº 2.285/07, a seguinte redação:

“Art. 73. Presumem-se filhos, os nascidos durante a convivência à época da concepção.”

A redação, além de impor que os interessados estejam vivos à época da concepção, aqui entendida, conforme já mencionado, como o início da vida uterina, uma vez que é necessário que estivessem convivendo à sua época, não discrimina quanto ao tipo de reprodução, se natural ou artificial e se nesta houve ou não a utilização do material genético apenas do casal ou se envolveu material genético de terceiro.

De certo, também, omitir a necessidade de autorização do marido na hipótese de inseminação heteróloga, não implica no reconhecimento de que nessa hipótese caberia a arguição de prova em contrário, senão porque não há como obstaculizar o direito de ação, ficando a cargo do aplicador e não do legislador, reconhecer neste aspecto, em tendo havido expressa autorização, o reconhecimento da ilegitimidade, da ausência de erro, e por consequência, da condição *jure et de jure* em tal situação.

A disposição generalista deixa à autonomia dos interessados a forma de concepção a ser utilizada, o que não significa que o ordenamento não possa regular o uso indiscriminado, porém, não por meio do Direito de Família, mas sim por meio de uma Lei própria que adote, preferencialmente um sistema semiaberto em consonância com os valores já reconhecidos pela própria sociedade, a exemplo de outros ordenamentos jurídicos.

V – NOTAS CONCLUSIVAS

1) Os Direitos Reprodutivos no Brasil estão previstos nas esferas Constitucional e infraconstitucional, fundando-se, primordialmente, nos valores preconizados pelos Princípios da liberdade de planejamento familiar, intimidade privada, autodeterminação e igualdade, constituindo-se o acesso à Reprodução Humana Assistida um Direito Fundamental;

2) A realidade social brasileira autoriza o funcionamento de Centros de Reprodução Humana, por meio de regras éticas que colidem com as perspectivas legais no Brasil e interpretações recomendadas por Enunciados de Estudos referendados na área jurídica;

3) As perspectivas legais no Brasil, por meio dos projetos de Lei em tramitação no Congresso Nacional, deixam dúvidas quanto à adequada interpretação de conformidade com os preceitos Constitucionais;

4) As regulamentações sobre a Reprodução Humana Assistida merecem tratamento legal próprio ao lado de outros aspectos do Biodireito, reconhecendo-se como úteis à promoção da saúde física e psicológica do ser humano, desde que atenda as finalidades preceituadas por nossos princípios reguladores, máxime o da Dignidade da Pessoa Humana, não cabendo ao Direito de Família qualquer especificação ou limitação a respeito;

5) No debate quanto ao *locus* dos institutos familiares entre o público e o privado, não há que se admitir uma interpretação restritiva, reconhecendo-se os limites da intervenção do Estado, e a necessidade de uma interpretação inclusiva, característica do contexto do Estado Social e Democrático de Direito, salvo em havendo expressa vedação legal e desconformidade com valores Principiológicos preconizados;

6) As presunções jurídicas de filiação retratadas no art. 1.597 do CCB, devem, em sua literalidade e sentido, converterem-se, em ficções que atribuam estado de filiação aos filhos nascidos durante a convivência do casal (heterossexual ou homossexual) durante a concepção (vida uterina), com ou sem envolvimento de terceiro, abrangendo todas as formas de concepção (natural e artificial), em progressiva adaptação a uma interpretação conforme a Constituição;

7) Diante da nova leitura e na base principiológica estabelecida, há fundamentos para a descon sideração do sistema binário de filiação, com respeito à autodeterminação do projeto familiar parental engendrado pelos interessados, presentes os pressupostos fáticos biológico e socioafetivo para a incidência da norma, viabilizando a multiparentalidade e a filiação trinária, como forma de solução aos arranjos familiares de uma sociedade complexa.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. A reconfiguração da Presunção Pater Ist Est. In: *Família e Responsabilidade. Teoria e Prática do Direito de Família*. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.), Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010, p. 260 e ss.

BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. *Direito, Sexualidade e Reprodução Humana: conquistas médicas e o debate bioético*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GALIZA, Andréa Karla Amaral de. *Direitos fundamentais nas relações entre particulares: teoria e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal/Andréa Karla Amaral de Galiza; prefácio de Paulo Lôbo*, Belo Horizonte: Fórum, 2011.

KRELL, Olga Jubert Gouveia. *Reprodução Humana Assistida e Filiação Civil. Princípios Éticos e Jurídicos*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 198.

LEITE, Eduardo de Oliveira. O Direito, a ciência e as leis de Bioética. In: SANTOS, M. Celeste Cordeiro L. (org.). *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: RT, 2001. p. 114.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*, 4. ed. São Paulo, Saraiva, 2010. p. 314.

RABENHORST, Eduardo R. A dignidade do homem e os perigos da pós-humanidade. In: *Direitos Fundamentais e Biotecnologia*. SARLET, Ingo Wolfgang; LEITE, George Salomão (Org.). São Paulo: Método, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SÉGUIN, Elida. *Biodireito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 42.

SILVA, Ivan de Oliveira. *Biodireito, Bioética e Patrimônio Genético Brasileiro*. São Paulo: Pillares, 2008.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *O direito das famílias entre a norma e a realidade/ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 202 e ss.

GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO: REGRAMENTO NO DIREITO BRASILEIRO E SEUS ASPECTOS DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

*Nadia de Aranjó**

*Daniela Vargas***

*Letícia de Campos Velho Martel****

SUMÁRIO: Introdução. 1 A Legislação brasileira; Os Requisitos da Resolução nº 1.957 sobre a Gestação de Substituição; A Validade do Consentimento da Gestante de Substituição. 2 A Situação do Direito Internacional Privado. 3 As Ações da Conferência da Haia sobre o Direito Internacional Privado a Respeito dos Efeitos Internacionais da Gestação por Substituição. Conclusões.

INTRODUÇÃO

As regras de Direito de Família têm sido confrontadas com uma nova realidade determinada pelos avanços das técnicas médicas que obrigam a todos a repensar conceitos antes preestabelecidos e considerados imutáveis.

A presunção de que a mãe de uma criança é aquela que dá a luz já não representa uma situação segura nos dias de hoje. As técnicas de reprodução assistida trouxeram novidades na área jurídica, com efeitos na determinação da filiação, uma vez que permitem que um embrião de outrem seja implantado em uma mulher. Esta última servirá apenas do que popularmente se chama de “barriga de aluguel” e que na terminologia empregada pelo Conselho Federal de Medicina se denomina “gestação de substituição”.

No plano normativo brasileiro essa realidade ainda não encontra instrumentos jurídicos adequados às situações fáticas criadas por essas técnicas, gerando situações

* Professora de Direito Internacional Privado, PUC-Rio, e Doutora em Direito Internacional, USP; Procuradora de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

** Professora de Direito Internacional Privado, PUC-Rio e Doutora em Direito Civil, UERJ.

*** Professora de Direito Constitucional, PUC-Rio, e Doutora em Direito Público, UERJ.

de incerteza quanto aos direitos e garantias das partes envolvidas no processo. Identificam-se, de início, questões relativas à determinação da gestação e da filiação, com reflexos nas relações de família, na determinação da nacionalidade e na transcrição do registro civil.

Não bastassem os problemas advindos dessa situação no plano interno, acrescenta-se ao tema os efeitos internacionais que a mobilidade da vida moderna permite aos casais que buscam soluções para seus problemas de fertilidade ou mesmo conveniência: a utilização do turismo para a procriação, a ida a um país estrangeiro para ter acesso às técnicas e arranjos jurídicos que muitas vezes não são permitidos no seu país de residência.

Assim florescem centros de reprodução assistida que anunciam seus serviços na internet e casais que se valem da possibilidade de exercer seu direito de escolha para ir a locais distantes e poder contratar com terceiros sobre a gestação de uma criança.

Este trabalho divide-se em duas partes. Na primeira parte cuidará do *status quo* do direito brasileiro a respeito da gestação de substituição, procurando discutir a natureza jurídica dessa nova relação e suas consequências para a família que daí se forma. Os poucos casos conhecidos da jurisprudência nacional serão resenhados. Na segunda parte, a análise centra-se nas situações com caráter internacional, e em suas consequências jurídicas, especialmente quando brasileiros ou estrangeiros aqui domiciliados vão ao exterior e utilizam as possibilidades locais para esta finalidade, muitas vezes em desacordo com a legislação pátria. O nosso intuito é tratar das questões relativas ao registro civil dessas crianças, nacionalidade e suas relações de parentesco.

Por fim, relata-se a preocupação da Conferência da Haia para o Direito Internacional Privado, que tem se deparado com o problema e já se pronunciou no sentido de que a sua Convenção sobre adoção transnacional é inadequada para ser utilizada nesses casos. Portanto, ante a necessidade de uma regulamentação específica da comunidade internacional, a Conferência da Haia acrescentou os efeitos de direito internacional privado da gestação de substituição ao temas de sua agenda futura¹.

1 A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

No momento, o Brasil não possui legislação específica sobre gestação de substituição, que não é um tema regulado no Código Civil atual. As únicas normas sobre o assunto encontram-se na esfera da regulamentação da profissão médica, através da Resolução nº 1.957, de 2010, do Conselho Federal de Medicina, que é endereçada às

1 Ver no sítio da Conferência da Haia para o Direito Internacional Privado, em <www.hcch.net>, na seção de assuntos gerais, o documento nº 11 apresentado na reunião do Conselho, realizada em abril de 2011, e que foi objeto das conclusões finais da reunião anual do Conselho.

situações relativas às Técnicas de Reprodução Assistida (TRAs). O Conselho é uma autarquia federal com atribuição conferida pela lei para regulamentar a deontologia da profissão médica em todo o território nacional, o que torna obrigatórias suas resoluções².

No que diz respeito à gestação de substituição, considerando a ausência de regras em outros diplomas legais, as da Resolução n° 1.957 acabam por ter um papel indireto na relação jurídica das partes envolvidas no procedimento. Há no momento grande discussão sobre a legitimidade do CFM nessa tarefa legiferante, à margem do sistema de leis estabelecido pela CF. No entanto, a legitimidade do Conselho foi objeto de julgamento pela Justiça Federal, em outra situação, relativa à determinação sobre o que fazer com um paciente em estado crítico e terminal, e aquele juízo federal considerou adequada a regulamentação do CFM a respeito³. De notar que logo no início da Resolução, o CFM alude à atribuição que lhe foi conferida para esse fim pela Lei n° 3.268, de 30 de setembro de 1957, alterada pela Lei n° 11.000, de 15 de dezembro de 2004, e regulamentada pelo Decreto n° 44.045, de 19 de julho de 1958. Portanto, queira-se ou não, até que o Congresso Nacional afinal edite uma lei expressa sobre a matéria, a Resolução continua a regular a gestação de substituição. Essa regulamentação não prescinde dos dispositivos gerais da Constituição e do Código Civil Brasileiro, cuja interpretação só pode se valer do critério teleológico para chegar a uma conclusão.

De ressaltar que a leitura atenta das regras de direito de família do Código Civil nada dispõem diretamente sobre a maternidade. Tampouco o ECA possui dispositivos sobre a matéria. Há uma presunção de que quem dá à luz é a mãe, apesar da ausência de um dispositivo que determine expressamente esta regra, como se depreende do art. 10 e seus incisos⁴. De particular interesse para a presunção acima é o inciso II, em que

2 O tema era tratado pela Resolução CFM n° 1.358/92, Publicada no DOU, 19 de novembro de 1992, Seção I, p. 16.053, e que foi Revogada pela Resolução CFM n° 1.957/2010. Esta última cuida do tema no artigo VII, intitulado *Sobre a Gestação de Substituição (Doação Temporária do Útero)*: As clínicas, centros ou serviços de reprodução humana podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética. 1 – As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família da doadora genética, num parentesco até o segundo grau, sendo os demais casos sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina. 2 – A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.

3 A validade formal das resoluções do CFM, se *praeter legem* ou *contra legem* em temas jurídico-morais sensíveis foi alvo da Ação Civil Pública da Ortotanásia. BRASIL, TRF da 1ª Região, ACP n° 2007.34.00.014809-3.

4 *Art. 10.* Os hospitais e demais estabelecimentos de atenção à saúde de gestantes, públicos e particulares, são obrigados a: *I* – manter registro das atividades desenvolvidas, através de prontuários individuais, pelo prazo de dezoito anos; *II* – identificar o recém-nascido mediante o registro de sua impressão plantar e digital e da impressão digital da mãe, sem prejuízo de outras formas normatizadas pela autoridade administrativa competente; *III* – proceder a exames visando ao diagnóstico e terapêutica de anormalidades no metabolismo do recém-nascido, bem como prestar orientação aos pais; *IV* – fornecer declaração de nascimento onde constem necessariamente as intercorrências do parto e do desenvolvimento do neonato; *V* – manter alojamento conjunto, possibilitando ao neonato a permanência junto à mãe.

se exige o registro do recém-nascido e de sua mãe (aqui só podendo ser interpretado como aquela que dá à luz) no momento do parto, inclusive para evitar troca de bebês e outros problemas de identificação. No entanto, não há nenhuma preocupação com a possibilidade de que a parturiente não seja a mãe genética da criança e de que tenha havido um consentimento prévio desta com relação ao futuro da criança, em razão de tratativas sobre gestação de substituição.

O Código Civil de 2002 cuidou apenas da determinação da paternidade. Possui artigo específico para casos em que a criança nasce a partir de técnicas de reprodução assistida, mas novamente só no que diz respeito a quem é o pai, nada aduzindo com relação à maternidade⁵. Também nota-se que a determinação da filiação e suas regras estão intimamente ligadas ao *status* matrimonial do casal. Embora não haja restrições ou diferenças para os filhos nascidos fora do casamento, a preocupação legal é com aqueles advindos da relação marital tradicional, que possuem uma presunção inicial e aos quais não se exige declaração especial para demonstrar a relação familiar. Se a mulher não for casada, é preciso que o pai declare espontaneamente sua condição e proceda ao registro. Em caso de negativa por parte deste, será necessária uma ação judicial de investigação de paternidade. Embora o teste de DNA seja hoje de extrema relevância, não é possível obrigar aquele que está sendo investigado a fazê-lo. Se não quiser realizá-lo por vontade própria, o juízo deverá decidir o caso com as provas que estiverem ao seu alcance.

Outra indicação de que o tema da gestação de substituição não é parte da preocupação das autoridades é a regulamentação do Ministério da Saúde sobre os nascimentos: o formulário preenchido pelo hospital que se consubstancia em uma declaração de “nascido vivo” não a prevê⁶. Como se vê no Manual de Preenchimento que informa os que preenchem a declaração, este indica o cuidado que o Profissional deve ter com uma série de informações sobre a mãe, como seus dados de residência, escolaridade, estado civil, partos anteriores, pré-natal, e ainda sobre o parto, e sobre a criança.

5 *Art. 1.597*. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: *I* – nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; *II* – nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento; *III* – havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; *IV* – havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; *V* – havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

6 Há um manual editado pelo Ministério da Saúde, que possui as instruções para o preenchimento do documento padrão do Sistema de Informações sobre Nascidos Vivos (Sinasc), a Declaração de Nascido Vivo (DN) (anexo I). Essa declaração é decorrente de uma das aplicações da Lei nº 6.015 – de 31 de dezembro 1973 (7). A Declaração de Nascido Vivo (DN) é um documento padronizado pelo Ministério da Saúde, pré-numerado e apresentado em três vias, de distintas cores, cuja finalidade é explicada adiante, no item que se refere ao fluxo da DN. A DN deve ser preenchida, em todo o território nacional, para todos os nascidos vivos: nas unidades de internação ou de emergência dos estabelecimentos de saúde; fora dos estabelecimentos de saúde, mas que neles venham a receber assistência imediata; em domicílio ou em outros locais. No Bloco III, relativo às informações da mãe, refere-se à informação sobre a história reprodutiva da mãe, sua identificação e algumas de suas características.

O formulário, no Bloco IV, trata da gestação e do parto, e refere-se às características da gestação e do parto que deram origem ao recém-nascido em questão. Aqui há informações sobre o tipo de gravidez, e poderia haver um campo para a gestação de substituição, mas nada há nesse sentido. No entanto, no local adequado, o espaço para indicar a parturiente é o local em que se indica a mãe, e em nenhum momento há a possibilidade de que a parturiente seja tão somente a portadora da criança, concebida com o embrião de terceiros. Para isso, seria necessário que o formulário tivesse um campo distinto para essa informação, o que não ocorre.

Como este documento é considerado o primeiro com informações sobre a criança e é a base para o posterior assentamento no Registro Civil, já de início haverá problemas para obter no registro a transcrição de informação não prevista no documento do Ministério da Saúde, a saber a de que a mãe da criança é pessoa distinta daquela que lhe deu à luz.

É no momento do registro que surgem os problemas relativos aos aspectos jurídicos da gestação de substituição, porque esse documento acaba por ser a prova da filiação e das relações de parentesco. No Brasil, o registro é obrigatório e regulado pela Lei nº 6.015/75. No caso de dúvida, o oficial do registro se reporta a um juiz determinado, que decide a controvérsia.

Com relação ao registro de crianças, as questões que surgiram no passado e que suscitaram dúvidas diziam respeito a como proceder ao assentamento de crianças adotadas por pessoas do mesmo sexo. Pacificou-se a possibilidade de incluir os nomes de ambos adotantes. Agora, a legislação que normatizou a certidão de nascimento, menciona apenas “filiação” e não mais dois itens, pai e mãe.

Um fato peculiar no ponto relativo às transcrições de nascimento de crianças no Brasil é o histórico de casos de registro de uma criança no nome de outra mãe, por acordo informal entre elas. No passado, era comum o registro de uma criança em nome de outrem, o que ficou conhecido como “adoção à brasileira”, que depois foi coibido de forma ampla, gerando inclusive um crime específico no Código Penal. Isso porque a adoção é um instituto que conta com regulamentação própria, tanto no plano interno quanto internacional, e suas regras não podem ser violadas por disposições privadas que contrariam a legislação sobre o tema.

A existência desse crime específico para o registro irregular tem consequências sobre a gestação de substituição, cujo desejo de registro da pretensa mãe colide com a realidade espelhada pela situação da parturiente, diante da declaração de nascido vivo. Isso impede que o oficial de registro proceda ao registro não previsto pela legislação, e que ainda por cima é objeto de sanção na esfera penal.

OS REQUISITOS DA RESOLUÇÃO Nº 1.957 SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO

A Resolução nº 1.957 possui requisitos gerais e específicos para a gestação de substituição. Para ter acesso ao procedimento, é necessário que todas as partes interessadas sejam maiores e capazes e possam exercer plenamente seus direitos civis.

O profissional da medicina que fará o procedimento precisa ser licenciado para tal, assim como a clínica em que ele ocorrerá, com a fiscalização das agências próprias. Entre outras obrigações do médico ou médica, uma delas é de dar informações claras e amplas sobre o procedimento, inclusive explicando os riscos envolvidos.

Um requisito importante e indispensável tanto para a pretensa mãe ou mãe contratante e para gestante de substituição é que entre elas haja uma relação de parentesco até o segundo grau. Ou seja, é preciso pertencer à mesma família. No entanto, a resolução permite que os Conselhos Regionais de Medicina tratem caso a caso das autorizações para situações em que o parentesco seja diferente ou mesmo inexistente, desde que motivado. A Resolução é lacônica sobre quais os critérios que devem ser levados em consideração para esses casos.

O outro requisito aplicável a esta relação jurídica é a proibição de comercialização, ou seja, somente a forma altruística e sem fins lucrativos é aceita. Ao proibir a comercialização na gestação por substituição, a resolução do CFM seguiu um costume arraigado no Brasil, além de ter compactuado com as interpretações majoritárias dos dispositivos constitucionais e civilistas provavelmente aplicáveis à espécie⁷. No entanto, isso não exclui a possibilidade de reembolso de despesas, em especial despesas médicas e as relativas à sobrevivência da gestante no período da gestação. De notar que uma vez que a lei brasileira permite o pagamento de alimentos gravídicos, não faria sentido proibi-los no curso da gestação de substituição, desde que confinados, *in casu*, a estreitos patamares, a fim de evitar qualquer máscara a elementos e caracteres comerciais. Pode-se especular que a gestante em questão poderia requerer em juízo o pagamento desses alimentos ao casal que sustenta o projeto parental, com base na citada lei, e isto não representaria contrariedade à regra geral da proibição da comercialização dado ao caráter alimentar da prestação. Cientes de que todo procedimento médico envolve risco, em havendo dano à gestante em qualquer etapa, caberá indenização, que pode, inclusive, ser pactuada anteriormente ou contar com seguro. A interpretação é obtida por analogia à situação dos sujeitos de pesquisa no ordenamento brasileiro, conforme a Resolução nº 196/96/CNS.

7 Na doutrina, prevalece a noção de que o Art. 199 da CF é aplicável à gestação por substituição. Porém, há dúvida razoável acerca da incidência do enunciado normativo, uma vez que ele parece referir-se primariamente à remoção de órgãos, tecidos e material humano.

No que diz respeito à mãe que pretende ir adiante com o projeto parental, há ainda duas condições essenciais: para que a gestação de substituição seja permitida, ela precisa ter um problema médico que impeça a gestação. O problema pode ser infertilidade ou algum outro, que obste ou contraindique a gestação, e deve ser doadora do material genético da criança. Essa fórmula empregada pela Resolução nos parece aleatória e sem justificativa. Permite o acesso à gestação de substituição apenas a mulheres com tipos muito específicos de infertilidade, excluindo uma parcela significativa de mulheres reputadas inférteis, pois simultaneamente tem que ser capaz de ovular e, não de gestar. Além disso, permite que duas mulheres em uma relação afetiva, sendo uma delas infértil, procriem, mas não estende esse mesmo direito se ambas estiverem em condições de fertilidade. E ainda não permite que um projeto desta natureza seja levado a cabo por uma relação homossexual entre dois homens, o que cria uma situação de desigualdade sem qualquer critério racional.

Outras questões não foram tratadas pela Resolução, pelo que se infere que não há qualquer impedimento no sistema brasileiro com relação à situação civil, tanto da doadora quanto da gestante, que não precisam ser casadas, podendo ser solteiras ou estar em uma união estável.

A VALIDADE DO CONSENTIMENTO DA GESTANTE DE SUBSTITUIÇÃO

Ainda que no direito brasileiro a contratação de uma gestante por substituição seja proibida, na modalidade de contrato oneroso, muito se discute sobre a natureza jurídica do documento de consentimento que esta deve aceder, em conjunto com pais do projeto parental. Este documento é obrigatório pelas regras do CFM, logo no início da Resolução onde constam os princípios gerais e é chamado de *consentimento informado*⁸.

Desta forma, considerando as características do documento descritas na resolução, é evidente que se trata de um contrato, ainda que a título gratuito, e conseqüentemente, as disposições gerais do Código Civil se aplicam a ele. No entanto, até o presente momento, da pesquisa realizada não foi encontrado nenhum caso em que a validade desta disposição de vontade tenha sido especificamente analisada⁹.

8 Item 3, do capítulo de princípios gerais – O consentimento informado será obrigatório a todos os pacientes submetidos às técnicas de reprodução assistida, inclusive aos doadores. Os aspectos médicos envolvendo as circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, assim como os resultados obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico. O documento de consentimento informado será expresso em formulário especial e estará completo com a concordância, por escrito, das pessoas submetidas às técnicas de reprodução assistida.

9 A respeito da disposição de direitos fundamentais: MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Direitos fundamentais indisponíveis*: limites e padrões do consentimento para a autolimitação do direito à vida. Tese de Doutorado. Rio de Janeiro: UERJ, 2010.

A situação traz muitas dúvidas, como a definição da maternidade ante a dicotomia antes inexistente, criada pelas possibilidades agora advindas das técnicas de reprodução assistida: uma gerou e a outra gestou. Diante da ausência de normas, o juízo terá que decidir ante o caso concreto, levando em consideração vários princípios, como a força da autonomia privada em relação ao melhores interesses da criança, bem como a filiação por *status* ou contratual. Até o presente momento, não há decisões judiciais dos tribunais colegiados ou superiores sobre o tema, mormente envolvendo os seguintes conflitos: entre a mãe doadora e a mãe gestante; sobre o cumprimento do que fora previamente acordado e, sobre a validade do consentimento informado.

Os casos judiciais conhecidos que discutiram gestação de substituição o fizeram para resolver as dificuldades surgidas no momento da transcrição do assentamento de nascimento. As partes só queriam assegurar o reconhecimento da situação fática *vis-à-vis* a legislação aplicável ao registro de pessoas naturais. Em todos eles, nota-se ausência de litígio, prevalecendo o desejo de todos de ver reconhecido no plano jurídico aquela situação de fato que se estabeleceu, ou seja, o registro da criança em nome dos pais que optaram pelo projeto parental e não em nome da mãe que atuou como gestante por substituição.

2 A SITUAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

As regras de Direito Internacional Privado brasileiras estão consubstanciadas, na sua maioria, na Lei de Introdução ao Código Civil (LICC), agora substituída pela Lei nº 12.377/2010, que tão somente modificou a ementa da LICC para Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LIN). No que diz respeito ao direito de família, o único artigo que trata da matéria é o art. 7º, que adotou o critério de domicílio para reger todas as questões de direito de família. O artigo é lacônico e deixa em aberto diversas situações jurídicas, mormente quanto partes envolvidas estão em domicílios diferentes, sendo a norma geral insuficiente para resolver os problemas.

O art. 7º nada aduz sobre outras situações direito de família já consolidadas, como alimentos e questões ligadas à guarda parental. Não admira que a gestação de substituição seja desprovida de qualquer norma.

Tampouco as convenções internacionais das quais o Brasil faz parte, na área de direito de família, tratam da matéria, sejam aquelas de cunho regional, realizadas pela Organização dos Estados Americanos, OEA, sejam aquelas de caráter global, como as realizadas pela Conferência da Haia sobre o Direito Internacional Privado.

No entanto, a lacuna normativa não pode impedir que partes privadas tomem em suas mãos decidir sua vida e partam para soluções no direito de família em outros países. Por muitos anos foi assim na adoção internacional, posteriormente regula-

mentada pela Conferência da Haia através da Convenção de Adoção Internacional, que obteve grande sucesso em coibir os abusos antes existentes.

Convivem no mundo sistemas muito diversos sobre a gestação de substituição: há os que permitem sem restrições, inclusive em contratos comerciais, outros que permitem de forma limitada, até aqueles que a proíbem expressamente em qualquer condição¹⁰. No primeiro caso temos os Estados Unidos, que têm situação particular porque cada estado da federação regulamenta o tema de forma diferente, o Canadá, o Reino Unido, Israel, Grécia, Holanda, Índia e Ucrânia. Ainda assim, nesse grupo, há os que possuem legislação específica e os que permitem apenas sua prática, sem regras especiais. A maioria parece ter optado pela regulamentação do tema no âmbito das técnicas de reprodução assistida. No segundo pode-se incluir o Brasil, a Argentina e a China, em que a permissão tem uma série de limitações. No terceiro grupo estão aqueles países em que a gestação de substituição é proibida de todas as maneiras, como a França¹¹ e a Alemanha, que proíbem qualquer tipo de contratação desse tipo e a Espanha, que além da restrição tem norma expressa de que mãe é aquela que dá à luz.

Essas diferenças dão margem às pessoas de elidir as proibições das suas legislações internas para levar a cabo o seu projeto parental, e fizeram florescer o que se convencionou chamar de “turismo procriativo”, com inúmeras consequências para o Direito Internacional Privado. Diante da proibição no direito doméstico, resta responder à questão do que fazer com os efeitos de situações ocorridas no estrangeiro, em inegável tentativa de fraude à lei.

No que diz respeito ao direito brasileiro, nossas considerações são especulações a partir do sistema de regras de DIPr brasileiras e das decisões do STF e STJ, em áreas afins, em que, por analogia, se poderia imaginar a direção que tomaria a jurisprudência. No entanto, na ausência de casos concretos, ainda é cedo para antever como serão as decisões judiciais.

Dois são os problemas que nos preocupam: o primeiro diz respeito à determinação da nacionalidade brasileira, e o segundo ao reconhecimento de decisões estrangeiras para execução no Brasil.

No primeiro caso, mistura-se à questão de nacionalidade os problemas relativos ao registro das pessoas naturais. Pelo sistema brasileiro, a regra para a nacionalidade

10 Para maiores informações, veja-se o livro *Gestation por autrui: surrogate motherhood*, Académie de Droit Comparé, XVIII Congrès, Washington DC, 2010, sob a coordenação de Françoise Moneger, Paris, 2011. O livro traz os resultados do Congresso, a partir de um questionário elaborado pela coordenadora e respondido por 17 países, nos quais a situação de cada um sobre o tema é esclarecida.

11 A Corte de Cassação Francesa decidiu recentemente um caso em que a maternidade por substituição ocorreu na Califórnia e os pretensos pais registraram a criança no Consulado Francês. O Ministério Público promoveu uma ação de anulação do registro, o que foi confirmado pela Corte de Cassação, que considera a maternidade por substituição uma ação ilícita e uma tentativa de evasão das regras sobre adoção.

é a do *ius soli*, ou seja, são brasileiros os nascidos no Brasil. No entanto, o sistema é misto e os filhos de brasileiros nascidos no exterior serão considerados brasileiros natos em duas hipóteses: de forma automática, se houver o registro do nascimento no Consulado do Brasil no exterior; pelo exercício da opção, quando na ausência de registro, posteriormente vier a pessoa a residir no Brasil e fizer a opção perante a justiça federal. Nesse último, embora seja necessária a comprovação de certos requisitos, a sentença é meramente declaratória de um estado que já lhe pertence.

Desta forma, se a criança nascer no Brasil, certamente terá respeitado as regras restritas, do CFM, que não impede o acesso dos estrangeiros, mas indiretamente desencoraja estrangeiros não residentes pelas dificuldades existentes. No entanto, não há nenhuma proibição formal a respeito. No caso de estrangeiros, o registro de nascimento no Consulado de seu país se dará segundo as regras estrangeiras. Desta forma, poderá ser deferido sem problemas se o país assim o permitir; ou indeferido, se ferir a ordem pública do mesmo, como ocorreria caso se tratasse da França. Essa situação não afeta o direito brasileiro, em que a criança será registrada segundo o nosso direito e tem a nacionalidade brasileira assegurada já que a regra do *ius soli* a ela se aplica. Se o casal estrangeiro quiser registrar no seu nome e não no da gestante de substituição, enfrentará a mesma situação de um casal brasileiro.

A situação contrária – se a criança nascer no exterior de pai ou mãe brasileiros – gera outros problemas. Duas hipóteses podem ocorrer: se um casal brasileiro for residente e domiciliado no exterior, e fizer um contrato oneroso de gestação de substituição, sendo o direito local respeitado, não se pode falar em fraude à lei brasileira. O registro no consulado brasileiro, no entanto, enfrentará os mesmos problemas de um registro no Brasil, e os casos encontrados têm demonstrado que isso é possível, ainda que a lei não disponha a respeito.

Mas um ponto que não foi abordado nos casos locais de registro diz respeito à nacionalidade. Isso porque a regra de *ius sanguinis* exige que um dos pais seja brasileiro. Se a mãe do projeto parental não for considerada como mãe pelo direito brasileiro no processo de dúvida, e o pai for desconhecido, poderemos ter uma questão de difícil solução para o reconhecimento da nacionalidade brasileira. Nesse caso, se o direito local não utilizar o *ius soli*, mas sim o *ius sanguinis* e a nacionalidade brasileira não for atribuída pela lei brasileira, a criança será apátrida.

No entanto, se um casal de brasileiros ou estrangeiros residentes no Brasil quiser ir ao exterior para um contrato oneroso de gestação de substituição, que aqui é proibido, estaremos diante de um caso que pode ser considerado como atentatório à ordem pública brasileira. No passado, quando o divórcio não era permitido no Brasil, ante a proibição constitucional, a tentativa de homologação de uma sentença

de divórcio realizado por procuração no México era indeferida por ferir a ordem pública brasileira.

Aqui podem surgir alguns problemas. O primeiro deles no momento do registro do nascimento da criança no Consulado brasileiro, porque aí a dúvida suscitada é de outra natureza e em desacordo com a regra de conexão brasileira, que diz ser a lei do domicílio aquela que rege a capacidade e o direito de família. Nessa situação temos um caso contrário às regras brasileiras que proíbem a gestação de substituição a título oneroso, a despeito da situação ter ocorrido no exterior e lá ser permitida, já que o casal é domiciliado no Brasil.

A segunda hipótese diz respeito à filiação decorrente de uma sentença estrangeira, quando esta tiver que ser homologada para ter seus efeitos reconhecidos no Brasil. Novamente, pode surgir o argumento da ofensa à ordem pública, que venha a impedir o reconhecimento da sentença no processo de homologação. Ante a ausência da ocorrência de um caso com essas características, não se pode saber qual o argumento que terá preponderância no STJ.

3 AS AÇÕES DA CONFERÊNCIA DA HAIJA SOBRE O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO A RESPEITO DOS EFEITOS INTERNACIONAIS DA GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO

A Conferência da Haia é uma organização intergovernamental de âmbito mundial, que iniciou suas atividades em 1893, adquirindo caráter permanente a partir de 1951¹², ano de aprovação do seu estatuto, e o estabelecimento de seu escritório permanente em 1955. A Conferência da Haia dedica-se à codificação do direito internacional privado através da regulamentação de diversas matérias, especialmente na área do direito de família, e conta hoje com mais de 70 países membros. A partir da sua 17ª Sessão, a Conferência decidiu que um de seus objetivos principais seria o de ser um centro mundial a serviço da cooperação internacional judiciária e administrativa em matéria de direito privado, notadamente no âmbito da proteção da infância¹³. Ao longo dos anos vem promovendo a elaboração de instrumentos internacionais

12 Para maiores informações, ver a página na internet, www.hcch.net, com a lista e texto das convenções já adotadas, trabalhos em andamento e demais informações. Confira-se, também o completo estudo de OVERBECK, Alfred von, "La contribution de la Conférence de La Haye au développement du Droit International Privé", *Recueil de Cours*, tomo 233, 1992, p. 9-98.

13 A mais recente convenção finalizada pela Conferência da Haia é a Convenção sobre cobrança de alimentos no exterior, de caráter universal, com o objetivo de substituir a Convenção de Nova York, pois é mais abrangente nos aspectos relativos à cooperação administrativa entre os países. O Brasil participou ativamente das negociações, através do envio de delegações especializadas para as reuniões da Comissão Especial e para a 21ª Reunião Diplomática, em novembro de 2007, que aprovou a Convenção.

voltados à proteção da infância, de grande importância e utilidade para a comunidade internacional¹⁴.

O tema da gestação de substituição consta entre aqueles em que o Conselho de Assuntos Gerais está iniciando os trabalhos para uma futura codificação. Isso porque a Comissão Especial, reunida em junho de 2010 para avaliar a utilização da Convenção sobre adoção internacional¹⁵, concluiu que essa Convenção não era o documento adequado para tratar da gestação de substituição e que algum tipo de regulamentação específica era necessária. Nas conclusões finais da reunião, o tema da gestação por substituição foi objeto do item 25 do relatório, em que a Comissão especial apontou o crescimento do número de casos de arranjos para a gestação de substituição e demonstrou sua preocupação com a incerteza gerada para as crianças no que diz respeito ao seu estatuto pessoal. Considerou ainda inapropriada a utilização da Convenção sobre adoção internacional para tais casos e recomendou ao Secretariado que estudasse o tema, com ênfase na repercussão do tema no direito internacional privado.

Seguindo as diretrizes do mandato que lhe fora confiado pela Comissão especial, o Secretariado produziu um documento sobre o tema, apresentado ao Conselho de Assuntos Gerais na reunião de abril de 2011. O relatório foi muito elogiado e o Conselho reputou positiva a avaliação ali apresentada sobre as questões de direito internacional privado relativo à situação das crianças e outras envolvendo a gestação de substituição. Nas suas recomendações finais, convidou o Secretariado a continuar os estudos e a coleta de informações de outros sistemas jurídicos para uma análise de direito comparado sobre as necessidades práticas do tema. Também enfatizou que o Secretariado deveria envidar esforços para mapear as possibilidades sobre um consenso dentro de uma visão global. Indicou ao Secretariado a importância de efetuar consultas com profissionais de outras áreas, em especial da área de saúde, para levantar a natureza dos problemas que ocorrem na gestação de substituição. Um relatório preliminar sobre os estudos deverá ser apresentado pelo Secretariado na reunião anual do Conselho em 2012.

Nesse sentido, instada e em colaboração com a Conferência da Haia, a Universidade de Aberdeen, sob o comando dos Professores Paul Beaumont e Katarina

14 A Conferência da Haia aprovou, nos últimos anos, várias convenções que cuidam de questões da infância. São elas: Duas convenções sobre alimentos, 1973; Convenção sobre os aspectos civis do sequestro de menores, 1980; Convenção sobre adoção internacional, 1993; Convenção sobre proteção das crianças, 1996, e, em 2007, a nova Convenção sobre alimentos. Todos os textos e a lista dos países que delas participam estão disponíveis no *site* <www.hcch.net>.

15 Documento final de conclusões e recomendações da Reunião da Comissão Especial sobre a operação da Convenção sobre adoção internacional, realizada em junho de 2010, disponível na página da Conferência da Haia, em <www.hcch.net>, na seção relativa a adoção internacional.

Trimblings, iniciaram uma pesquisa de direito comparado com o título: “International Surrogacy Arrangements: an urgent need for a legal regulation at the international level”. Na justificativa do projeto, os professores apontam o rápido desenvolvimento na área de medicina reprodutiva, e entre seus resultados uma significativa popularização da técnica de gestação de substituição.

Uma das variáveis relativas à expansão da gestação por substituição são as dificuldades e restrições à adoção, tanto no plano interno, como no internacional. Outra variável é a grande lacuna legislativa, não sendo exagero dizer que existe um florescente mercado para a gestação de substituição que está ganhando atenção da mídia. A gestação de substituição no plano internacional traz grande preocupação pela ausência de regulamentação adequada. O projeto procura explorar as possibilidades da criação de regras especiais para a gestação de substituição no plano internacional.

Para discutir a primeira fase do tema, elencando as questões de direito comparado, foi enviado aos especialistas dos países convidados um questionário com os itens relevantes. Em seguida, realizou-se uma reunião do grupo de trabalho, na Universidade de Aberdeen, em agosto de 2011, no qual os relatórios foram apresentados, discutidos e apontadas as diferenças entre os sistemas jurídicos. No momento, a versão escrita do relatório será enviada e a sua publicação está prevista para meados de 2012. O Brasil foi representado pelo Grupo de Pesquisa sobre Gestação de Substituição da PUC-Rio, composto pelas autoras desse artigo¹⁶.

O próximo passo será a discussão na Reunião de 2012 do Conselho de Assuntos Gerais da Conferência da Haia do relatório a ser apresentado pelo Secretariado, ainda na sua versão preliminar, pois só em 2013 será decidido qual o rumo da regulamentação dos aspectos internacionais da gestação de substituição no âmbito da Conferência da Haia. Vários formatos estão em análise, seja o da convocação de uma Comissão Especial dos Estados membros para a elaboração de uma convenção internacional que regule o tema no âmbito global, seja para a elaboração de um conjunto de princípios gerais, conhecidos como *soft law*.

CONCLUSÕES

O estudo empreendido até o momento demonstra as dificuldades encontradas no que diz respeito à normatização da gestação de substituição, tanto no plano interno quanto internacional, ambos lacunosos e carentes de racionalidade nas poucas regras encontradas.

16 Para maiores informações, ver em <www.abdn.ac.uk/law/surrogacy/>.

O tema releva uma reflexão mais ampla do que o mero debate sobre conflitos ou possíveis conflitos positivos de maternidade. É imperiosa a adoção pelos responsáveis, tanto no plano interno, quanto internacional de uma regulamentação que defina a maternidade nos casos de gestação de substituição de forma expressa.

Essa regulamentação deve contemplar um leque variado de tópicos, entre os quais destacamos: a) se a opção da legislação será pelo contrato do tipo oneroso ou gratuito; b) a possibilidade da determinação da maternidade através de contrato, o que possui duas implicações – no que diz respeito ao registro de nascimento que espelhe essa nova situação, e às consequências advindas do registro para a determinação da nacionalidade brasileira por *ius sanguinis*, pois a situação cria um novo critério para sua declaração; c) aceitando-se a validade do acordado, não se pode deixar de impor aos pais contratantes todas as obrigações decorrentes da filiação; d) determinar com clareza os limites impostos àquela que se dispõe a participar como gestante de substituição; e) prever um sistema de supervisão e fiscalização das clínicas que praticam as técnicas da gestação de substituição, não apenas nos aspectos médicos, mas também quanto à observância das regras que regulamentam a prática médica e a bioética. Por fim, a regulamentação deveria preocupar-se com as consequências da prática do turismo procriativo, no plano jurídico, ao menos até que a comunidade internacional se manifeste e produza um documento global.

A NECESSÁRIA REVISÃO DA TEORIA DAS INCAPACIDADES

*Nelson Rosevald**

“Só louco
Amou como eu amei
Só louco
Quis o bem que eu quis
Oh! insensato coração
Por que me fizeste sofrer
Por que de amor para entender
É preciso amar
Porque
Só louco”
(Só Louco, Dorival Caymmi)

SUMÁRIO: Introdução. O Bipolar. O Pródigo. O Idoso. A Plasticidade da Curatela. Conclusão.

INTRODUÇÃO

O direito civil sempre manteve uma postura arredia perante aqueles que se conduzissem de forma diferenciada nas relações patrimoniais. Na visão tradicional do sistema privado a pessoa se diluía no indivíduo – abstrato sujeito de direitos e deveres –, polo de relações jurídicas e centro de interesses que se relacionam. A ideia de personalidade era vinculada à titularidade. Em cada relação jurídica a atuação do homem era delimitada por um personagem que atuaria frente a um objeto. Não havia “gente” de carne e osso: Nelson, Cristiano, Maria ou Ana, mas somente o agente de centro de interesses econômicos: o proprietário, o contratante, o testador, o marido e o pai. Ao sistema neutro do direito clássico não interessavam a singularidade do comportamento e nuances de cada ser humano. Ao ideal de segurança jurídica só convinha aquele que desempenhasse corretamente os papéis determinados pela le-

* Pós-Doutor em Direito Civil pela Universidade Roma Tre-Itália. Doutor e Mestre em Direito Civil pela PUC-SP. Professor de Direito Civil do Complexo Damásio de Jesus. Procurador de Justiça do Ministério Público/MG.

gislação. A sociedade era especialmente intolerante com as vicissitudes e fraquezas pessoais. Destarte, quem se conduzisse à margem do enredo traçado pelo legislador seria remetido ao espaço destinado aos marginalizados: o estatuto da interdição.

A autonomia da vontade inspirou o regime das incapacidades, uma refinada construção de Savigny capaz de legitimar sobre o viés jurídico as dicotomias do juízo entre o certo/errado e o bem/mal. Surgem as categorizações: a capacidade de direito como aptidão genérica para a titularidade de direitos e obrigações na órbita civil e a capacidade de fato (ou de agir), até hoje tida como a aptidão para o exercício pessoal dos atos da vida civil, sem assistência ou representação. Esta gradativa classificação se mostra capaz de, em três níveis – do céu ao inferno, passando pelo purgatório da incapacidade relativa –, excluir do projeto da cidadania aqueles tidos como “loucos”, tal como em Roma se fez com os leprosos e na idade média com as bruxas. Como o ideal da modernidade e dos iluminismos se amparava no cientificismo e no progresso, o direito desenvolveu o método racional e objetivo da teoria das incapacidades para extirpar a autonomia e segregar aqueles que representavam entraves à estabilidade das relações sociais.

No Brasil, como a medicina do século XIX não era capaz de catalogar o rol de transtornos mentais, o art. 5º, inciso II, do Código Civil de 1916 conglobou em uma só fórmula aqueles que seriam relegados ao limbo da curatela: “os loucos de todo o gênero”, expressão equívoca, pela imprecisão e estigma. Certa feita, o filósofo Nietzsche precisou, “se minhas loucuras tivessem explicações, não seriam loucuras”. De fato, é bem mais simples excretar os “diferentes” para os confins da cidadania do que construir um diálogo em uma esfera democrática.

A sociedade ocidental do século XIX até meados do século XX se relacionou com os desvios e os descontroles – comumente homogeneizados e enquadrados pela expressão loucura, reflexo do domínio exercido pelas concepções médicas em seu tratamento. No livro *A História da Loucura na Idade Clássica*, Michel Foucault atentou para o advento da psicologia, como condição de produção do louco do mundo moderno. A psicologia produz uma nova relação que passa a constituir o ser humano: o homem detém em seu interior a sua própria verdade. O louco também é detentor da sua verdade, mas essa verdade está oculta e, como ele não consegue alcançá-la, nem decifrá-la, então ele clama desesperadamente para que ela seja, enfim, revelada. Tal e qual Raul Seixas, “Eu não sou louco, é o mundo que não entende a minha lucidez”.

Lamentavelmente, o Código Civil de 2002 não alterou o panorama técnico e essencialmente excludente da teoria das incapacidades. No máximo percebemos sutis mudanças no vocabulário normativo, mas nada que altere a substância do seu discurso reducionista. Sob a fórmula da “ausência” ou da “redução” do discernimento (arts. 3º e 4º do CC), seja por deficiência ou enfermidade mental, o Código Reale considera

que distúrbios na integridade psíquica, em maior ou menor grau, remetem o sujeito à curatela, que pode ser entendida como um encargo deferido a alguém para reger a pessoa e administrar os bens de outrem, que não pode fazê-lo por si mesmo em razão de um modo de ser, ou seja, um déficit cognitivo (deficiência) ou um modo de estar, calcado em um processo patológico (enfermidade). A seu turno, a interdição é a via processual de jurisdição voluntária para a obtenção da declaração judicial de incapacidade da pessoa sujeita à curatela. No estado extremo da incapacidade absoluta, o sujeito interditado é integralmente substituído pela pessoa do curador, sendo certo que qualquer ato praticado sem a sua presença será sancionado pela nulidade (art. 166, I, do CC).

É de sabença geral que uma das missões do direito civil contemporâneo é revisitar o ser humano subjacente ao indivíduo. Em Estados plurais e antropocêntricos, não obstante imersos na abstração e anonimato das massas, cada pessoa é portadora de especial dignidade, cláusula geral assecuratória de direitos fundamentais na esfera privada e salvaguarda dos direitos das personalidades que irradiam sobre sua integridade psicofísica, nas dimensões do corpo, alma e intelecto. Na linguagem difundida pelo Direito Civil Constitucional, as situações jurídicas patrimoniais se submetem às existenciais, pois a pessoa é protagonista do Estado Democrático de Direito. Via de consequência, os conceitos de personalidade e capacidade se distanciam: aquela tida como um valor, hábil a impedir o fracionamento do ser humano em categorias. Esta, a seu turno, como a medida de um valor, pela qual a subjetividade de cada um de nós, a luz do grau de discernimento (sanidade + maturidade), determinará se a pessoa poderá se emancipar para a prática autônoma da vida civil ou se apoiará provisória ou definitivamente em outra pessoa: o representante ou o assistente legais. A personalidade é um dado pré-normativo, sendo reconhecida pelo direito. Já a capacidade é concedida pelo ordenamento, variável em graus, sujeita, portanto, aos humores do legislador e sobremaneira ao estágio cultural de cada sociedade.

Disto se extrai que a capacidade civil é um direito fundamental do ser humano, corolário de sua dignidade e liberdade, e que o decreto de incapacidade será fundado em circunstâncias excepcionais e motivado invariavelmente na proteção da pessoa que padece de transtornos mentais permanentes, jamais em punição pelo simples fato de se comportar de modo diferenciado. A final, a subjetividade é edificada e afirmada na diuturna superação de nossas vulnerabilidades. Mesmo em termos de linguagem, o Código Civil se postou aquém do seu tempo, pois, já em 2001, a Lei antimanicomial – nº 10.216 – definiu com sensibilidade estes seres humanos vulneráveis como “Pessoas Portadoras de Transtornos Mentais”, redirecionando o modelo assistencial em matéria de saúde mental.

O BIPOLAR

O objetivo do debate é retirar da penumbra determinados “arquetipos” jurídicos, preservados no vigente código civil – talvez por inércia –, remetendo-os a um exame crítico e conforme a Constituição Federal.

De acordo com o art. 3º, III, do *codex*, são absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil “Os que mesmo por causa transitória, não puderem exprimir a sua vontade”. A incapacidade transitória encontra nas pessoas portadoras de transtorno bipolar o público principal. O bipolar – até algum tempo conhecido como psicótico maníaco depressivo – é um ser ciclotímico que por um distúrbio oscila entre as fases de mania e de apatia. Nos episódios de mania, demonstra grande agitação e euforia, enquanto na fase apática, ingressa em depressão, tendo como resultado a total perda de prazer pelas atividades sociais e o isolamento. Entre estes extremos, o bipolar vive fases de eutímia, nas quais prevalece um estado de equilíbrio e humor. Todavia, nos momentos críticos pode praticar atos patrimoniais ou existenciais que lhe sejam extremamente prejudiciais. Tchaikovsky, Mozart, Van Gogh e Gauguin, Jim Carrey e Robin Williams, Hemingway, Agatha Christie, Platão, Newton, Lincoln e Ulisses Guimarães. Conforme os relatos históricos, estes seres humanos extraordinários seriam interditados como absolutamente incapazes à luz do citado dispositivo legal, pois em determinados momentos de suas vidas não suportariam a pressão das circunstâncias e escapariam das redomas daquilo que o seu contexto histórico definiu como “normalidade”. Atualmente, a bipolaridade, em maior ou menor grau, afeta uma em cada vinte pessoas, convertendo-se em uma “questão social”.

Em uma interpretação, conforme a Constituição Federal, do art. 3º, III, do Código Civil, com exceção dos casos mais graves, a interdição do bipolar seria uma ofensa ao princípio da proporcionalidade. Privar uma pessoa de sua autonomia pelo fato de acidentalmente praticar atos jurídicos fora de sua condição psíquica habitual seria uma desmesurada reprimenda do ordenamento jurídico a quem pede por tratamento e não pela punição do isolamento pela via da curatela. Devemos apartar a capacidade legal do portador de transtorno bipolar da incapacidade natural de querer e entender em certo momento. A interdição, como bem reconhece o art. 1.767 do Código Civil, só se aplica aos que carecem de necessário discernimento por uma “causa duradoura”. Portanto, em tais hipóteses, razoável será o destaque entre a incapacidade e a interdição, para que aquela seja reconhecida apenas como elemento ensejador da sanção de invalidade do ato jurídico praticado pelo bipolar nos momentos de apatia ou euforia, sem que o decreto judicial seja levado ao registro de pessoas naturais e lhe prive da capacidade de agir. Em outras palavras, a incapacidade será localizada em relação a um determinado ato, desde que sobeje provado que o bipolar sofreu prejuízo e o outro contraente poderia perceber a sua especial

situação psíquica. Desta maneira, restam equalizados os princípios da segurança jurídica e estabilidade do tráfego negocial, viabilizando-se um dimensionamento entre a preservação da autonomia do bipolar com a boa-fé de terceiros que com ele estabeleçam relações.

O PRÓDIGO

Em “O Alienista”, Machado de Assis narra a trajetória do médico Simão Bacamarte, que chega a Itaguaí-RJ e funda o hospício “Casa Verde”. Em seu plano de internar todos aqueles que agem de forma peculiar, a primeira pessoa que lhe chama a atenção é o “Costa”. Ele era um homem de posses que havia torrado a sua herança em empréstimos a fundo perdido. Costa era muito querido na cidade, tanto pela generosidade, como pela incapacidade de cobrar os empréstimos não pagos. Este personagem do final século XIX, retrata a moldura jurídica do pródigo.

Passados cento e trinta anos da primeira edição do épico machadiano, o pródigo perpetua a sua condição de relativamente incapaz no art. 4º, IV, do Código Civil. A prodigalidade é aferida pelo comportamento da pessoa que desperdiça desvairadamente o seu patrimônio. Como peculiaridade em relação à curatela em geral, aduz o art. 1.782 que “a interdição do pródigo só o privará de, sem curador, emprestar, transigir, dar quitação, alienar, hipotecar, demandar ou ser demandado, e praticar em geral, os atos que não sejam de mera administração”. Esta norma escancara que o regime das incapacidades não foi estabelecido para proteger a pessoa, mas o patrimônio. Afinal, era o patrimônio que definia o delineamento da pessoa humana. O homem livre era o homem proprietário, que pode desenvolver atividades econômicas. Portanto, submeter o patrimônio à simples vontade do titular poderia levá-lo à ruína.

Só que esta excessiva preocupação com a tutela econômica do indivíduo não encontra resposta na realidade contemporânea. A pessoa possui autonomia existencial, e se deseja fazer liberalidades com o dinheiro que ganhou em uma vida de trabalho, jogos ou apostas, ou herdou (nos dois últimos exemplos, sem sequer se esforçar), é uma questão de intimidade, um traço da personalidade imune à interferência estatal pela pena da interdição, a não ser que aliada à prodigalidade se manifeste uma patologia grave. Com efeito, o mesmo sistema jurídico incentivador da ordem econômica e da livre-iniciativa (art. 170 da CF) deve permitir que o ser humano opte pela alternativa de abdicar de seus bens. Para que alguém possa “ser”, o ordenamento deve lhe facultar escolher entre o “ter” e o “não ter”, pois muitas vezes o seu projeto existencial passa pela busca da felicidade através do desprendimento, mesmo que para a maioria de nós

este comportamento diferenciado e minimalista sugira uma forma insegura de sobrevivência, estranha ao receituário forjado na cultura ocidental, infenso ao desapego¹.

Nestas situações, a razoável intromissão do direito privado sobre as escolhas de vida, será no sentido de proteger o patrimônio mínimo do pródigo, evitando que seja privado do mínimo existencial, mesmo para que no futuro não se converta em um encargo para o Estado. Quanto à família, no máximo incumbe aos herdeiros necessários o direito de pleitear a redução das doações inoficiosas (549 do CC).

Diz-se, por aí, que “rico é pródigo, pobre faz lambança”. Se o código civil é efetivamente o monumento ao cidadão comum, além de descompromissada com a proporcionalidade, a interdição do pródigo também é desconectada com a realidade. No Brasil, demograficamente impera a classe média baixa, por essência incapaz de sucumbir à prodigalidade. Assim, em termos de respaldo às diretrizes da eticidade e da operabilidade, muito mais efetivo do que legislar para 1% da população (hedonistas como Jorge Guinle²), seria cuidar do fenômeno do superendividamento – ativo (por abuso do crédito) ou passivo (por acidente da vida) –, que se impõe quando o conjunto de débitos da pessoa ultrapassa o seu patrimônio e a sua capacidade de endividamento, com sacrifício ao mínimo existencial. Paradoxalmente, nossa legislação resguarda a pessoa jurídica que propugna pela recuperação judicial (Lei nº 11.101/05), mas inexistente norma que consagre o direito da pessoa natural de renegociar globalmente os seus débitos, através de um modelo de moratória civil, de modo a obter um “fresh start” em sua trajetória de vida. A remessa do nome a um cadastro de inadimplentes implica

- 1 Um cidadão fez voto de desapego e pobreza. Dispôs de todos os seus bens e propriedades, reservou para si apenas duas tangas, e saiu Índia afora em busca de todos os sábios, medindo na verdade o desapego de cada um. Levava apenas uma tanga no corpo e outra para troca, sempre necessária. Estava convencido de não encontrar quem ganhasse de si em despojamento, quando soube de um velho guru, bem ao norte, aos pés do Himalaia. Tomando as direções, parte ao encontro do velho sábio. Quando lá chegou, tristeza e decepção! Encontrou terras bem cuidadas, um palácio faustoso, muita riqueza, muita pompa. Indignado, procura pelo guru. Um velho servo lhe diz que ele está em uma ala dos magníficos jardins com seus discípulos, estudando desapego. Como era costume da casa ter gentileza para com os hóspedes, o servo convida o andarilho para o banho, repouso e refeição, antes de se dirigir à presença do sábio. Achando tudo muito estranho, o desapegado aceita a sugestão. Toma um bom banho, lava sua tanga usada, coloca-a para secar no quarto e sai em busca do guru. Completamente injuriado, queria contestar e desmascarar aquele que julgava um impostor, pois em sua concepção desapego não combinava com posses. Aproxima-se do grupo, que ouve embebecido as palavras do mestre e fica ruminando um ardil para atacar o guru, quando, correndo feito um doido, chega um dos serviços gritando: – Mestre, mestre, o palácio está pegando fogo, um incêndio tomou conta de tudo. O senhor está perdendo uma fortuna! O sábio, impassível, continua sua prédica. O desapegado viajante das duas tangas dá um salto e sai em desabalada carreira, gritando: – Minha tanga, minha tanga, o fogo está destruindo minha tanga...
- 2 Segundo a *Wikipedia*, Jorge Guinle viveu a época áurea do Rio de Janeiro entre a década de 1930 e 50, onde conheceu e acredita-se que tenha tido relações amorosas com diversas atrizes de Hollywood, como *Marilyn Monroe* e *Hedy Lamarr*. Residiu no hotel Copacabana Palace (fundado por seu tio, Octávio Guinle) até a sua morte, gabando-se de nunca ter tido de trabalhar na vida. Gastou muito de sua fortuna com ininterruptas festas luxuosas, viagens pelo mundo, presentes e mulheres, entre elas *Rita Hayworth*, *Marilyn Monroe*, *Romy Schneider*, *Kim Novak*, *Ava Gardner*, *Susan Hayward*, *Jayne Mansfield*, *Marlene Dietrich* e *Janet Leigh*. Jorge se orgulha de ter gasto a fortuna de quase cem milhões de reais que lhe foi deixada de herança.

em exclusão da pessoa ao acesso ao crédito, pela via de um tribunal de exceção, que pode se chamar Serasa ou SPC. Na sociedade de hiperconsumo, que nos seduz ao endividamento, isto equivale a converter o superendividado em um não cidadão, tal qual o portador de transtornos mentais graves e permanentes.

O IDOSO

Neste 2012 a atriz Suzana Vieira completa 69 anos de idade. Caso resolva se casar no próximo ano, obrigatoriamente terá que se submeter ao regime da separação obrigatória de bens. De acordo com o inciso II do art. 1.641 do Código Civil, a imposição do dito regime objetiva tutelar o maior de 70 anos de idade em face do “golpe do baú”. Ao erguer uma “presunção absoluta de imbecilidade” para o ser humano septuagenário, esta norma ofende não apenas a sua autonomia existencial, mas a própria essência da proteção do idoso, e não passa pelo crivo da constitucionalidade material. Quer dizer, a velhice não é causa de incapacidade natural, legal ou de interdição de direitos, exceto se associada a qualquer patologia que suprima a inteligência do ser humano, como a moléstia degenerativa do mal de Alzheimer.

Em sentido contrário, o art. 10 do Estatuto do Idoso disciplina que “É obrigação do Estado e da sociedade assegurar à pessoa idosa a liberdade, o respeito e a dignidade, como pessoa humana e sujeito de direitos civis, políticos, individuais e sociais, garantidos na Constituição e nas leis”. A vulnerabilidade do idoso justifica tratamento qualitativamente diverso pelo ordenamento jurídico, mas naquilo que assegure o livre desenvolvimento da personalidade. Daí o princípio da prioridade do idoso, restabelecendo a igualdade substancial em favor de sujeito portador de necessidades especiais. Enfim, quem é vulnerável a pessoa ou o patrimônio?

Os direitos fundamentais do idoso são passíveis de efetivação, tanto na dimensão negativa como positiva. No primeiro caso, pelo dever de proteção, em discussões sobre a validade de cláusula fixada em contrato de serviço médico-hospitalar que reajusta o valor da prestação em razão de mudança de faixa etária, não é possível, por afrontar o princípio da igualdade, que as seguradoras, em flagrante abuso do exercício de tal direito e divorciadas da boa-fé objetiva, aumentem sobremaneira a mensalidade dos planos de saúde, aplicando percentuais desarrazoados, que constituem verdadeira barreira à permanência do idoso no plano, criando fator de discriminação do idoso com o objetivo ilegal de desencorajar o segurado a permanecer no plano, o que não pode ser tolerado.

Já no que concerne ao dever de promoção dos direitos fundamentais, nada impede que uma pessoa realize a autocuratela. Em vistas de uma possível declaração judicial de incapacidade, o indivíduo que possui a integridade das faculdades mentais

elaborará as diretivas antecipadas sobre que tipo de cuidados desejará receber após a sua interdição, designando uma ou mais de uma pessoa para o *munus* de curador, com instruções sobre as suas peculiaridades existenciais e patrimoniais, decidindo livremente sobre o seu futuro. A autocuratela poderá ser remetida ao cartório de notas e constar do prontuário médico da pessoa. Em face da inexistência de norma específica sobre o tema, a viabilidade das diretrizes antecipadas é respaldada pelo art. 15 do Código Civil, dispositivo que legitima o consentimento informado como limite para a intervenção na integridade psicofísica alheia. Difundida esta prática, poderemos evitar situações aviltantes à dignidade de pessoas que padecem de doenças degenerativas e cuja curatela irresponsável solapa o que lhes resta de humanidade, como tão bem retratado por Shakespeare na demência do velho Rei Lear, que sofre os maus-tratos de duas filhas e só em seus últimos momentos percebe que apenas era digno de amor verdadeiro de sua filha mais jovem, Cordélia, justamente aquela que não adulou os pais e foi expulsa do reino³.

A PLASTICIDADE DA CURATELA

Quando pronunciada a interdição, quais são os limites da curatela? De acordo com o art. 1.772 do Código Civil, apenas haverá imposição de limites quando a sentença fixar a incapacidade como relativa, ou seja, nas hipóteses de discernimento reduzido decorrente de deficiência ou enfermidade mental. Todavia, sendo a interdição consequente a uma incapacidade absoluta de agir, o incapaz não poderá mais se autorregrear e sua atuação será neutralizada pelo *alter ego* do curador que representará o interdito em todos os atos da vida civil, sem que remanesçam espaços de autonomia para o incapaz.

Nossa crítica quanto a este dispositivo é contundente. Um representante não pode ter totais poderes decisórios sobre a vida alheia. Isto implica em “morte civil”. O incapaz não deixa de ser gente! Se o ser humano é um valor unitário, visualizá-lo apenas levando-se em conta sua integridade psíquica – um dos aspectos da personalidade – significa esquecer todas as outras potencialidades e dimensões do temperamento humano. O absolutamente incapaz certamente demandará proteção para a sua sobrevivência econômica, mas em várias situações não será incapaz para realizar todos os atos de manifestação de sua personalidade. Suas vontades, afetos e direitos fundamentais, onde ficam? A curatela absoluta é uma medida desproporcional e violentadora de Direitos Humanos do portador de transtornos mentais. Uma coisa é o cuidado com a pessoa, outra com o patrimônio.

3 Tragédia semelhante na vida real é o que ocorreu com a atriz e produtora teatral Ruth Escobar. Diagnosticada com Alzheimer em 2000, a interdição ocorreu em 2006. Atualmente, todo o patrimônio cultural decorrente de sua extensa atividade (arquivos, fotos, materiais de teatro) foi dilapidado. Ruth Escobar se encontra abandonada e seus filhos brigam por aquilo que resta. “Primeiro se foi a sua memória; agora é a memória de seu legado cultural.”

Agrave-se ainda o estado das coisas pelo fato de o direito civil ignorar a eficácia dos atos jurídicos praticados pelo incapaz sob curatela em seus “intervalos lúcidos”. Com a evolução da farmacologia estes intervalos lúcidos se convertem em longos períodos de sanidade, porém completamente desprezados pelo ordenamento jurídico, que, infelizmente, parte do pressuposto da presunção absoluta de invalidade dos atos praticados pelo interdito sem o acompanhamento do curador. Algumas situações podem ser apontadas como *hard cases* em matéria de plasticidade da curatela absoluta. A teor do art. 1.778 do Código Civil, “a autoridade do curador estende-se à pessoa e aos bens dos filhos do curatelado”. Trata o dispositivo da chamada “curatela extensiva”, pela qual o(a) interditado(a) não apenas perderá o controle sobre a sua própria vida, como também será destituído da autoridade parental, fato que poderá precipitar dolorosas consequências sobre pais, mães e filhos. Este episódio foi encantadoramente retratado no filme “Uma lição de amor” (I am Sam – 2001), no qual Sam (Sean Penn), de 40 anos, possuía deficiência mental que lhe reduzia o discernimento ao equivalente a uma criança de 8 anos. Todavia, desde o nascimento, com a ajuda de amigos, ele cuidou com muito carinho de sua filha Lucy, trabalhando parte do tempo na rede de cafés *starbucks*. Quando Lucy completa 8 anos percebe as limitações cognitivas do pai e se boicota para não lhe agredir. Percebendo as circunstâncias, uma assistente social pretende destituir o pai da autoridade parental. Indagada sobre a capacidade do pai, Lucy é convicta ao afirmar “ele tem capacidade para amar (...) tenho sorte, nenhum dos outros pais costuma levar o seu filho ao parque”.

A outro giro, é nulo o casamento contraído pelo “enfermo mental, sem o necessário discernimento para os atos da vida civil” (art. 1.548, I, do CC). A funcionalização do modelo jurídico da curatela evidencia que ela deve, na medida do possível, promover os objetivos solidaristas da Constituição Federal. Em alguns casos, as potencialidades afetivas do incapaz se mantêm idôneas. Assim, a singularidade de seu contexto pode indicar que, não obstante as limitações psíquicas, ainda há margem para a formação de uma entidade familiar, seja pelo casamento, ou pela união estável. Se o nubente compreende o ato que esteja praticando, apesar de alijado da capacidade civil, terá competência para tomar decisões quanto ao seu projeto marital. Nestas circunstâncias, o impedimento ao matrimônio seria violentador da condição humana do interdito. Prevalce a máxima de Pascal: “O coração tem razões que a própria razão desconhece”.

Podemos cogitar ainda da mulher portadora de transtornos mentais que, na condição de dependente química, vende o seu corpo por quantias irrisórias a fim de se abastecer de drogas. Ilustrativamente, a moça que já possui 2 filhos, novamente está grávida de um filho, que nascerá sem pai, sem a própria mãe em condições de criá-lo, muitas vezes sem um amparo de familiares maternos, com uma gravidez de risco e fortes chances de prejuízos à saúde da criança. A Lei nº 9.263/96 prevê no § 6º do

art. 10 que “a esterilização cirúrgica em pessoas absolutamente incapazes somente poderá ocorrer mediante autorização judicial, regulamentada na forma da Lei”. A norma cogita da realização de laqueadura, mas o trato da matéria demanda que se aprecie no direito constitucional ao livre planejamento familiar (§ 7º do art. 226), a ponderação, por um lado, entre a proteção da pessoa do incapaz e, por outro, a tutela de sua intimidade e integridade psicofísica aqui calcadas na privação da aptidão da mulher para gestar. Evidentemente, trata-se de um balanceamento de interesses em que a legitimidade da decisão judicial concessiva da esterilização requer a unanimidade de especialistas multidisciplinares (psiquiatra, psicólogo, ginecologista, clínico geral...).

CONCLUSÃO

“A única diferença entre a loucura e a saúde mental é que a primeira é muito mais comum.” Millôr Fernandes

Esta rápida referência a dramáticas situações de esvaziamento da autonomia existencial a partir da interdição evidencia a necessidade de flexibilizarmos a curatela, evitando restrições descabidas ao livre desenvolvimento da personalidade e interesses extrapatrimoniais. Há de prevalecer um raciocínio por concreção, atento às singularidades do ser humano. Para tanto, em uma interpretação conforme a CF do art. 1.772/CC, a interdição parcial deve ser estendida em certos casos mesmo para os absolutamente incapazes, pois a vida é extremamente complexa para ser inserida em um catálogo de regras. Cerca de 10% dos brasileiros hoje são deslegitimados na ordem civil, em razão das soluções rígidas e uniformes. Temos que avaliar as condições de saber e querer para individualizar estatutos protetivos conforme a gradação do transtorno mental, respeitando a história pessoal de cada um, permitindo que a pessoa seja partícipe da própria existência e possa redigir a própria biografia. A complexidade da psique exige respostas flexíveis do sistema. Ao invés do silêncio e limitação do espaço, concede-se maior poder de iniciativa. Isto gera inclusão social, pois em alguns atos o interdito manterá a sua autonomia, em outros precisará de um assistente e, em situações extremas, de um representante.

Tendo como núcleo o princípio da dignidade da pessoa humana, materialmente compreendido, coloca-se o direito civil contemporâneo na perspectiva da instrumentalização das relações patrimoniais às existenciais. Este fenômeno não ocorre apenas nos contratos, na propriedade ou nas relações familiares, mas também na própria percepção do ser humano como pessoa concreta, que jamais pode restar aprisionada em categorias jurídicas impostas pelo direito privado.

Vivemos em uma sociedade plural e democrática em que há um abismo axiológico entre as pessoas. A diversidade deve ser uma fonte de riqueza de direitos e não

de censura e preconceito. Este *direito à diferença* dentro de um quadro de pluralidade é a base da manutenção da racionalidade de cada um e a salvaguarda de sua emancipação. A garantia de sobrevivência consiste na tolerância e alteridade, considerando-se cada pessoa em sua concretude.

O ordenamento assegura o respeito à dignidade, mas não determina o que seja a dignidade. Não se trata da abstração ou banalização da dignidade, mas da dignidade do sujeito de necessidades, da pessoa de “carne e osso”. Se negarmos a autonomia de alguém, ofendemos a sua dignidade. Quaisquer direitos fundamentais da pessoa só podem ser cerceados em nome da defesa de sua própria dignidade. Valorizamos o cuidado, como expressão de humanidade. Porém, o cuidado com o diferente não significa infantilizar, categorizar ou estigmatizar o outro, mas reconhecer-se solidário e igual.

Encerro com as palavras mais que apropriadas de Guimarães Rosa: “Só se pode viver perto do outro, e conhecer outra pessoa, sem perigo de ódio, se a gente tem amor. Qualquer amor já é um pouquinho de saúde, um descanso na loucura”.

MEDIAÇÃO, CONCILIAÇÃO E RECONCILIAÇÃO PARA O DIVÓRCIO – FAMÍLIA – ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO

*Newton Teixeira Carvalho**

“Um paradigma só é útil aos que o adotam até o momento em que começa a revelar paradoxos que não consegue resolver e dados anômalos que não consegue explicar.” (Amit Goswami)

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Visão Histórica do Direito das Famílias. 3 Ações de Estado e Direitos Indisponíveis no Direito das Famílias. 4 A Mediação nas Varas de Família. 5 O Advogado na Mediação Familiar. 6 O Discurso Habermasiano na Dinâmica da Mediação. 7 O Restabelecimento do Vínculo Matrimonial por Simples Petição. 8 Conclusão. 9 Referência Bibliográfica.

1 INTRODUÇÃO

À citação de Goswami¹ remetemo-nos ao filósofo Thomas Kuhn, que formulou a ideia de paradigmas e de suas necessárias mudanças. Porém, o difícil, principalmente no mundo do Direito, é saber o momento em que há necessidade de mudarmos de paradigmas. O comodismo, o condicionamento, nos impede de modificar nossas atitudes. Preferimos o velho, temos medo do novo. Confundimos, ainda no século XXI, direito, religião e justiça. Queremos que aspectos morais prevaleçam; que nossa crença seja a melhor de todas e que a ótima família é a que advém do casamento, tem filhos, e que os pais continuam juntos, até que a morte os separe, aconteça o que acontecer...

Porém, não é correto, hodiernamente, tal entendimento, como demonstraremos neste trabalho. É preciso, no direito e principalmente no Direito das Famílias, buscarmos melhores condições de vida. É preciso entender a Constituição de 1988 e aplicá-la corretamente no Direito das Famílias, refutando toda e qualquer resistência

* Juiz de Direito Familiarista; Mestre em Direito Processual Civil; Professor de Direito de Família, Processo Civil e Pró-Reitor de Pesquisa da Escola Superior Dom Hélder Câmara; Conselheiro Consultivo do IBDFAM-MG.

1 GOSWAMI, Amit. *O Médico Quântico: orientações de um Físico para a Saúde e a Cura*. Tradução Euclides Luiz Calloni, Cleusa Margô Wosgrau. São Paulo: Cultrix, 2006, p. 65

retrógrada, lastreada em paradigmas ultrapassados e não reconhecido por este atual modelo de Estado Democrático de Direito Constitucional.

E, no direito das Famílias, sabido é que o conflito é fenômeno inerente às relações humanas. Sempre existiu e jamais deixará de existir. Porém, solucioná-lo, o mais rapidamente possível e, de preferência, sem a intervenção de terceiros e até mesmo do Poder Judiciário, é cabal demonstração de maturidade, de prevalência do diálogo, mesmo nos momentos de crises.

Entretanto, nem sempre é possível a busca da solução diretamente pelas próprias partes envolvidas, em razão de bloqueios vários, dentre eles a desconfiança, que surge entre as pessoas em conflito. Com razão, portanto, Eduardo de Vasconcelos², ao afirmar que “o conflito é dissenso. Decorre de expectativas, valores e interesses contrariados. Embora seja contingência da condição humana, e, portanto, algo natural, numa disputa conflituosa costuma-se tratar a outra parte como adversária, infiel ou inimiga. Cada uma das partes da disputa tende a concentrar todo o raciocínio e elementos de prova na busca de novos fundamentos para reforçar a sua posição unilateral, na tentativa de enfraquecer ou destruir os argumentos da outra parte. Esse estado emocional estimula as polaridades e dificulta a percepção do interesse comum”.

A cessação desse estado beligerante, surgido principalmente em razão da falência do diálogo, passaria, primeiramente, pelos meios alternativos de resolução de conflitos, através da intervenção de uma terceira pessoa neutra, cujo objetivo principal seria tentar o reinício imediato do diálogo, pelas próprias partes, com posterior composição entre elas, estacando o dissenso.

Porém, nós, os brasileiros, temos uma cultura demandista. Acabado o diálogo, a primeira coisa em que pensamos, infelizmente, é no acionamento do Poder Judiciário, inclusive como demonstração de força e poder.

Assim, a Justiça Brasileira continuará assoberbada e, por conseguinte, rotulada de morosa. A distribuição de ações é bem superior ao número de processos finalizados. Em juízo, em razão do devido processo legal, as ações não podem ser solucionadas imediatamente. Há necessidade de produção de provas, recursos etc.

Os meios alternativos de resolução de conflitos, extra e judicialmente, têm por escopo evitar ou diminuir o tempo de tramitação das ações no Poder Judiciário. Para tanto, mister sejam quebrados paradigmas, que sejam superados obstáculos, isto é, que as pessoas não vejam o Judiciário como a única tábua de salvação, numa cômoda terceirização de problemas, e que também o Estado, principalmente no direito das famílias, permita o prevalecimento da vontade das partes, deixando de intrometer-se,

2 VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas*. São Paulo: Método, 2008, p. 19.

indevidamente, nas vidas das pessoas, tratando-as como se fossem incapazes de agir e pensar por conta própria.

O princípio da boa-fé há de prevalecer em todas as relações humanas, principalmente no Direito das Famílias.

Portanto, discutiremos neste trabalho um novo direito das famílias, que busca fazer prevalecer, primeiramente, a vontade das partes na retomada do diálogo, bem como demonstraremos que, para tanto, necessário é que, pelo menos, relativizemos, ao máximo, velhos, surrados e tradicionais conceitos, como as chamadas ações de estado, os direitos indisponíveis, a proibir reconhecimento, renúncia ou transação entre as partes, sem levar em consideração a especificidade do caso.

Demonstraremos que a mediação, após alguma resistência, é hoje fundamental e indispensável nas Varas de Famílias de Belo Horizonte, como alternativa de composição de litígio e como retomada do diálogo pelas próprias partes em dissenso, que sepultam, em definitivo, seus desencontros, numa demonstração de superação e de retomada de consciência. Perdas existirão sempre. Necessário é a absorção delas o mais rapidamente possível e ir adiante, deixando para trás mais um ritual de passagem, como o é, por exemplo, o divórcio, dentre várias outras ações familiaristas.

Com relação ao Judiciário, não podemos olvidar, conforme esclarece Maria Berenice Dias³, que “a sentença raramente produz o efeito apaziguador desejado pela justiça. Principalmente nos processos que envolvem vínculos afetivos, em que as partes estão repletas de temores, queixas e mágoas, sentimentos de amor e ódio se confundem. A resposta judicial jamais responde aos anseios de quem busca muito mais resgatar prejuízos emocionais pelo sofrimento de sonhos acabados do que reparações patrimoniais ou compensações de ordem econômica. Independentemente do término do processo judicial, subsiste o sentimento de impotência dos componentes do litígio familiar além dos limites jurídicos. O confortante sentido de justiça e de missão cumprida dos profissionais quando alcançam um acordo dá lugar à sensação de insatisfação diante do desdobramento das relações conflituosas”.

Assim, a solução do litígio, o mais rapidamente possível, é o objetivo imediato de todos nós, militantes no Direito das Famílias. Os meios alternativos, com o afastamento da figura do Estado de nossas vidas, com certeza, contribuem, sobremaneira, para o encerramento do conflito, de maneira simplificada, a bem das partes envolvidas e, por conseguinte, de toda a sociedade.

Imbuído deste espírito, qual seja, o de racionalização de procedimentos, foi que aderimos, de pronto, à corrente que entendeu, com lastro em uma interpretação

3 DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 5. ed., São Paulo: RT, p. 80.

teleológica e finalista, não mais existir separação no direito brasileiro. No caso de ainda existir dúvida entre os cônjuges quanto à necessidade de se divorciar, basta simples separação de corpos, com caráter satisfativo, ou até mesmo a propositura da ação ou do divórcio consensual, com a suspensão do feito pelo prazo máximo de 6 (seis) meses, prorrogável até um ano.

Entretanto, há os que defendem a tese da permanência da separação, principalmente sob o argumento de que, mesmo separados, a lei permitia, enquanto não decretado o divórcio, o restabelecimento da sociedade conjugal, por simples petição, nos próprios autos, desde que houvesse consenso entre os separados. Com o divórcio, restaria o caminho único de os divorciados, caso se reconciliem, celebrarem novas núpcias, caso não queiram viver em união estável.

Entretanto, pensamos diferente! Entendemos perfeitamente possível o restabelecimento do vínculo matrimonial, por simples petição dos divorciados, nos próprios autos em que ocorreu o divórcio. Para tanto, socorremos, por analogia do instituto da união estável, eis que, com relação a esta entidade familiar, o legislador constituinte, em seu art. 226, § 3º, afirma que deverá ser facilitada a conversão da união estável em casamento.

Ora, se os conviventes podem obter, pelo procedimento de jurisdição voluntária e sem necessidade de habilitação, a conversão da união estável em casamento, também é perfeitamente possível o restabelecimento do próprio casamento, por simples petição, nos próprios autos do divórcio, ou por simples petição, se o divórcio ocorreu extrajudicialmente.

Na 1ª Vara de Família de Belo Horizonte assim temos agido e, por conseguinte, já restabelecemos o casamento de vários divorciados. Sabemos que tal colocação enfrentará resistência dos positivistas (legalistas). Entretanto, estamos em uma época de racionalização, de simplificação dos rituais de passagem. É esta a nossa tese, colocada em debate, neste tão esperado VIII Congresso Brasileiro de Direito de Família.

2 VISÃO HISTÓRICA DO DIREITO DAS FAMÍLIAS

A Constituição Republicana de 1988 revolucionou o direito das famílias. Até então, o casamento era considerado como algo sagrado e sobrepunha a tudo e a todos. Basta lembrar que, antes da nossa atual Constituição, o filho advindo de relacionamento fora do casamento não podia ofertar ação investigatória de paternidade enquanto persistisse o casamento de seu suposto pai.

Esta mesma Constituição equiparou, em seu art. 227, § 7º, os filhos adotivos aos advindos da filiação biológica, proibindo designações discriminatórias. O Código

Civil, no art. 1.596, em face da determinação constitucional antes aludida, atribuiu aos filhos adotivos os mesmos direitos e deveres dos concebidos pelos próprios pais.

Portanto, após a Constituição Federal de 1988 não é mais correto aludir a parentesco legítimo (advindo do casamento) e ilegítimo (aflorado de relações sexuais fora do casamento). O conservadorismo era tão sério e sempre em prejuízo da prole, a ponto de o filho ser considerado natural (pais que não tinham impedimento para casamento e que, entretanto, não se casavam) ou adúlterino (de pessoas que não podiam casar, eis que uma já era casada), e filhos incestuosos (nascidos de parentes próximos). Essas discriminações preconceituosas foram extirpadas de nosso ordenamento jurídico pelo art. 227, § 6º, da Constituição Federal. O filho, sem a odiosa adjetivação, passa a ser mais importante do que o casamento, a partir de então considerado apenas mais uma dentre as várias entidades familiares também constitucionalmente garantidas.

O filho adotivo, até então, herdava a metade do que tinha direito, se do casamento e posteriormente à adoção adviesse prole.

Acerca da adoção, doutrina Paulo Lôbo⁴, em perfeita sintonia com a norma constitucional: “que não há mais parentesco adotivo, pois, após a consumação da adoção por decisão judicial, o filho é igual aos demais consanguíneos dos pais que o adotaram, rompendo-se integralmente os laços com a família de origem”.

Também foram consideradas outras formas de entidades familiares, além do casamento. A união estável, reconhecida somente nos Tribunais, foi finalmente positivada pela Constituição de 1988. Admitida foi a família monoparental⁵.

Antes mesmo de o Supremo Tribunal reconhecer, apenas neste ano de 2011, o relacionamento entre pessoas do mesmo sexo, também como entidade familiar, pelos princípios constitucionais, dentre eles o da dignidade da pessoa humana, o da igualdade e direito à diferença, o da liberdade às relações familiares e o da afetividade, na doutrina, bem como na jurisprudência, aludida entidade já era reconhecida, desde a Constituição de 1988.

Elisabeth Rodinesco⁶, acerca da homossexualidade, ainda tabu e vista, por alguns, como valor negativo neste país, citando Freud, esclarece: “A homossexualidade, escreve em 1935⁷, não é evidentemente uma vantagem, mas nada existe nela de que se deva ter vergonha, não é nem um vício nem um aviltamento, e seríamos incapazes de

4 LÔBO, Paulo. *Direito Civil – Famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 206

5 Adjetivação recebida por essa entidade familiar, como forma de ressaltar a presença de somente um dos pais. É a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (CF, 222, § 4º).

6 RODINESCO, Elisabeth. *A Família em Desordem*, Tradução André Teles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003, p. 184.

7 Escreve Freud.

qualificá-la como doença; nós a consideramos como uma variação da função sexual provocada por uma interrupção do desenvolvimento sexual. Diversos indivíduos altamente respeitáveis, dos tempos antigos e modernos, foram homossexuais, e dentre eles encontramos alguns dos homens mais grandiosos (Platão, Michelangelo, Leonardo da Vinci etc.)”.

Respeitemos, pois, a liberdade sexual!

Sobre os princípios constitucionais, esclarece Paulo Lôbo⁸ “que um dos maiores avanços do direito brasileiro, principalmente após a Constituição de 1988, é a consagração da força normativa dos princípios constitucionais explícitos, superando o efeito simbólico que a doutrina tradicional a eles destinava”.

Portanto, hoje existem inúmeras entidades familiares. Outras ainda surgirão. Nada está acabado, em razão do dinamismo dos fatos, mormente no Direito das Famílias, a não esperar a burocracia legislativa. No direito das Famílias, quando a lei surge, regra geral já está superada, em razão da demora na tramitação do projeto de lei na Casa Legislativa.

Ademais, o bom direito é o que regulamenta os fatos, e não, como geralmente acontece, o que os criam, inclusive plagiando legislação alienígena, totalmente alheia à nossa cultura, aos nossos costumes e à nossa realidade, razão da ausência de efetividade de várias de nossas normas.

Porém, e com o advento da Constituição Federal de 1988, a figura do curador ao vínculo deixa de existir. Até então era necessário, no caso de requerimento de nulidade ou anulação do casamento, que se nomeasse um defensor desta instituição. Procedente o pedido declaratório de nulidade ou anulabilidade do casamento, necessário era que a sentença fosse confirmada pelo Tribunal de Justiça, no chamado “recurso de ofício”.

Ressalta-se, ainda, que, antes da promulgação da Constituição de 1988, era possível anular o casamento, caso a mulher não fosse virgem.

Entretanto, e apesar dos avanços advindos, principalmente, em razão de o Estado interferir, cada vez menos, em nossas vidas, de parar de ditar modelos de condutas e de se preocupar com questões apenas morais, mesmo após a Constituição Federal de 1988, pelo Código de 2002 ainda era necessário que se achasse um culpado pelo rompimento do vínculo matrimonial. Não bastava alegação de ausência de afeto. Ainda persistia o monopólio estatal, no tocante à dissolução da sociedade conjugal, através da separação, ou dissolução do matrimônio, por intermédio do divórcio. Casava-se extrajudicialmente. Acabado o afeto, necessário era que o casal comparecesse perante o juiz, para colocar fim à sociedade que, de fato, já estava desfeita.

8 LÔBO, Paulo. *Direito Civil* – Famílias. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 570.

Através da Lei nº 11.441, de 04.01.07, que modificou o art. 1.124-A do CPC, admitida foi a possibilidade de as separações e os divórcios consensuais acontecerem extrajudicialmente, mediante escritura pública, desde que não existissem filhos menores ou incapazes.

O legislador ainda foi parcimonioso ao quebrar o monopólio judicial e permitir a decretação da separação ou divórcio cartorariamente. Existindo menores ou incapazes, mesmo que a separação ou divórcio sejam amigáveis, não podem acontecer administrativamente, já que o Estado tem ainda que fiscalizar o acordo, no que tange ao destino dos filhos, o que é um absurdo.

Nota-se que, no caso de a separação ou o divórcio ser cartorário, não há intervenção do Ministério Público, o que nos levou a entender, conforme ressaltou Dimas Messias de Carvalho⁹, que não mais haveria também a participação do Ministério Público, caso optasse o casal pela separação ou divórcio consensual em juízo.

Porém, ainda havia a necessidade de um período mínimo de um ano para que a separação consensual pudesse ser requerida, judicial ou extrajudicialmente. Fosse litigiosa a separação, a ação poderia ser ajuizada imediatamente, num antagonismo injustificável. Era o legislador semeando discórdia ou mantendo artificialmente os cônjuges no estado de casado, apesar de eles próprios não mais desejarem assim permanecer.

Primeiro dissolvia, através da separação, a sociedade conjugal. Depois, passados um ano da separação de corpos ou, inexistindo esta, da separação judicial, era necessário ofertar divórcio por conversão, ou então era possível ajuizar a ação de divórcio direto, desde que os cônjuges estivessem separados, de fato, há mais de 2 (dois) anos. Era o legislador pretendendo, ainda, salvar, a todo custo, o casamento, mesmo que entre os cônjuges não mais existisse afeto. Era o resquício da sacralização do casamento, sepultado pela Constituição de 1988, porém, ainda vivo na mente retrógrada de grande parte dos militantes no Direito, conservadores, por tradição, e que insistem em não entender que o Estado é laico.

Verifica-se, pois, que o Estado estava afastando, ao poucos (poderia ser mais rápido), da vida dos brasileiros, até então tratados infantilmente. É a aplicação do princípio da intervenção mínima, que encontra fundamento jurídico no art. 1.513 do Código Civil: “É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”.

9 CARVALHO, Dimas Messias. *Divórcio Judicial e Administrativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 56.

Assim, e neste contexto, surge a Emenda Constitucional nº 66, modificando o disposto no art. 226 da Carta Republicana, e acabando, sob nosso entendimento¹⁰, com a separação no direito brasileiro, ao expressar: “§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio consensual ou litigioso, na forma da lei”¹¹.

Dimas Messias de Carvalho¹², acerca da EC nº 66/2010, cita artigo de nossa autoria, através do qual deixamos expresso que, “a partir da modificação ocorrida no art. 226, § 6º, da Constituição Federal, com vigência a partir de hoje (14/07), ao determinar que o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, de entender-se sepultada a esdrúxula dicotomia, de nenhuma compreensão perante os jurisdicionados, da existência de dissolução da sociedade conjugal através da separação e dissolução do casamento através do divórcio. Não há mais separação no direito brasileiro. Agora, de imediato, há que se decretar o divórcio do casal. Pela evolução histórica a separação deixa de ser um estágio necessário ao divórcio”.

Assim, demonstrado restou que o Estado vem se afastando, em boa hora, cada vez mais de nossas vidas. O Ministério Público de Minas Gerais, no Simpósio MP Cível em Debate – Otimização da Intervenção do Ministério Público no Processo Civil, realizado no mês de outubro de 2007, em Araxá/MG, “acolheu os novos conceitos e paradigmas que afastam a excessiva ingerência estatal no direito de família quando não existem conflitos ou interesses de incapazes a resguardar, conferindo às partes capazes o exercício pleno da autonomia da vontade”, conforme ressaltou Dimas Messias de Carvalho, também à página 56, da obra citada no parágrafo anterior.

Portanto, e pela evolução histórica do direito das famílias, verifica-se que o caminho se encontra aberto para que as controvérsias familiaristas sejam solucionadas, através dos meios alternativos de resolução do conflito, prevalecendo a autonomia do casal.

Questão a ser superada, urgentemente, é com relação aos menores ou incapazes, já que o Estado praticamente anula a atuação dos representantes legais destas pessoas. É necessário que se dê autonomia também aos representantes legais dos menores ou incapazes, para representá-los extrajudicialmente e, inclusive, para celebração de acordos, principalmente considerando que, havendo prejuízo, a questão poderá ser discutida em ação própria. Porém, não é correto entender, por antecipação, que estes representantes sempre agirão com desmando, má-fé e em prejuízo dos representados.

10 CARVALHO, Newton Teixeira. *O fim da separação no ordenamento jurídico brasileiro*. Disponível em: <www.ibdfam.org.br>.

11 A redação anterior do art. 226, § 6º, da Constituição Republicana era: “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano, nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato, por mais de 02 anos”.

12 CARVALHO, Dimas Messias. *Divórcio Judicial e Administrativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 56.

3 AÇÕES DE ESTADO E DIREITOS INDISPONÍVEIS NO DIREITO DAS FAMÍLIAS

Vimos que alguns obstáculos ainda necessitam ser enfrentados e superados, para que a resolução de conflitos, extrajudicial ou judicialmente, não acabe atrofiada ou até mesmo rechaçada pelo próprio Judiciário, no que tange à chamada indisponibilidade do direito, mormente quando presentes no litígio menores ou incapazes.

Nas Varas de Famílias, nas ações ou procedimentos que se referem aos estados das pessoas, a exemplo do que acontece com o divórcio, com as ações declaratórias ou investigatórias de paternidade, com o requerimento de modificação de nome e sexo, em razão de redesignação cirúrgica, dentre várias outras, a doutrina e jurisprudência prevalentes não admitem o encerramento delas, por transação, com exceção, apenas, dos efeitos patrimoniais, que podem ser transacionados.

Com relação aos menores (ação de guarda, visita, alimentos), alguns sustentam a indisponibilidade deste direito e entendem que a discussão sobre eles há necessariamente que ser judicializada, o mesmo acontecendo com relação às vendas de bens de menores, de interditados, etc., razão de não se realizar o divórcio cartorário, existindo menores ou incapazes.

A própria lei do juizado, ao proibir que assuntos de família sejam discutidos naquela Corte, contribui, sobremaneira, para a discussão acerca dos chamados direitos individuais indisponíveis, ou seja, aqueles direitos que o titular não pode dispor, nem renunciar, por simples atos de vontade.

Inúmeros acordos deixam de ser homologados no Juizado Especial, por incompetência daquela Justiça, no que tange aos assuntos relacionados com a família, quando o correto seria que estes acordos fossem lá também homologados, eis que prevalentes na maioria dos casos que aportam àquele Juizado.

Imaginemos também a implementação da mediação no Juizado Especial, a estancar, no nascedouro, possíveis litígios e evitando, nas Varas de Famílias, o ajuizamento de ações várias, inclusive cautelares de separação de corpos.

Para tanto, basta vontade política e desapego às formalidades ultrapassadas, com extensão da competência familiarista também ao Juizado Especial, para homologação de acordo oriundo de transação ou mediação. O que interessa, de imediato, é a pacificação familiar e não sua perpetuação, por causa de institutos jurídicos de nenhuma valia na pós-modernidade. A forma não pode prevalecer sobre a vontade das partes, sobre o conteúdo.

Com relação aos chamados direitos indisponíveis, dos quais todas as ações de estado acabam fazendo parte, também é necessário revê-los. Nota-se, no Juizado de Conciliação, celebração de acordo entre pai e filho, este representado pela mãe, no que tange, por exemplo, à verba alimentícia. Entretanto, tal documento, em juízo, não tem valor como título executivo, serve apenas para basilar a fixação de alimentos provisórios.

Ora, principalmente em se tratando de verba alimentícia, que pode ser revista a qualquer tempo, melhor seria que o acordo entabulado extrajudicialmente valesse como título executivo extrajudicial ou, então, que não houvesse composição extrajudicial, em se tratando de verba alimentícia, o que, a toda evidência, seria prejudicial às próprias partes, além de estar o legislador incentivando o litígio.

Necessária é, pois, a permissão também às Centrais de Conciliação, existentes em diversos bairros, para homologação de acordo, mesmo em se tratando de assuntos atinentes às famílias, valendo o documento como título executivo extrajudicial.

A indisponibilidade dos alimentos é, na verdade, com relação ao ajuizamento da ação para pleiteá-lo, revê-lo ou cancelá-lo. Porém, o *quantum* a ser acordado, inclusive extrajudicialmente, é da alçada das próprias partes envolvidas, que sabem da necessidade do menor e da possibilidade do alimentante, salvo, evidentemente, possível vício de consentimento, que poderá ser discutido na própria ação revisional de alimentos.

Portanto, discordamos da atitude do Ministério Público quando, sem que haja questionamento das próprias partes, devidamente representadas por advogados, opina pela não homologação do acordo, sob o argumento de que o valor é módico.

O mesmo raciocínio vale, com relação à execução da pensão alimentícia, através da qual as partes fazem acordo, aquém do valor devido, e, mais uma vez, o Representante do Ministério Público se surge contra a composição, sobre o argumento de que os alimentos são indisponíveis.

A indisponibilidade não é com relação ao valor dos alimentos, mas sim do direito de pleiteá-los ou de revê-los posteriormente. O valor cobrado na execução é transacionável e até mesmo renunciável, o que indiretamente aconteceria se o menor, representado pela mãe, não ajuizasse a execução, e o valor acabaria prescrevendo.

Depois, na verdade, o que ocorre com o crédito alimentar é sub-rogação. A criança, que se encontra sob a guarda da mãe, por exemplo, não passou necessidade. Todas as despesas dela foram suportadas exclusivamente pela guardiã, conclui-se facilmente. Assim, e mesmo que desprezásemos a afirmativa de que o *quantum* alimentício é renunciável, de ver-se que a mãe, maior e capaz, estaria renunciando valores que são dela.

Com relação à ação de divórcio, principalmente após o advento da Emenda Constitucional nº 66/2010, que deixou de exigir prazo mínimo para dissolução do vínculo matrimonial e não mais permite discussão de culpa, caso a parte ré, devidamente citada, não conteste a ação, o casamento é imediatamente desfeito, operando o efeito da revelia, mesmo em se tratando de ação de estado.

Entretanto, sabemos que, juntamente com a ação de divórcio, há várias outras ações cumuladas, a exemplo da guarda, da visita, alimentos e partilha. E, mesmo que seja a parte autora que, de fato, já detém a guarda do filho, sugira, na inicial, horário de visita, bem como o valor dos alimentos, nota-se que é comum o Representante do Ministério Público exigir instrução do feito, para discussão destes pedidos, inclusive com requerimento de estudo psicossocial, apesar de, com a ausência de contestação, concordar a parte ré integralmente com a proposta da parte requerente.

É esta cultura que vai de encontro ao princípio mínimo de intervenção estatal, que urge seja superada, para que os meios alternativos de resolução de conflitos nas Varas de Famílias surtam efeitos e sejam incentivados. Nossa proposta é de intervenção zero nos acordos de vontades celebrados entre as partes, desde que ambas estejam devidamente representadas, por advogados, nada importando, para tanto, a presença de menores ou incapazes.

Não há mais guarida, na atualidade, ao Representante do Ministério Público, sobrepondo às vontades das partes, que estão devidamente representadas por advogados, opinar pela não homologação de acordo, nas Varas de Famílias, inclusive desconsiderando todo o trabalho realizado, na mediação ou na conciliação existentes naquelas Varas.

Falaremos, pois, sob a mediação nas Varas de Família, inclusive como princípio ético e implementador de uma cultura de paz nos conflitos familiares, visando a melhoria da relação ou até mesmo a superação dos conflitos, de imediato.

4 A MEDIAÇÃO NAS VARAS DE FAMÍLIA

Afirma Águida Arruda Barbosa¹³ que a “mediação familiar é uma prática social, consubstanciada em três fundamentos: respeito à lei; respeito ao outro; respeito a si próprio. Trata-se de um estudo de natureza interdisciplinar, cuja prática no trato dos conflitos familiares constrói uma mentalidade capaz de mudar o Judiciário, libertando-o para a sua efetiva função”.

13 BARBOSA, Águida Arruda. Mediação familiar: instrumento para a reforma do judiciário. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil Brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 37.

Mediação é o método responsável e consensual de solução de conflitos, através do sepultamento de divergência, com o restabelecimento do diálogo entre as partes, até então estagnado pelo confronto de um ou de ambos, diante do conflito instaurado.

Tem a mediação, por conseguinte, enorme aplicação em quase todos os ramos do Direito e também vai ao encontro da política de sustentabilidade em andamento nos Tribunais de Justiça. Evita, esse meio alternativo de solução de litígios, o prolongamento das demandas, por vários e vários anos, bem como aproximam as partes, o que nem sempre acontece com o vetusto processo. É a mediação um método simples, que prioriza o diálogo.

Mister esclarecer que, em Minas Gerais, a mediação começou há mais de 05 (cinco) anos, por iniciativa e obra exclusiva do corajoso Grupo de Mediação do Fórum Lafayette¹⁴ que, enfrentando posicionamento retrógrado, se predispõe a demonstrar que, nas Varas de Família de Belo Horizonte, a mediação seria mais uma ferramenta à disposição dos jurisdicionados, rumo a uma Justiça mais efetiva.

No que tange ao aspecto teórico, primeiramente, o grupo que iniciou e até hoje continua com o trabalho de mediação se reuniu no IBDFAM/MG – Instituto Brasileiro de Direito de Família, que disponibilizou sua sede. Após alguns meses de estudos, era chegado o momento de aliarmos teoria e prática. Assim, em fevereiro de 2007, na 1ª Vara de Família, o grupo de mediação iniciou seus trabalhos, inicialmente restrito a esta Vara. Era necessário, primeiro, demonstrar a viabilidade da mediação para que, depois, e aos poucos, conquistássemos a adesão das demais Varas de Família, o que acabou acontecendo.

Com efeito, começamos nesta 1ª Vara de Família, sem maiores alardes, eis que, já naquela época, havia um movimento na busca, desenfreada, por uma Justiça rápida, sem maiores preocupações com a qualidade ou com o contraditório. Surgia, muito a contragosto nosso, os números. A qualidade passava a ser coisa secundária. A partir de então o que interessava era a quantidade, a estatística, a fabricação de sentenças. Enfim, o que interessava, de imediato, era a extinção do processo, mesmo que sem resolução de mérito.

Ressalta-se que o grupo de mediação se reunia, uma vez por semana, na sala de audiência da 1ª Vara de Família, pela manhã, para atendimento de casos, previamente selecionados, após análise pelo grupo.

14 O grupo de Mediação do Fórum Lafayette foi constituído em março de 2006, a partir do interesse nosso e das assistentes sociais e psicólogas da Central de Serviço Social e Psicologia da Comarca de Belo Horizonte em realizar estudos sobre as teorias e técnicas da Mediação de Conflitos, com a finalidade de aplicar esta metodologia nas Varas de Família desta Comarca, de Belo Horizonte.

A aceitação e sucesso da técnica de mediação, por advogados e pelas partes, favoreceu a abrangência deste meio alternativo de resolução de conflitos também as outras Varas de Família de Belo Horizonte, inclusive a pedidos de vários de nossos colegas, Juízes.

Assim, diante da vitoriosa aceitação da mediação perante a Comunidade Jurídica, elaborado foi o Projeto de Mediação dos Conflitos Familiares, encaminhado à Direção do Foro desta Capital, em maio de 2008. Fomos nomeados Coordenadores Jurídicos deste aludido Projeto.

Em setembro de 2008, através da Portaria nº 126/08, da lavra da Presidência do egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais, foi implantado o projeto piloto de estímulo à mediação de conflitos familiares nas Varas de Família da Comarca de Belo Horizonte que, em suas considerações iniciais, fez referência “(...) à experiência da prática de mediação, ocorrida no ano de 2007 e ao longo deste ano junto à 1ª Vara de Família de Belo Horizonte”.

Portanto, a partir da Portaria nº 126/08, a Mediação foi reconhecida pela Justiça Mineira. Agora era possível estendê-las às demais Varas de Família de Belo Horizonte e quiçá a todas as Comarcas deste Estado. Não precisaríamos mais trabalhar às portas fechadas e debaixo dos olhares de alguns curiosos.

Além da transação que já existia há algum tempo, na Justiça Mineira, foi reconhecido, oficialmente, com o advento da Portaria nº 126/08, outro meio eficaz de resolução de conflito, a mediação. É que, a urgência buscada, através da transação, nem sempre era a melhor solução, principalmente na área de família, na qual temos que, sempre que possível, ouvir as partes, suas mágoas e desencontros. Em um primeiro momento, nem todos estão dispostos a transacionar, abdicando parcialmente de seu direito. Nesse momento, entra a mediação, buscando o restabelecimento do diálogo entre os contendores.

O passo seguinte foi demonstrar que o advogado também é um aliado, de suma importância, na dinâmica da mediação.

5 O ADVOGADO NA MEDIAÇÃO FAMILIAR

A mediação em hipótese alguma afasta o advogado. Conforme doutrina Águida Arruda Barbosa¹⁵, “a mediação familiar interdisciplinar é uma abordagem ética, exigido responsabilidade, não apenas dos envolvidos no conflito, mas também de todos os profissionais de Direito de Família”.

15 BARBOSA, Águida Arruda. Prática de mediação: Ética Profissional. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 65.

Entretanto, e também como ressalta a antes aludida doutrinadora, Ágida Arruda Barbosa, na mesma página do artigo no parágrafo anterior citado, “a mudança de comportamento que se espera do profissional que agrega à sua ética a ética da mediação é a necessidade de se envolver nos conflitos, com a devida distância, para se desenvolver no exercício de sua função, admitindo que os mediadores também são participantes da dinâmica da mediação”.

Esse envolvimento, continua Ágida Arruda Barbosa, “deve ser suficientemente próximo para não ser distante da dinâmica e do sofrimento dos mediandos; porém, suficientemente distante para não ser invasivo e tomar para si o drama que não lhe pertence. Enfim, este ponto ideal de envolvimento depende de muito autoconhecimento, e do conhecimento do conflito humano, na dinâmica familiar, de sistemas familiares; enfim, precisa de muito preparo e aprimoramento”.

Portanto, o advogado, em sua própria banca de advocacia, poderá trabalhar com a mediação, evitando litígios. Porém, não alcançando sucesso, quer nos parecer que o advogado, que trabalhar como mediador, extrajudicialmente, estará, naquele caso, impedido de advogar, por questão ética.

Outra hipótese a ser considerada é quando as partes estão representadas por advogado, com ação em curso, e o Juiz encaminha os autos à mediação. É possível o advogado impedir que seu cliente faça mediação? Entendemos que sim. A questão é técnica e o advogado é quem orientará o cliente dele sobre os benefícios da mediação, naquele caso específico.

Também e com relação às mediações já em curso, é possível impedir a presença de advogado na sala de mediação, com conversa reservada somente entre o mediador e as partes? Entendemos que não. O advogado deixará a sala somente se assim o desejar e se conveniente ao cliente dele.

Portanto, é necessário que o advogado também compreenda a importância da mediação no direito das famílias, para que dela participe ativamente e também para que seja um parceiro na sua realização, inclusive sugerindo-a aos seus clientes. Somente assim contribuirá, este respeitável profissional, para a afirmação da mediação nas Varas de Família.

Mister, pois, que as próprias Faculdades de Direito incluam a mediação, como disciplina, em seus currículos. Os alunos de hoje serão os advogados, promotores, juizes de amanhã. Serão futuros formadores de opinião. Por conseguinte, a implementação, em definitivo, da mediação no direito brasileiro passa necessariamente pelas Faculdades de Direito.

Ressalta-se que, em Minas Gerais, a Escola Judicial Edésio Fernandes, que promove Concursos e Cursos de atualização dos Juizes, já incluiu, em boa hora, a

mediação nas aulas que são ministradas para os novos Juízes, como etapa final do Concurso Público de admissão de Magistrado. Esses novéis Magistradores levaram às suas respectivas Comarcas a mediação, quebrando paradigma adversarial.

6 O DISCURSO HABERMASIANO NA DINÂMICA DA MEDIAÇÃO

Através da mediação, e segundo Lília Maia de Moraes Sales¹⁶, encampada estará a democrática teoria da ação comunicativa de Habermas, através do discurso “tipo de ação comunicativa que num processo argumentativo questiona ou restaura as pretensões de validade nas situações da vida cotidiana”, eis que “o discurso deve ser realizado de maneira que todo indivíduo interessado possa agir, falar, problematizando as afirmações, introduzindo novas declarações no discurso, esclarecendo sobre suas convicções, não sendo possível a imposição de qualquer barreira para a expressão do discurso. Garantem-se, pois, a inclusão dos participantes, a igualdade de condições desses participantes e a liberdade de comunicação entre eles. Deve-se salientar que o discurso deve ser limitado no tempo e no espaço de acordo com os interesses da comunidade que se comunica”.

Nota-se que na mediação a participação dos envolvidos, no encontro de uma solução, superando o dissenso, é direta. No processo judicial há interposta pessoa, através do advogado, enfraquecendo o discurso. Depois, com a sentença, o Juiz acatará uma das teses, em detrimento da outra, razão pela qual, na maioria das vezes, o litígio persistirá.

Na mediação, a solução será construída em conjunto e diretamente pelas próprias partes envolvidas, com a presença de um terceiro que, em momento algum, como o faz o Juiz, dirá o que é certo ou errado e como deverão elas agir, doravante, sob pena de sanção (castigo).

Portanto, e ainda segundo Lília Maia de Sales¹⁷, também apoiada na teoria do discurso habermasiano, utilizando-a, esplendidamente, na mediação: “O diálogo, além de apresentar-se como um meio de solução para os conflitos presentes, evita possíveis conflitos destes derivados, visto que a comunicação real e justa entre as partes oferece o melhor caminho a ser seguido por ambas. As partes passam a visualizar e diferenciar os conflitos reais dos aparentes, possibilitando a solução dos conflitos reais, garantindo assim a execução do acordo. O diálogo é enaltecido como meio de solução de conflitos, desenvolvendo, assim, a possibilidade de comunicação entre as partes e, daí, uma solução amigável”.

16 SALES, Lília Maia de. *Justiça e Mediação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 176-177.

17 SALES, Lília Maia de. *Justiça e Mediação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 185.

Entretanto, da experiência vitoriosa do Grupo de Estudos de Mediação do Fórum Lafayette, realizada pioneira e corajosamente nesta Primeira Vara de Família, podemos perceber, claramente, que em alguns casos não foi possível a mediação, como também em outros casos não foi possível a transação, surgindo a necessidade da instrução e prolação de sentença nos autos de processo.

Porém, no Estado Democrático de Direito, urge que deixemos ao alvedrio das partes diversas opções de acertamento de divergência. É necessário que não continuemos enxergando o Poder Judiciário como única instância de resolução de conflitos.

A nossa frustração, mormente no ramo do direito das famílias, surge em razão de pretendermos que um instituto, uma lei, modifique, de pronto, nossas atitudes. Foi assim, com a guarda compartilhada, que o legislador chegou ao absurdo de dizer, na própria lei, que seria a melhor de todas. Será assim com as novas leis e com as técnicas alternativas de resolução de conflitos.

Para que tudo dê certo, urge encararmos a mediação como mais um meio alternativo de resolução de conflitos, que deve ser posto, urgentemente, à disposição das partes, como opção para evitar o ajuizamento de ações.

A mediação coexistirá com os demais meios de resolução de conflitos, assim como alguns conflitos também serão resolvidos apenas e infelizmente através de sentença judicial que, hodiernamente, deve ser entendida como ato participado (construído pelas partes), em razão do processo ser procedimento em contraditório a exigir, sempre, o diálogo, não obstante através de interposta pessoa, o advogado, e com o prevalecimento de uma tese, em detrimento da outra, a ser escolhida pelo Juiz.

Portanto, e na defesa da mediação, como meio alternativo de resolução do conflito, não é correto apresentar o processo como algo ditatorial e ultrapassado. Conforme dissemos acima, alguns casos serão solucionados através da mediação, outros por intermédio de transação e, por último, alguns através do processo.

7 O RESTABELECIMENTO DO VÍNCULO CONJUGAL POR SIMPLES PETIÇÃO

O assunto tratado neste tópico foi objeto de trabalho monográfico, através do qual a aluna Rosiany Tórres de Castro¹⁸ obteve nota máxima, em banca examinadora. Consta daquele aludido trabalho citação de artigo nosso, em coautoria com Dr. Varlen, ilustre Defensor Público em Minas Gerais, assim sintetizado pela monografista: “há o

18 CASTRO, Rosiany Tórres de. *Divórcio: único meio de dissolução do casamento após a Emenda Constitucional nº 66/2010*. 41 f. (Monografia em Direito) – Centro Universitário Metodista Izabela Hendrix, Belo Horizonte, 2011, p. 34.

entendimento do ilustre Magistrado Newton Teixeira Carvalho e do Defensor Público Varlen Vidal, no qual consideram que pode haver o restabelecimento da sociedade conjugal nos próprios autos do divórcio, por simples petição”.

Com efeito, Dr. Valen e eu sustentamos naquele mencionado artigo, veiculado no *Jornal Estado de Minas*¹⁹, que:

“(...) para manter íntegra a dignidade dessas pessoas (as pessoas divorciadas), entendemos devam receber elas o mesmo tratamento reservado à união estável. Destarte, se os conviventes podem requerer ao juiz de Direito, por meio do procedimento de jurisdição voluntária, a conversão da união estável em casamento e o respectivo assento no regime registro civil, os divorciados, com muito mais razão, poderiam, também, requerer o restabelecimento do vínculo matrimonial. Nota-se, inclusive, que se os ex-cônjuges voltassem a viver juntos, poderiam converter essa união estável em casamento, o que reafirma, mais uma vez, nossa tese da possibilidade do restabelecimento do vínculo matrimonial nos próprios autos em que ocorreu o divórcio, a exemplo do que ocorria quando ainda existia separação no direito brasileiro e o vínculo era restabelecido por meio de simples petição. Por outro ângulo, o pedido dessa natureza configura um procedimento de jurisdição voluntária, ‘forma de administração pública de interesses privados’, na ausência de pretensão resistida, já que o requerimento de restabelecimento do vínculo matrimonial exige aderência de ambos os ex-cônjuges. Por ser um ato administrativo praticado pelo juiz, deve este ser revestido, entre outros, do princípio da razoabilidade.”

E assim temos feito, na 1ª Vara de Família de Belo Horizonte, independentemente de lei e por aplicação analógica do instituto da união estável, conforme ressaltamos na introdução deste trabalho. Já restabelecemos inúmeros matrimônios, de pessoas que estão sob os auspícios de assistência judiciária e sob o patrocínio da Defensoria Pública, por simples petição dos ex-cônjuges, nos próprios autos em que o divórcio foi decretado ou por simples requerimento de jurisdição voluntária, quando o divórcio ocorreu administrativamente.

Será que, para assim agirmos, temos que esperar o advento de uma lei, que poderá nunca surgir, ou os princípios constitucionais e a analogia já encampam nosso modo de proceder? Há, mais uma vez, necessidade de mudanças de paradigmas. Há necessidade de um salto interpretativo...

Para tanto, não podemos desprezar que o art. 226 da Constituição Federal traz em sua essência a proteção à unidade familiar, seja ela constituída pelo casamento, pela união estável e, agora, por analogia e, segundo entendimento unânime do Supremo Tribunal Federal, pela família isoafetiva, sem distinção a essas entidades. Isso reforça a intenção do Estado de assegurar os direitos e deveres que a instituição família tem.

19 CARVALHO, Newton Teixeira; VIDAL, Varlen. *Casamento, Separação e Divórcio*. O Estado de Minas. Belo Horizonte, 04 de julho de 2011. Caderno Direito e Justiça.

O § 3º do artigo antes aludido determina que: “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

A regulamentação do dispositivo constitucional antes mencionado está prevista na Lei nº 9.278, de 1996. Dessa forma, regularizou-se a igualdade de direitos entre os conviventes, que passaram a ter a segurança jurídica do patrimônio amealhado durante a união e a facilitação de requerer a conversão dessa união estável e agora também da união isoafetiva em casamento, a qualquer momento, através de um simples requerimento ao Juiz de Direito.

A leitura do § 3º sugere, às escâncaras, que na Constituição Federal inexistente um elemento discriminatório entre as instituições do casamento, da união estável ou da família isoafetiva, tornando os cônjuges e os companheiros na mesma situação, considerando que todas essas entidades merecem proteção do Estado. Nesse caso, o que se deve observar é que o núcleo familiar foi constituído amparado pelos laços do afeto, que atende aos intentos legislativos e da sociedade, não podendo, assim, dispensar um tratamento diferenciado a estas entidades familiares.

Diante disso, é de fácil compreensão a possibilidade de retomar um casamento após o divórcio e dar aos recasados a condição de continuar os deveres e direitos, a partir do momento em que se concretize essa conversão. E, se diante da determinação constitucional, de possibilidade de conversão da união estável em casamento, por simples petição, qual o sentido que tem não facilitar a retomada de um casamento, após o divórcio, por simples requerimento das partes e nos mesmos autos do processo de divórcio, ou por simples petição, caso o divórcio tenha se realizado extrajudicialmente?

O restabelecimento do casamento, quando ainda existia a separação no direito brasileiro, estava disciplinado pelo art. 1.577 do Código Civil, ao regulamentar a reconciliação dos cônjuges independentemente da causa motivadora da separação judicial, e o modo como se deu a ruptura, se pela via consensual, litigiosa ou extrajudicial, sendo sempre um direito dos cônjuges restabelecer a todo tempo a sociedade conjugal.

Amparado em um novo paradigma constitucional, promover o reatamento do matrimônio, sem a necessidade de passar novamente pelo oneroso e desgastante trâmite do casamento e conseguir o restabelecimento deste vínculo por intermédio de simples requerimento judicial, altera-se o contexto jurídico para atendimento aos anseios da sociedade. Por isso, observando novas formas de interpretação, é plenamente viável, imediatamente, usufruir efetivamente de disposição constitucional, bem como dos princípios que ela protege, para encampar o entendimento aqui lançado, demonstrando que a adoção de tal entendimento está afinado com os anseios daqueles que buscam satisfazer o desejo de retomar suas vidas, com quem um dia já dividiram esperanças e cumplicidades.

8 CONCLUSÃO

Conforme esclarece Eduardo de Vasconcelos²⁰, “o conflito não é algo que deva ser encarado negativamente. É impossível uma relação interpessoal plenamente consensual. Cada pessoa é dotada de uma originalidade única, com experiências e circunstâncias existenciais personalíssimas. Por mais afinidade e afeto que exista em determinada relação interpessoal, algum dissenso, algum conflito, estará presente. A consciência do conflito como fenômeno inerente à condição humana é muito importante. Sem essa consciência tendemos a demonizá-lo ou a fazer de conta que não existe. Quando compreendemos a inevitabilidade do conflito, somos capazes de desenvolver soluções autocompositivas. Quando o demonizamos ou não encaramos com responsabilidade, a tendência é que ele se converta em confronto e violência”.

Portanto, é utópico pretender que não exista conflito. Porém, resolvê-lo, o mais rapidamente possível, é dever de cada um de nós. Necessário, para tanto, que superemos esta nossa cultura demandista. O Poder Judiciário deve ser visto, ao contrário do que se pensa, como a última instância à disposição das partes, acionado somente depois de fracassadas todas as tentativas de composição, eis que é a demonstração cabal de ausência de diálogo. É a terceirização e protelação de conflitos.

Impossibilitada a composição, diretamente pelas próprias partes, que um terceiro seja chamado a intervir, sem ditar norma de conduta ou dizer com quem está a razão. É neste contexto e ainda extrajudicialmente que a mediação tem grande valia, inclusive com o escopo de evitar demoradas ações judiciais.

Recordamos, inclusive como homenagem, a heroica e hercúlea função conciliatória dos Juizes de Paz, presentes em cada uma das cidades deste país, inclusive em locais onde não há Comarcas. Quantas demandas estes Juizes de Paz, como conciliadores, evitaram com suas maneiras informais e rápidas de apaziguar ânimos, atendendo as partes, a qualquer dia e hora, sem nenhum custo! Os juizes de paz, intuitivamente, no início da conversa com as partes em dissenso, são mediadores, deixando que elas próprias retomem o diálogo, apenas ouvindo-as, com intervenção mínima. Depois, em um segundo momento, se necessário, é que intervêm na dinâmica, como conciliadores.

Demonstramos, neste trabalho, que no direito das famílias necessário é que a vontade das partes seja respeitada, inclusive com relação aos filhos menores. Ninguém melhor do que os próprios pais para saber o que é melhor à prole. Entretanto, o acordo envolvendo menores ou incapazes ainda tem que passar pelo crivo do Representante do Ministério Público, para somente depois, se for o caso, ser homologado pelo Juiz. Ressalte-se que, no caso de não haver homologação dessa composição, há inversão

20 VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas*. São Paulo: Método, 2008. p. 19.

de expectativa e desautorização dos próprios representantes dos menores, pessoas que realmente sabem dos fatos e das circunstâncias que ensejaram a almejada, porém rechaçada, composição.

Verifica-se que, enquanto não há litígio, o Estado não participa da vida do casal. Havendo, chega o Estado com toda a força, ditando como os pais devem proceder, doravante, com relação aos filhos. E, mesmo na ausência de litigiosidade, a exemplo da guarda ou do divórcio consensuais, inúmeras foram as vezes em que o parecer do Ministério Público sobrepôs à vontade dos próprios pais. É o próprio estado perpetuando ou impondo litígio, onde não existe.

Há, pois, necessidade de desprezarmos nossos condicionamentos culturais. No Direito, as modificações acontecem com angustiante vagareza. Rejeitamos o novo, por comodismo. Não queremos modificações, por prevalecer a lei do menor esforço. Entretanto, para que os meios alternativos de resolução de conflitos, dentre eles, a mediação, não sejam frustrados, a mentalidade dos operados e construtores do Direito carece de mudança urgente.

Para tanto, sequer há necessidade de novas leis. Basta uma minuciosa e atualizada leitura dos princípios constitucionais, com destaque para: a) princípio da liberdade, a restabelecer a autodeterminação afetiva e a autonomia dos cônjuges, mormente no momento de dissolução do vínculo afetivo; b) princípio da intervenção mínima, com a presença do Estado na família somente em casos extremos ou quando presentes vícios de consentimentos; c) princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, com a afirmação do poder parental e não sua desautorização.

Com base nos princípios antes aludidos, a mediação terá aplicação plena no seio familiar, evitando litígios, reconciliando casal, se for o caso. Ou, na impossibilidade de reconciliação, que o divórcio, em vez de litigioso, seja consensual, evitando desgastes desnecessários tanto da parte autora como da parte ré, com abrangência até mesmo nos próprios filhos.

Urge, no divórcio consensual, que o acordo celebrado pelas próprias partes, através da mediação, com relação aos filhos, visitas, alimentos, partilhas etc., seja homologado e não, em uma total inversão de expectativa e em descrédito à mediação ou conciliação, recusada a homologação pelo Juiz, principalmente quando há parecer ministerial discordando da solução encontrada pelas próprias partes.

E, mesmo que já ocorrido o divórcio do casal, caso queiram esses divorciados reataram o vínculo do matrimônio, que o nosso entendimento aqui reafirmado, cujo escopo único é o de simplificar a vida das pessoas, saia vitorioso, ou seja, que através de simples petição e independentemente de lei, nos próprios autos em que decretado o divórcio, a exemplo do que se fazia quando do restabelecimento do vínculo matri-

monial, o casamento seja restabelecido, ou por simples petição, sob o procedimento de jurisdição voluntária, se o divórcio ocorreu cartorariamente.

Assim, sem maiores delongas, e sem necessidade de todo um ritual, moroso e caro, que se inicia com a habilitação e termina com as núpcias, é perfeitamente possível o restabelecimento do matrimônio, com a presença mínima do Estado na vida do casal, por simples requerimento, em juízo, dos ex-casados.

Com relação à mediação, sabemos, outrossim, que não é ela nenhuma varinha mágica, a resolver todos os conflitos. Porém, é mais uma oportunidade ofertada para que os interessados, caso queiram, restabeçam o diálogo com a presença de uma terceira pessoa, desinteressada. O bom é que tenhamos escolhas e oportunidades.

Com a mediação haverá redução de tempo e despesas. Haverá solução menos burocrática de litígio e, por conseguinte, a pacificação chegará o mais rapidamente possível. Terá o acordo maior efetividade, eis que a solução foi encontrada pelas próprias partes.

Não se pode desprezar, ainda com relação ao Poder Judiciário, conforme ressalta Danièle Ganancia²¹, que “a natureza dos conflitos de família, antes de serem jurídicos, são essencialmente afetivos, psicológicos, relacionais, envolvendo sofrimento. Assim, os juízes questionam-se sobre o efetivo papel que desempenham nesses conflitos, conscientizando-se dos limites dos jurisdicionados, que acreditam na magia do julgamento, como remédio a todos os seus sofrimentos: seu reflexo primeiro, em caso de conflito, é de agarrar-se ao juiz, ‘deus ex-machina’, ‘superpai’, que vai lhes ditar suas soluções; sem compreender que nenhuma decisão da justiça poderá solucionar de forma duradoura seu conflito nem substituí-los em suas responsabilidades parentais”.

Com certeza, a mediação será parceira do Poder Judiciário, evitando-se frustração e devolvendo às partes, então em dissenso, a autoestima, o senso de responsabilidade, e demonstrando que, superar conflitos, por conta própria, é demonstração cabal de responsabilidade. É a restauração, imediata, da dignidade.

Portanto, é necessário e urgente a institucionalização da mediação no Poder Judiciário de todo este país, como mais um meio alternativo de resolução de conflito, principalmente nos dissensos de família.

No tocante à mediação, mister que a experiência do grupo de mediação de Belo Horizonte seja estendida, de chofre, a todas as Comarcas de Minas Gerais, utilizando-se, para tanto, da infraestrutura e do excelente corpo técnico da própria Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes.

21 GANANCIA, Danièle. Revista dos Advogados, p. 7-15.

Ressaltamos, também, que os meios alternativos de resolução de conflitos, dentre eles a mediação, em hipótese alguma afasta a figura do advogado. Pensamos, inclusive, que capacitação do advogado, como mediador, na verdade evitará o ajuizamento de inúmeras ações, eis que a mediação poderá acontecer até mesmo no próprio escritório do causídico, antes do ajuizamento da ação.

Assim, que a experiência pioneira e vitoriosa do Grupo de Estudos de Medição do Fórum Lafayette seja, de pronto, levada a cada uma das diversas Comarcas deste Estado, em benefício imediato dos jurisdicionados, que terá mais uma ferramenta importantíssima na solução de seus conflitos, eis que, conforme ressalta Giselle Câmara Groeninga²², aliando direito, psicanálise e sem desprezar a teoria comunicativa, de Habermas, “a mediação é uma função que relaciona dois termos ou dois objetos em geral. Função própria da reflexão. É um método que visa o estabelecimento, ou restabelecimento da comunicação. Mas uma comunicação que requer a reflexão para ocorrer. Reflexão que significa volta da consciência, do espírito sobre si mesmo, para examinar seu próprio conteúdo por meio do entendimento, da razão. O método da mediação visa o aumento da capacidade de reflexão não só a respeito do passado e dos vários determinantes do conflito, alguns inconscientes e mesmo inacessíveis, mas, sobretudo, a reflexão a respeito do presente e do futuro”.

Portanto, fechamos este trabalho com Giselle Câmara Groeninga, na mesma página antes citada, eis que o texto adiante transcrito leva-nos à reflexão sobre a necessidade constante de mudanças e de aceitação do outro, sem pré-julgamento, principalmente para que possamos entender a nossa Constituição como norma de inclusão: “Em tempos de pós-modernidade, em que se faz necessário contemplar a complexidade, tem se mostrado insuficiente o pensamento cartesiano, binário, dicotômico, maniqueísta que, até pouco, a sua forma, orientava a ação por meio de divisão em categorias opostas, como: bons ou maus, sãos ou doentes, algozes ou vítimas, capazes ou incapazes, culpados ou inocentes. Pensamento que, enganosamente, se mostrava suficiente em uma sociedade pautada pelas exclusões e que apresentava uma organização mais rígida, com valores, normas e papéis, inclusive profissionais, rigorosamente definidos. Mas sabemos, também, ser o pensamento binário a base para manutenção dos conflitos sociais, do preconceito e da intransigência, pessoal e profissional”.

9 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, Águida Arruda. Prática de mediação: Ética Profissional. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

22 GROENINGA, Giselle Câmara. Mediação Familiar. *Revista Brasileira de Direito de Família*, São Paulo: IBDFAM/IOB Thomson, n. 40. p. 156-157, fev.-mar. 2007.

_____. Mediação familiar: instrumento para a reforma do judiciário. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil Brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CARVALHO, Dimas Messias de. *Direito de Família*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

_____. *Divórcio Judicial e Administrativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

CARVALHO, Newton Teixeira. *O fim da separação no ordenamento jurídico brasileiro*. Disponível em: <www.ibdfam.org.br>.

_____. Principais inovações do NCC no direito de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do IV Congresso do IBDFAM*. Família e dignidade humana. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006.

_____; VIDAL, Varlen. *Casamento, Separação e Divórcio*. O Estado de Minas. Belo Horizonte, 04 de julho de 2011. Caderno Direito e Justiça.

CASTRO, Rosiany Tórres de. *Divórcio*: único meio de dissolução do casamento após a Emenda Constitucional nº 66/2010. 41 f. (Monografia em Direito) – Centro Universitário Metodista Izabela Hendrix, Belo Horizonte, 2011.

DIAS, Maria Berenice. *Divórcio Já!* Comentários à Emenda Constitucional 66, de 13 de julho de 2010. São Paulo: RT, 2010. p. 207.

_____. *Divórcio Já*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=628>>. Acesso em: 04.11.2011.

_____. *Manual sobre Direito de Família*. 8. ed. São Paulo: RT, 2011.

FACHIN, Luiz Edson. *Direito de família. Elementos críticos à luz do novo Código Civil Brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GANANCIA, Danièle. Justiça e mediação familiar: uma parceria a serviço da co-parentalidade. Trad. Águida Arruda Barbosa, Giselle Groeninga e Eliana Nazareth. *Revista dos Advogados* – AASP, São Paulo, n. 62, p. 7-15, mar. 2001.

GOSWAMI, Amit. *O Médico Quântico*: orientações de um Físico para a Saúde e a Cura. Tradução Euclides Luiz Calloni, Cleusa Margô Wosgrau. São Paulo: Cultrix, 2006.

GROENINGA, Giselle Câmara. Mediação Familiar. *Revista Brasileira de Direito de Família*, São Paulo: IBDFAM/IOB Thomson, n. 40. p. 156-157, fev.-mar.2007.

LÔBO, Paulo. *Código Civil Comentado*. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. *Direito Civil* – Famílias. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

NOGUEIRA, Luiz Fernando Valladão. *Divórcio, Inovações e Consequências da EC 66/2010*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

RODINESCO, Elisabeth. *A Família em Desordem*, Tradução André Teles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2005.

SALES, Lília Maia de. *Justiça e Mediação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas*. São Paulo: Método, 2008.

O ESTATUTO DAS FAMÍLIAS NO DIREITO COMPARADO

*Paulo Lins e Silva**

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 A Nova Perspectiva do Direito de Família e a Consequente Distância do Código Civil; 2.1 O Afeto como Princípio Basilar do Direito de Família Moderno. 3 O Estatuto das Famílias (PL nº 2.285/07); 3.1 Histórico; 3.2 Inovações do Estatuto das Famílias; 3.2.1 Entidades Familiares; 3.2.2 Relações de Parentesco; 3.2.3 Casamento e Regime de Bens; 3.2.4 Divórcio; 3.2.5 Alimentos; 3.2.6 Processo e Procedimento. 4 Códigos de Família no Direito Comparado; 4.1 O Código de Matrimônio e Família Russo; 4.2 O Código de Família de Cuba; 4.3 O Código de Família da Bolívia; 4.4 O Código de Família da Costa Rica; 4.5 O Código de Família da Argélia; 4.6 O Código de Família da Angola; 4.7 O Código de Família da República de El Salvador. 5 Conclusão. 6 Referências Bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa, por meio de análise comparativa com o Direito de Família Internacional, explanar os grandes avanços em que o Direito de Família brasileiro já incorreu, seja por meio da doutrina, jurisprudência, ou mesmo de reformas legislativas, bem como aqueles progressos que, acredita-se, em curto período de tempo também serão alcançados, a exemplo da promulgação do que chamamos “Estatuto das Famílias” (PL nº 2.285/07).

O protótipo do Estatuto das Famílias, no passado, envolvia a já ultrapassada ideia da família patriarcal, apenas constituída pelo casamento, a desigualdade entre os cônjuges e os filhos, e a subsistência dos poderes marital e paternal. No entanto, a sociedade evoluiu e o Direito de Família, na seara prática, passou, aos poucos, a acompanhar esse progresso. Com o tempo, o Direito Familiar passou a fundar-se na

* Advogado especializado em Direito de Família, há mais 40 anos, com Pós-Graduações na UFRJ, Fundação Getúlio Vargas, Université Libre de Bruxelles e Institut International du Droit Comparé (Luxemburgo); Presidente de Honra da “Union Internationale des Avocats” (UIA – equivale à Ordem Mundial de Advogados) e da Federação Interamericana de Advogados (FIA/IABA – equivale à Ordem do Continente Americano de Advogados); Diretor Internacional do Instituto Brasileiro de Direito de Família –IBDFAM; Presidente do Comitê de Direito de Família da UIA (1989-1997); Vice-Presidente da Family Law Section da IBA (1993-1996).

comunhão da vida consolidada na efetividade, e não no poder marital ou paternal, bem como na igualdade dos direitos e deveres dos cônjuges e na igualdade dos filhos de origem biológica ou socioafetiva.

Em suma, é possível afirmar que, modernamente, o afeto consolidou-se como pilar de sustentação do Direito de Família, alterando definitivamente a visão antigamente arraigada de que a entidade familiar derivaria das relações exclusivamente biológicas e, via de consequência, tal evolução principiológica fez com que certas normas atinentes ao Direito Familiar se tornassem sem eficácia, necessitando, portanto, de urgente revisão.

Concluiu-se, assim, no Brasil, diante de um Código Civil em muitos tocantes ultrapassado, pela necessidade de um Estatuto autônomo para regular a matéria de forma atual, em consonância com a nova roupagem que o Direito de Família, em evolução, adquiriu.

Outros Países, a exemplo da Rússia, de Cuba, Bolívia, Costa Rica, Argélia, Honduras, Filipinas, El Salvador, Panamá e Cataluña, dentre outros, adotaram Códigos de Família nesse sentido.

Assim, o presente trabalho intenciona comparar o Projeto de Lei brasileiro (Estatuto das Famílias) com os outros compilados normativos já existentes no exterior, destacando as peculiaridades – avanços e atrasos – contidos em cada legislação, pelo que se concluirá que o projeto brasileiro não se trata somente de inovação procedimental, por desmembrar o Direito de Família do Código Civil Vigente, mas, especialmente, trata-se de um progresso qualitativo de extrema importância não só para a sociedade brasileira, mas para o Direito de Família Internacional.

O Brasil, no Direito de Família, se destacará diante dos outros como um País atualizado na evolução da Instituição mais importante da sociedade – A Família.

2 A NOVA PERSPECTIVA DO DIREITO DE FAMÍLIA E A CONSEQUENTE DISTANCIAMENTO DO CÓDIGO CIVIL

2.1 O Afeto como Princípio Basilar do Direito de Família Moderno

A palavra “Afeto”, *affectus* em latim, remete a um conceito filosófico que designa um estado de alma, um sentimento¹.

Para o Direito de Família, a acepção da palavra ganha conotação principiológica muito forte, eis que o afeto traduz-se no principal elo a interligar as famílias modernas.

1 Wikipedia, Disponível em: <[http://pt.wikipedia.org/wiki/Afeto_\(filosofia\)](http://pt.wikipedia.org/wiki/Afeto_(filosofia))>.

Mais do que a ligação genética, que é imutável, imposta, fática, a ligação afetiva é uma escolha alimentada e edificada, dia após dia, no respeito, no carinho e na conjugação das vidas. O afeto transmuda-se em uma solidariedade íntima e fundamental no que tange à vivência, à convivência e à sobrevivência dos familiares. Ou, em palavras simples, o afeto, como princípio basilar do Direito de Família Moderno, é nada mais que o amor quase incondicional que interliga os núcleos familiares.

Nas palavras de José Sebastião Oliveira, “a afetividade, traduzida no respeito de cada um por si e por todos os membros – a fim de que a família seja respeitada em sua dignidade e honorabilidade perante o corpo social –, é, sem dúvida nenhuma, uma das maiores características da família atual”².

Com a concepção do afeto como elemento que dá ensejo à família, priorizam-se, obrigatoriamente, as relações fáticas, que decorrem da prática da vida, podendo ser, estas, relações também amparadas pelos elementos genéticos ou não, sendo certo que, hoje, é a verdade dos sentimentos familiares priorizada em detrimento dos gélidos elos tão somente genéticos, ou mesmo institucionais, arraigados na sociedade.

Como ensina Rolf Madaleno, “o parentesco não é somente um fato da natureza, e sim uma noção social que varia de cultura para cultura e, em verdade, qualquer adulto pode se converter em um pai psicológico, dependendo da qualidade da interação diária, porquanto o verdadeiro pai é aquele que efetivamente se ocupa da função parental”³.

Com a elevação do afeto à condição de princípio norteador do Direito de Família, renegou-se, logicamente, a origem biológica senão a um segundo plano, pelo menos à condição de espécie dentro de um gênero. O afeto passa então a ser então quase condição *sine qua non* para a constituição de uma família. Em outras palavras, o afeto é pressuposto para a configuração familiar, enquanto o elo biológico, genético, passa a ser considerado apenas uma condição que pode ou não estar presente em um núcleo familiar. Com atualíssima maestria, Paulo Lôbo explica a questão:

“a relação de paternidade não depende mais da exclusiva relação biológica entre pai e filho. Toda paternidade é necessariamente socioafetiva, podendo ter origem biológica ou não biológica; em outras palavras, a paternidade socioafetiva é gênero do qual são espécies a paternidade biológica e a paternidade não biológica.”⁴

Nos dizeres sempre irretocáveis de Maria Berenice Dias, jurista brasileira pioneira ao difundir o afeto como pilar básico familiar, com relação à socioafetividade e sua evolução, tem-se que:

2 OLIVEIRA, José Sebastião. *Fundamentos constitucionais do direito de família*. São Paulo: RT, 2002. p. 233.

3 MADALENO, Rolf. *Direito de família em pauta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

4 LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Paternidade Socioafetiva e o retrocesso da Súmula nº 301 no STJ*. Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Família e Dignidade Humana. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006, p. 795-810.

“Cresce o movimento para prestar maior importância ao critério socioafetivo, que se sobrepõe à verdade presumida e também à verdade biológica, pois tem por base um valor maior: o vínculo de afetividade que a constituiu. (...) não há como destruir o elo consolidado pela convivência, devendo a justiça, na hora de estabelecer a paternidade, sempre respeitar a verdade da vida, constituída ao longo do tempo.”⁵

Infelizmente, no Brasil, a Carta Magna de 1988 não editou um dispositivo sequer que privilegiasse textualmente a paternidade socioafetiva em detrimento da paternidade genética, ou mesmo que privilegiasse a formação familiar afetiva como um todo, seja com relação à maternidade e a paternidade, ou ao relacionamento dos irmãos.

No entanto, felizmente, o Judiciário Brasileiro e a Comunidade Jurídica vêm privilegiando as relações de afeto, argumentando que são esses laços aqueles que definem a Família atual com maior primazia e adequação.

Outrossim, certamente, a Lei, estática e com maiores óbices a mudanças, caminha um pouco atrás da evolução da sociedade. A própria burocratização do processo legislativo justifica tal incongruência.

Por outro lado, conforme se detalhará, o Legislativo Brasileiro, por meio de fiéis militantes, vem tentando, com afincos, corrigir a falta de sincronismo entre as Leis relacionadas à Entidade Familiar e as situações fáticas vivenciadas pela sociedade.

Enquanto certas mudanças não são embutidas no texto da Lei, o papel dos Tribunais ganha destaque na garantia de uma interpretação adequada e justa das normativas já existentes. O Judiciário, então, possui obrigação moral de dirimir os conflitos embasados na atualidade. Por isso, contemporaneamente, embora a legislação brasileira vigente não textualize o afeto principiologicamente, a própria jurisprudência o vem imbuindo, arraigando-o como nova forma de enxergar a entidade familiar.

2.2 As Inovações Consolidadas no Direito de Família Brasileiro

No momento de evolução social em que nos encontramos, uma das ideologias de maior impacto no mundo ocidental, infelizmente, ainda é a da família patriarcal, herdada da cultura romana. Nem mesmo o individualismo, produto das revoluções liberais, na passagem da Idade Moderna para a Contemporânea, logrou êxito ao suplantare a antiga ideologia da família.

Foi o próprio patriarcalismo o responsável por asfixiar e encobrir o princípio que hoje chamamos de “afeto”, porque foram exatamente os patriarcas que deram início à prática dos casamentos por conveniência política ou financeira. Tal conduta

5 DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 5. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 351.

passou a ser corriqueira: casava-se por interesse, e o amor, espécie máxima de afeto, restava relegado a segundo plano.

Operou-se, sem dúvida, uma inversão de papéis na evolução da história da consagração das famílias por meio das uniões: do primitivo “casamento” afetivo, onde instintivamente o que mais importava ao casal era a afetividade que os unia, ainda que consubstanciada na instintiva necessidade física dos parceiros; passou-se ao casamento institucional, com o qual se buscou assegurar o patrimônio, dando origem à ideologia da família parental, patriarcal, senhorial, e patrimonial – maquiando e transvestindo os interesses patrimoniais em falsos “elos de amor”.

Atualmente, o mundo ocidental engatinha na direção da superação histórica do patriarcalismo, e, conseqüentemente, do parentalismo. Nessa seara de evolução, deixa-se de pensar na formação clássica de família, cuja origem histórica remota aos tempos primitivos, onde o impulso sexual, consequência do instinto humano em busca da procriação, perde espaço para o impulso afetivo. E, com isso, as famílias reorganizam suas prioridades, o que, por sua vez, acaba por redimensionar também os próprios núcleos familiares.

Hoje, em sentido fático, para haver família, não é preciso haver homem e mulher, pai e mãe. Bastam pessoas conjugando e comungando suas vidas intimamente, ligadas pelo afeto, dividindo os fins e aos meios de vivência, convivência e sobrevivência.

Nesse sentido evolucionista, recentemente, o Brasil passou a assistir a uma série de alterações e inovações normativas, no campo do Direito de Família, que vão desde a promulgação de legislação específica, infraconstitucional, à criação de emendas à própria Constituição Federal.

Certamente, as inovações não estão blindadas às críticas, como é o exemplo da Lei da Guarda Compartilhada, que vem dividindo doutrina e jurisprudência pátrias. No entanto, não é forçoso admitir que, se algumas alterações legais não representem grande avanço prático, no geral, o conjunto de inovações na seara do Direito Familiar, no mínimo, denota o bem-vindo espírito de mudança que vem se consolidando na Comunidade Jurídica, o que é, para um direito que há poucos anos atrás poderia ser considerado absurdamente atrasado e patriarcalista, uma grande e feliz esperança.

Nesse sentido, é de se destacar, cronologicamente, a promulgação das Leis da (i) Guarda Compartilhada – Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008; (ii) Adoção – Lei nº 12.010, de 3 de agosto de 2009; (iii) Presunção de Paternidade pela Recusa do DNA – Lei nº 12.004, de 29 de julho de 2009, que altera a Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992; (iv) Emenda Constitucional nº 66, de 13 de julho de 2010; (v) Alienação Parental – Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010; e o (vi) Aumento da

idade para casamento no Regime da Separação Obrigatória de Bens – Lei nº 12.344, de 9 de dezembro de 2010.

É de essencial relevo, também, a recente decisão do Supremo Tribunal de Justiça, no julgamento da ADPF 132, que se tornou permissivo pioneiro das Uniões Homoaletivas no Brasil, marco absolutamente histórico e sem precedentes em nosso Direito.

Algumas das inovações acima descritas possuem enorme peso para a estruturação, primordial e basilar, do Direito de Família Moderno, em especial a Emenda Constitucional nº 66, a Lei da Alienação Parental, e o julgamento ADPF 132, pelo Supremo Tribunal Federal.

A consolidação de tais inovações representa importantíssimo marco evolutivo do Direito de Família que, com o passar do tempo, vem tentando, arduamente, adequar a realidade fática que vivem as pessoas àquela realidade apregoada e protegida pelo ordenamento jurídico.

3 O ESTATUTO DAS FAMÍLIAS (PL Nº 2.285/07)

3.1 Histórico

Diante da necessidade da promulgação de tantas leis na seara do Direito Familiar, conforme descrito e exemplificado, ficou claro que o Código Civil vigente, atualmente, não mais reflete as necessidades da sociedade, transformando-se em legislação ultrapassada e retrógrada.

Ora, a falta de adequação do Código Civil de 2002 aos interesses da nova família brasileira tornou-se latente e incontestável. Mesmo porque, como é notório, muito embora a Lei tenha sido promulgada há apenas oito anos atrás, foi concebida no final dos anos sessenta, ou seja, no século passado! Isso importa em dizer que a redação do Código Civil em vigor é anterior até mesmo à Constituição de 1988 – que foi o grande marco de consagração dos direitos fundamentais e individuais, essenciais ao interesse da Família brasileira.

O “Novo Código Civil” já nasceu “velho” e hoje, para nós, é produto do século passado, onde ficou enterrado, felizmente, o antigo paradigma familiar que era, sem dúvidas, muito diferente do nosso atual, arraigado por discriminação, desigualdade, patriarcalismo e preconceito – valores que, com a evolução da sociedade, e com o próprio advento da Constituição de 1988, começaram não só a cair por terra, mas a soar especialmente antigos e desconexos quando comparados com o grande progresso social e familiar brasileiro.

Na intenção de adequar, de uma vez por todas, a realidade fática à norma do Direito Brasileiro, em brilhante iniciativa, o Deputado Sérgio Barradas Carneiro,

baiano de grande militância no Direito de Família moderno, criou o Projeto de Lei intitulado como “Estatuto das Famílias”.

O projeto contou com o apoio do quadro de mais de 4.000 associados ao IBDFAM, e teve, em sua comissão de sistematização, nomes dos mais nobres e brilhantes para o Direito de Família, trazendo, em suma, “um time de craques”: Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Luiz Edson Fachin, Maria Berenice Dias, Paulo Luiz Netto Lôbo, Rodrigo da Cunha Pereira, Rolf Madaleno e Rosana Fachin.

O Estatuto, finalmente, incorpora diversos projetos de leis específicos, além de buscar soluções para conflitos familiares considerando os pilares basilares do Direito de Família moderno – o afeto, o cuidado, a solidariedade e a pluralidade – preocupando-se não somente em assegurar pelo direito posto tais valores, mas, especialmente, com a efetividade prática de tais princípios na vida das famílias modernas.

Conforme é possível extrair das próprias razões fundamentais do Projeto de Lei, que justificam sua propositura, é de se destacar que a comissão científica do IBDFAM chegou à conclusão de a solução ideal para o impasse criado pela lacuna do Código Civil com relação à própria conduta da Sociedade Brasileira seria fazer não uma reforma no Diploma Civil, mas a promulgação de um Diploma Familiar autônomo, que associasse inclusive normas de Direito Processual – o que é, *a priori*, uma enorme, porém necessária, modificação na estrutura do Direito Brasileiro.

A razão para se investir tamanho empenho na criação de um Código de Família autônomo, versando sobre direito material e processual, se dá, justamente, em função da própria natureza do Direito de Família, que, por tratar de sentimentos e questões cuja dificuldade de conceituação é extremamente difícil e complexa, não podem ser tratadas com a mesma frieza das questões, por exemplo, patrimoniais. Justamente por isso é que diversos países editaram Códigos de Famílias separados da legislação civil compilada em um só Diploma, como adiante se detalhará.

Assim, o Projeto de Lei nº 2.285 não só revê como inclui no Código Civil dispositivos essenciais para a aplicabilidade de um direito de família justo, que se adéque aos novos – e mais nobres – pilares norteadores do Direito Familiar moderno.

3.2 Inovações do Estatuto das Famílias

3.2.1 Entidades Familiares

A Constituição Federal de 1988 – Carta máxima do Estado Democrático de Direito Brasileiro – apregoa os preceitos fundamentais da igualdade, exposto no *caput* de seu art. 5; da liberdade, reconhecida no art. 5º, II, e da dignidade da pessoa humana, trazido no primeiro artigo constitucional. Vale ressaltar que todos esses di-

reitos estão anunciados dentre os princípios e garantias fundamentais da Constituição brasileira e, mais que isso, encontram-se espalhados de diversas outras maneiras pelo corpo constitucional, além de serem, por certo, reconhecidos pela doutrina e pela jurisprudência como dínamos do nosso sistema jurídico-legal.

Assim, em consonância com tais princípios e garantias constitucionais, o Estatuto das Famílias pretende, finalmente, atender aos justos anseios da sociedade, adequando a legislação brasileira à situação fática que, há muito, existe. De tal forma, reconhecerá, expressamente, no texto legislativo, como entidades familiares àquelas provenientes da união homoafetiva.

Não está dentro das prerrogativas institucionais do Estado o poder de ditar a cada indivíduo que tipo de pessoa deve ser alvo de amor ou afeto. A orientação sexual de cada indivíduo não é, mormente, uma escolha. Entretanto, a manifestação livre dessa orientação deve ser assegurada numa democracia, sob pena de estar o Estado ditando normas de condutas restritivas à liberdade de manifestação e pensamento de cada indivíduo que faz parte da sociedade – embasado em tal premissa, o STF, no julgamento da ADPF 132, reconheceu e passou a possibilitar as uniões homoafetivas. No entanto, é de extrema urgência que as uniões entre pessoas do mesmo sexo sejam, de uma vez, não só regularizadas, mas regulamentadas, motivo pelo qual torna-se particularmente essencial a promulgação do Projeto de Lei ora em contendo.

Assim, o Estatuto das Famílias, em seu art. 68, passaria a reconhecer as uniões homoafetivas como entidades familiares o que, por via de consequência lógica, faz com que também os direitos e deveres advindos desse tipo de união passem a ser assegurados regulamentadamente, a exemplo do casamento, união estável, divórcio, partilha de bens, guarda de filhos, adoção, alimentos e demais direitos sucessórios.

Merece destaque, também, o fato de o estatuto elencar e reconhecer o conceito da família pluriparental, formada pela convivência afetiva entre irmãos e/ou parentes colaterais.

3.2.2 Relações de Parentesco

Atualmente, as Relações de Parentesco são conceituadas, em suma, pelo apreço nos arts. 1.591 a 1.595 do CC.

O art. 1.593 determina que “a relação de parentesco é natural ou civil”, motivo pelo qual os arts. 1.591 e 1.592 estabelecem a estrutura familiar de ascendência e descendência com base, em regra, na ligação genética familiar, excetuando-se os casos de adoção. O parentesco natural seria, então, aquele relacionado ao elo biológico entre as partes, ou seja, representando o vínculo de consanguinidade. Já o parentesco civil resultaria da adoção, seja ela legalizada por meio dos procedimentos atinentes

à própria espécie, ou por meio do que a doutrina intitula “adoção à brasileira”, que nada mais é que a adoção feita na ausência da burocracia legal.

Já o art. 1.595, que dispõe que “cada cônjuge ou companheiro é aliado aos parentes do outro pelo vínculo da afinidade” introduz a noção de parentesco decorrente de determinação legal, ou seja, entre um cônjuge (ou companheiro) e os parentes consanguíneos do outro.

Ocorre que, como é notório na comunidade jurídica do Direito de Família, a questão do vínculo de parentesco derivar apenas das relações biológicas já está ultrapassada. Hoje, as relações afetivas tornaram-se gêneros nas relações de parentesco, sendo a relação biológica, mera espécie.

Assim, com a nova interpretação do parentesco, o Diploma Civil em vigor ficou desatualizado, não fazendo jus à correta interpretação social. Portanto, o Estatuto das Famílias intenciona suprir essa lacuna, incluindo finalmente no texto da lei a interpretação que a doutrina e a jurisprudência brasileiras já vêm aplicando, da socioafetividade como elemento primordial a dar ensejo às relações de parentesco.

3.2.3 Casamento e Regime de Bens

No Estatuto das Famílias, o Casamento e seus efeitos patrimoniais estão reunidos em um mesmo capítulo, diferente do que se vê hoje no Código Civil.

Merece destaque, com relação ao matrimônio, o fato de o Projeto de Lei excluir suas causas suspensivas. Ademais, o Estatuto atualiza os impedimentos matrimoniais, adequando-os à realidade social desse século e deixando para trás, acertadamente, os impedimentos que resultavam da cultura brasileira patriarcal e pouco evoluída do século passado.

O Estatuto também simplifica e desburocratiza as exigências para celebração e registro do casamento, facilitando a conversão da união estável em casamento, conforme sugere o art. 226, § 3º, da Constituição Federal.

Por fim, é mister salientar que, atualmente, pela letra fria da lei, não é possível o reconhecimento da união estável quando um ou ambos os companheiros ainda forem casados, a despeito da posição contrária da doutrina e da jurisprudência. O estatuto, então, reconhece essa possibilidade, confirmando a tese de que uma vez que haja separação de fato, existe liberdade para a constituição de nova relação com caráter conjugal.

No que concerne aos regimes de bens, é de se salientar que o Estatuto exclui o regime de participação final dos aquestos, introduzido no ordenamento jurídico

brasileiro por meio do Código Civil de 2002, e que era de pouquíssima, senão nenhuma, aplicabilidade prática.

No entanto, a maior alteração do Projeto de Lei com relação aos regimes de bens, dá-se com relação à separação obrigatória de bens para nubentes com idade igual ou superior aos 70 anos.

Destaque-se, nesse tocante, que, em função dos avanços da ciência e da medicina que propiciaram maior expectativa de vida ao brasileiro, a Lei nº 12.344, de 9 de dezembro de 2010, alterou o art. 1.641, II, do Código Civil, aumentando para 70 anos a idade a partir da qual se torna obrigatório o regime da separação de bens no casamento.

O Estatuto coloca fim ao regime da separação obrigatória não só em razão da idade, como também para aqueles que dependem de suprimento judicial para casar, e para aqueles que contraíram o casamento em inobservância das causas suspensivas. Ou seja, o Projeto de Lei excluiria todas as hipóteses de incidência do regime da separação obrigatória de bens, apregoados, hoje, pelo art. 1.641 do Código Civil.

A imposição legal acerca de um regime específico de bens, outrora considerada protetiva com relação àqueles que, de alguma maneira, poderiam representar a parte hipossuficiente do casamento, hoje, não faz mais sentido em nossa sociedade. Por isso, o Estatuto optou por excluir a imposição, privilegiando a liberdade dos cônjuges.

Ademais, assim como o Estatuto simplifica as exigências para a realização do casamento, desburocratiza também a alteração do regime de bens, possibilitando que a alteração seja feita extrajudicialmente, por meio de escritura pública.

3.2.4 Divórcio

O Código Civil vigente, em seu Capítulo X, que versa sobre a dissolução da sociedade e do vínculo conjugal, contém, expressamente em seus artigos, a responsabilização, e conseqüente penalização em outras searas de direitos familiares, do cônjuge que deu ensejo ao fim do matrimônio.

Felizmente, a doutrina e a jurisprudência, de forma unânime, expurgaram a aplicação da “culpa” no direito brasileiro. Atualmente, pode-se dizer que o procedimento de auferir culpa a um dos cônjuges foi ultrapassado, e é certo afirmar que os resquícios que ainda se apresentam no que tange ao assunto devem-se à herança do Direito Canônico e da dificuldade de nosso Estado Laico em quebrar tão antigo costume social⁶.

6 WELTER, Pedro Belmiro. *A secularização da culpa no direito de família*. Disponível em: <www.mundojuridico.adv.br>.

Fato é, no entanto, que é impossível, sob um prisma justo, definir quem foi o culpado pelo fim de um relacionamento. A efemeridade é, muitas vezes, conceito intrínseco às próprias relações humanas, o que faz com que nem sempre seja possível atribuir o fim da união a um culpado, fisicamente. É mais comum, inclusive, que os relacionamentos se findem simplesmente pelo desgaste do amor e do afeto, motivo pelo qual, hoje, o direito vem assumindo como causa do término das uniões pura e simplesmente a quebra da chamada *affectio Maritalis*.

Ademais, é direito dos cônjuges, consubstanciado do princípio da liberdade, simplesmente desejar o fim de uma união, sem que para a promoção de tal decisão tenham de abrir sua vida íntima à justiça. O Estatuto, felizmente, retira toda a carga de culpa do texto legislativo.

Por óbvio, após a EC nº 66, o Estatuto exclui do corpo do texto os dispositivos acerca da separação, restando apenas a figura do divórcio. No intuito de facilitar o encerramento do casamento, o Estatuto prevê que também os casais, com ou sem filhos, podem requerer o divórcio extrajudicial, ressaltando-se, apenas, que havendo filhos menores, é necessário seja feito acordo de guarda e alimentos.

Salienta-se, ainda, que a figura da separação de corpos é mantida pelo Estatuto, que inclui apenas a ressalva de que a Lei Maria da Penha será aplicada em casos de violência doméstica e familiar contra a mulher.

3.2.5 Alimentos

No que tange aos alimentos, as alterações de maior substância propostas pelo Estatuto das Famílias advém, justamente, como consequência da inclusão no texto legal da formação das entidades familiares por meio do afeto.

Ou seja, passará a ser possível, por exemplo, requerer ou prestar alimentos ao parente socioafetivo, não configurando mais condição *sine qua non* para a propositura da ação alimentícia o vínculo de parentesco fundado no elo biológico, ou no elo de caráter matrimonial. Também serão excluídas todas as disposições que implicam em cerceamento dos alimentos ao cônjuge por conta da culpa na separação, já que o Projeto de Lei exclui o próprio argumento da culpa nos divórcios. Com a mesma lógica, também será possível a prestação de alimentos homoafetivos, já que, finalmente, esse tipo de união passa a ser reconhecida como entidade familiar.

O texto do Projeto de Lei limita a presunção de necessidade alimentar do filho até os 25 anos, desde que esse ainda esteja em formação educacional. Hoje, em razão da omissão do Código Civil vigente a esse respeito, o assunto é regulado pela Súmula nº 358 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual a obrigação alimentícia

permanece até que seja comprovado, por meio do contraditório, que o filho maior de idade é capaz de, sozinho, prover a sua própria subsistência.

Ademais, merece destaque outra grande alteração trazida pelo Projeto de Lei, que limita a irrenunciabilidade dos alimentos à obrigação decorrente do parentesco, possibilitando que sejam renunciados os alimentos aos cônjuges. Tal alteração é, hoje, essencial para trazer, inclusive, segurança jurídica às partes, que saberão que, uma vez renunciados os alimentos, a ex-mulher, ou o ex-marido, não poderão, anos depois de desfeito o enlace matrimonial, requerer alimentos.

3.2.6 Processo e Procedimento

O Estatuto das Famílias, como já mencionado, inova ao não tratar, somente, do direito material. Nas palavras do próprio Deputado, autor do Projeto de Lei:

“quanto ao uso de institutos do direito processual do atual Código de Processo Civil (CPC) e o fato dele estar sendo revisado, devo dizer que o grande avanço do Estatuto das Famílias reside na parte em que se estabelece um sistema processual próprio do Direito de Família. Natural, portanto, que se utilize de instrumentos semelhantes de um Código de Processo. Contudo, a sua disposição e lógica estarão em consonância com o dia a dia das Varas de Famílias e dos Tribunais. Mesmo o novo CPC trará institutos semelhantes ao que deixará de vigorar. Não há nenhum mal nisso.”⁷

O Estatuto sustenta a necessidade de um Processo de Família amparado primordialmente nos princípios da oralidade, celeridade, simplicidade, informalidade, fungibilidade e economia processual, valorizando, sempre, a busca pela conciliação.

Justamente pensando na eficácia de tais princípios, o Estatuto propõe a preferência do julgamento dos processos relacionados ao Direito de Família. Além disso, estabelece a criação das Câmaras Especializadas em Direito de Família nos Tribunais de Justiça, o que é de extrema importância, considerando-se as peculiaridades atinentes ao Direito Familiar.

O Estatuto descrimina todos os procedimentos relativos as demandas judiciais familiares, a exemplo do Divórcio, da Ação de Reconhecimento e Dissolução de União Estável, Ação de Alimentos, bem como a competente Execução de Alimentos, Investigação de Paternidade e Interdição. Ademais, determina também os procedimentos extrajudiciais relacionados ao Divórcio, Reconhecimento e Dissolução de União Estável, Conversão de União Estável em Casamento, e Alteração de Regime de Bens.

7 Entrevista com o Deputado Sérgio Barradas Carneiro, extraída do *site*: <http://www.informes.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=5736:deputado-rebate-criticas-ao-estatuto-da-familia&catid=42:rokstories&Itemid=108>.

4 CÓDIGOS DE FAMÍLIA NO DIREITO COMPARADO

Alguns Países no mundo possuem um diploma autônomo, em separado do Código Civil, que verse a respeito do Direito de Família.

Merece destaque, nesse sentido, o pioneirismo Russo, em 1918, na edição de um Diploma especial de Direito de Família, que, tirando-se o Estatuto das Famílias que, em breve, fará parte do ordenamento jurídico brasileiro, pode ser considerado, mesmo sendo o mais antigo, como o mais evoluído principiologicamente.

Seguindo a iniciativa Russa, Cuba também editou seu Código Familiar, separando a matéria de Direito de Família do Diploma geral Civil. Em seguida, no fim dos anos sessenta, Países fora do bloco socialista, a exemplo da Bolívia e da Costa Rica, também promulgaram seus Códigos de Família, ao que foram seguidos, nos anos oitenta, por Países como a Argélia, Honduras e Filipinas.

Mais recentemente, nos anos noventa, o Estado da Califórnia editou seu próprio Código, permitindo, ineditamente, as uniões homoafetivas. Na mesma década, o mundo assistiu também à promulgação dos Estatutos de El Salvador, do Panamá e da Cataluã.

Nessa primeira década do novo milênio, passou-se a contar também com um Código especializado em Direito de Família na Etiópia. Além disso, aguarda-se, além da promulgação do Estatuto das Famílias Brasileiro, os Códigos da República Dominicana, Marrocos e Nicarágua, que se encontram em fases de revisão, sendo certo, inclusive, que o Código da Nicarágua possui, em seu anteprojeto, a pretensão de, assim como no Brasil, instituir o matrimônio homoafetivo como fonte de Entidade Familiar.

Assim, muito embora o Direito de Família seja, no mundo inteiro, essencial, em razão de tratar de um núcleo de indubitável importância aos seres humanos – a Família –, poucos Países compreenderam a necessidade de tratar tal seara do Direito com a peculiaridade que lhe é inerente. No entanto, com o passar dos anos, a tendência mundial que se observa é no sentido de isolar o Direito de Família do Direito Civil, ao menos no que tange à organização das legislações.

Tratar o Direito de Família separadamente é um avanço imensurável, que respeita, finalmente, as particularidades dessa seara jurídica.

A partir da análise comparativa dos Códigos de Família em outros Países, em diplomas separados das outras matérias civis, é possível compreender o enorme progresso do Direito Familiar brasileiro, especialmente agora, quando o Brasil espera a promulgação de seu Estatuto das Famílias que será, sem dúvidas, o compilado legislativo que mais se adequa à realidade de nossa sociedade, sedimentando, finalmente, os princípios norteadores de nosso direito, apregoados pela Carta Magna de 88.

4.1 O Código de Matrimônio e Família Russo

A primeira experiência de codificação do Direito de Família ocorreu na Rússia Pós-revolucionária, com a edição do Código de Matrimônio e Família, em 1918. Tal Código, mesmo na época da Rússia semifeudal, proclamava a plena igualdade de direitos e deveres entre homens e mulheres, e a possibilidade de dissolução do casamento por divórcio. Fundava-se tal diploma no momento político de rompimento entre o novo Regime e a Igreja; na necessidade de extinção da base econômica do casamento para que a família monogâmica fosse baseada somente no amor e no respeito, que teve inspiração nas Ideias de Friedrich Engels, mais especificamente em sua obra “A Origem da Família da Propriedade Privada e do Estado” e, também; na orientação das massas no sentido do progresso⁸.

Após a promulgação do Código Russo, que vigora até os dias atuais, outras repúblicas socialistas soviéticas promoveram também às suas codificações que, alteravam o texto russo apenas em alguns pontos superficiais.

Destaque-se que o Código de Família Russo reconheceu, mesmo há tanto tempo atrás, as uniões de fato, que, atualmente, evoluíram para o que chamamos de União Estável. Além disso, o Código de Família soviético estimulou a conversão de tais uniões em casamento, como, mais de meio século depois, o legislador constituinte brasileiro, praticamente em iguais palavras, apreçou e instituiu.

O Código Familiar Soviético, há quase um século atrás, já disciplinava os direitos patrimoniais e alimentares recíprocos entre os cônjuges e os companheiros, estendendo à esses últimos, inclusive, a aplicação do Regime Parcial de Bens.

Previu também, de maneira absolutamente visionária, a igualdade de condições entre os chamados filhos “legítimos” e “ilegítimos”, façanha só alcançada pelos brasileiros com a promulgação de nossa “Constituição Cidadã”, em 1988.

Sem sombra de dúvidas, o Direito Familiar advindo dos países compositores do Bloco Socialista foi, em razão da própria ideologia política, o que influenciou o Direito de Família mundial de maneira mais positiva e menos preconceituosa, difundindo a ideia de igualdade, dentro do núcleo familiar, de maneira ímpar e absolutamente inovadora.

Hoje, às vésperas (espera-se) da promulgação do Estatuto das Famílias brasileiras, não é exagero afirmar que, tal conquista deve-se, em enorme escala, ao Direito Familiar soviético.

8 MOLD, Cristian Fetter. Apontamentos para a Codificação do Direito de Família Brasileiro. In: *Família e Jurisdição*. Del Rey, p. 46.

4.2 O Código de Família de Cuba⁹

A organização formal do Estatuto de Cuba é bastante similar à organização do Estatuto brasileiro, muito embora o conteúdo de ambos admita muitas divergências, quando comparados.

No entanto, apesar de ter sido considerado, à época de sua promulgação, em 1975, um dos Códigos mais avançados, comporta, pelo óbvio lapso temporal, opiniões ainda muito retrógradas, motivo pelo qual o sistema que, por meio do Estatuto das Famílias, pretende se implementar no Brasil é ainda mais avançado.

De acordo com o Estatuto de Cuba, não estão autorizados a casar os menores de 18 anos. Porém, a título excepcional, por justa causa e mediante autorização, pode ser realizado o casamento de menores, se a mulher tiver pelo menos 14 anos e o homem 16, o que denota a desigualdade entre homens e mulheres há muito já superada em nossa sociedade.

Os impedimentos relativos ao casamento, no entanto, são exatamente os mesmos contidos no nosso Estatuto, bem como as questões relativas à investigação de paternidade.

Ambos os cônjuges são obrigados a cuidar da família cooperando, mutuamente, no que tange à educação, treinamento e orientação das crianças de acordo com os princípios da moral socialista. Nesse tocante, fica clara a inserção do Estado na esfera particular, ponto em que o sistema brasileiro é amplamente divergente, considerando-se que nossa constituição solidifica como preceito fundamental a liberdade.

Assim como no nosso ordenamento, o regime econômico do casamento, por nós conhecido como Regime de Bens, existe a partir do momento em que o casamento é formalizado, e cessará, por via de consequência, com o encerramento do matrimônio. Porém, enquanto nosso estatuto possibilita três espécies de regimes de bens (regime de comunhão parcial, regime de comunhão universal e regime de separação de bens), no ordenamento de Cuba, de acordo com o regime político vigente, o regime é único e, neste caso, são considerados propriedade da comunidade os vencimentos ou salários, pensões ou outros rendimentos de ambos os cônjuges, bem como os bens e direitos adquiridos por título oneroso durante o casamento, ou mesmo os juros recebidos ou acumulados durante o casamento, a partir da propriedade comum, ou característica de cada um dos cônjuges.

Ademais, são bens próprios de cada cônjuge os obtidos por cada um deles antes do casamento e a herança. A comunidade matrimonial de bens encerra-se com o término do casamento, e a propriedade comum é dividida igualmente entre os cônjuges, ou em caso de morte, entre os sobreviventes e os herdeiros do falecido.

9 Lei nº 1.289, de 14 de fevereiro de 1975.

Quando o casamento for rescindido com embasamento em alguma nulidade, o cônjuge que de má-fé tenha dado origem à causa não irá participar nos ativos da comunidade conjugal – tal sanção tem motivação semelhante à instituição da culpa nas separações e divórcios brasileiros que, felizmente, já foi superada pela doutrina e jurisprudência e, com a promulgação de nosso Estatuto das Famílias, finalmente será excluída de nosso texto legal.

O Instituto dos Alimentos arraigado pelo Estatuto cubano, no entanto, em seu âmago, é bem distinto do proposto pelo Estatuto das Famílias brasileiro. Assim, se os cônjuges tiverem vivido por mais de um ano juntos, são concedidos alimentos apenas se um dos cônjuges não possuir trabalho remunerado. Essa pensão terá caráter provisional e será paga por seis meses, caso não existam filhos menores ao seu cuidado e, por um ano, se houver, para que o alimentado tenha tempo de obter um trabalho remunerado. Caso um dos cônjuges não possa trabalhar por motivos de idade, deficiência ou doença, a pensão persistirá.

Porém, assim como no nosso ordenamento, o Estatuto Familiar cubano prevê o sopesamento entre o chamado Binômio Alimentício, que deve encontrar ponto de equilíbrio entre a necessidade e a possibilidade das partes.

Na sentença de divórcio, o Tribunal deve determinar qual dos genitores manterá a guarda e cuidado dos filhos menores, e deve tornar conveniente a comunicação adequada entre o genitor que não obtiver a guarda e os filhos. É de se salientar, por ser fato muito diferente do nosso ordenamento jurídico, que em Cuba os pais decidem acerca da guarda dos filhos, porém, não havendo acordo, como regra geral, os filhos ficam com o genitor, o que denota, mais uma vez, a falta de igualdade entre os gêneros.

Assim, muito embora o Código de Famílias cubano tenha sido considerado revolucionário por seu pioneirismo, hoje, pela ótica da cultura da sociedade brasileira, é, ainda, muito atrasado no que concerne aos Direitos Familiares.

4.3 O Código de Família da Bolívia¹⁰

O Direito de Família boliviano foi alterado pela Constituição do País, sendo reconhecidas, agora, várias formas de constituição familiar.

De acordo com o Código de Família boliviano, o casamento possui finalidade procriativa o que representa, nos parâmetros do Brasil, um atraso na interpretação do afeto como pilar norteador do Direito de Família.

¹⁰ Lei n° 996, de 4 de abril de 1988.

É reconhecida, por meio do Estatuto boliviano, a união estável, conhecida como “casamento de fato”, que só começa a produzir direitos e deveres após o prazo de dois anos de duração. Na ruptura dessa união, é assegurado à mulher o direito a alimentos, caso haja necessidade, mas, somente se a companheira não for considerada culpada pela ruptura da união.

A formação das entidades familiares bolivianas se dá por meio, especialmente, do casamento. O parentesco, assim como no Código Civil brasileiro, é aquele advindo da consanguinidade ou da adoção. No Brasil, no entanto, o Estatuto das Famílias, em atitude vanguardista, pretende incluir a relação afetiva, aí enquadradas tanto a maternidade quanto a paternidade afetiva, como meio hábil a gerar relação de parentesco, fato que, na Bolívia, ainda não é, sequer, considerado.

O Instituto Alimentício boliviano guarda muitas similaridades ao brasileiro, sendo, no entanto, um pouco mais restrito. O Código de Família boliviano descreve como alimentos, ou “assistência”, todo o necessário para o sustento, vestuário, habitação e assistência médica. Se o beneficiário for menor de idade, essa assistência inclui, também, o custo da educação até que o menor adquirira uma profissão ou ofício. Há previsão de pensão alimentícia avoenga, e, inclusive, entre irmãos – fato não abarcado pelo direito brasileiro.

O código boliviano conta também com a figura do “patrimônio familiar”, que tem o intuito de prover à família, em especial proteção aos filhos menores de idade, habitação. Deve ser constituído por resolução judicial, a pedido de um dos membros da família, e nenhuma família pode se beneficiar de mais de um patrimônio familiar, ou mesmo alienar o patrimônio familiar que por necessidade lhe foi imbuído.

Ao analisar o Direito Familiar boliviano, é possível, em muitos pontos, encontrar aproximações com o texto original do Código Civil brasileiro brasileiro de 2002. No entanto, quando comparado ao nosso Projeto de Lei conhecido como “Estatuto das Famílias”, torna-se inegavelmente retrógrado. A sociedade boliviana ainda é muito conservadora e patriarcal, tendo arraigada a ideia clássica de família do século passado.

4.4 O Código de Família da Costa Rica¹¹

O Código da Família da Costa Rica estabelece os direitos e deveres atinentes ao casamento, divórcio, paternidade, tutela e adoção.

Merece destaque o fato de ter sido a Costa Rica um dos primeiros países no mundo a aprovar uma lei que concedesse autoridade parental para ambos os cônjuges. Esta lei também previa a igualdade entre gêneros no caso de divórcio. No entanto,

11 Lei nº 5.476, 21 de dezembro de 1973.

muitas distinções baseadas no gênero ainda geram desigualdade na Costa Rica. O Código da Família afirma, especificamente, que os maridos são os principais provedores familiares, devendo, conseqüentemente, as mulheres, apoiarem os maridos em tal tarefa. O governo do País, no entanto, planeja uma reforma no Código no intuito de incorporar a ideia de que cada cônjuge deve contribuir, na proporção de seus recursos, para o sustento familiar.

Em 1995, a Costa Rica aprovou uma lei que rege os casamentos de direito comum e que prevê a igualdade entre homens e mulheres. Apesar deste quadro legislativo, e a ausência de qualquer lei que conceda aos homens o *status* de chefe da família, os arranjos tradicionais persistem. O mesmo ocorre com relação às mulheres, no que concerne aos cuidados do lar e com os filhos. Assim, muito embora não exista nenhuma imposição legal, a sociedade continua, em sua grande maioria, a organizar-se dessa maneira. Na mesma linha, na grande maioria dos casos de divórcio, a guarda dos filhos é atribuída à mãe.

A idade mínima legal para o casamento na Costa Rica é de 18 anos para homens e mulheres. No entanto, com o consentimento dos pais, tanto homens como mulheres se podem casar ao completarem 15 anos. Assim, o casamento precoce é bastante comum na cultura da sociedade.

Como causas do divórcio, o Direito Familiar da Costa Rica atribui o adultério, o atentado contra a vida do cônjuge ou filhos, a prostituição, a crueldade, a ausência do cônjuge legalmente declarado, a separação de fato por um período não inferior a três anos, e o consentimento mútuo de ambos os cônjuges. No entanto, salienta-se que com a recente reforma do Tribunal Constitucional, abriu-se a possibilidade de se requerer o divórcio por mútuo consentimento, sem a necessidade de observância do lapso temporal de três anos contado da celebração do matrimônio.

No que tange ao Regime de Bens, é de se destacar não haver opção por diferentes tipos de Regimes, devendo os cônjuges, com a dissolução do matrimônio pelo divórcio ou pela morte, dividir o patrimônio comum.

Muito embora a Costa Rica possua um Código de Família em forma de legislação apartada, e tendo sido tal Diploma resultado de um somatório de esforços no sentido de não se atualizar o livro de Direito de Família dentro do Código Civil, mas sim criar um instrumento especializado e direcionado à família, as normas editadas, que datam da década de 70, ainda são muito retrógradas quando considerados os avanços globais das sociedades, especialmente no que concerne à igualdade de gêneros. Assim, quando comparado ao Estatuto das Famílias brasileiro, o Código de Família da Costa Rica parece-nos demasiadamente antiquado.

4.5 O Código de Família da Argélia¹²

A Argélia ficou sob o domínio francês por mais de cem anos, de 1830 a 1962. No período colonial, os franceses optaram por utilizar elementos da cultura islâmica no ordenamento jurídico argelino, especialmente no que tange a questões cíveis e de família, porque, com a gritante diversidade cultural, a tentativa de uma imposição cultural francesa estaria fadada ao insucesso.

Assim, é possível afirmar que a história jurídica de países como a Argélia são muito distintas das dos países da América do Sul. Enquanto no caso da Argélia confrontavam-se o direito francês e o direito islâmico, na América Latina, os conflitos entre metrópoles e colônias não envolviam divergências culturais tão acentuadas e, por isso, tiveram uma assimilação e miscigenação cultural mais tranquilas.

Dentro do mundo cultural árabe e islâmico, a Argélia é considerada um país de “primeiro mundo”: A Constituição estabelece a igualdade entre homens e mulheres. No aspecto político, as argelinas podem votar e ser, inclusive, candidatas a, por exemplo, deputadas, senadoras, ministras. No entanto, é no âmbito familiar em que a situação da mulher é ainda inferior¹³.

Sendo o Código de Família da Argélia influenciado pelo direito islâmico, é privilegiado, indiscutivelmente, o homem em relação à mulher. Conforme assevera Ivan Godoy, autor do livro “Argélia: Tradição e Modernidade”, a situação de inferioridade da mulher argelina, embora clara e incontestável, passa, atualmente por um momento de revisão:

“No caso da herança, por exemplo, a viúva tem que dividi-la com os cunhados. O homem tem direito a ter até quatro esposas e as mulheres, apenas um marido. É verdade que não chegam a 1% da população masculina os casos de homens casados com mais de uma mulher, sendo, portanto, um costume em vias de extinção, até por motivos econômicos. Mas de acordo com a ministra encarregada da condição feminina, já está sendo preparada uma revisão do Código de Família para retirar dele os artigos mais negativos para as mulheres. O fato é que o governo se preocupa em melhorar a situação da mulher, mas esse é um processo que significa o combate a tradições que vêm de séculos. Já houve avanços significativos, mas ainda é preciso novos passos. Devemos lembrar, nesse sentido, que a mulher argelina teve uma participação decisiva na Guerra de Independência (1954-1962) e por isso sente-se mais à vontade para exigir seus direitos.”

O Código da Família da Argélia tornou-se, devido à sua importância e participação direta na evolução da unidade familiar, tema central no trabalho das oficinas

12 Lei nº 84, de 11 de junho de 1984.

13 GODOY, Ivan. Entrevista disponível em: <<http://www.espacoacademico.com.br/038/38livargelia.htm>>

sobre a promoção e proteção das mulheres organizadas em Argel, em 16, 17 e 18 de abril de 1997¹⁴.

Em 2004, felizmente, o governo da Argélia iniciou um projeto visando reformar o código, na intenção de, especialmente, favorecer a igualdade entre o homem e a mulher na família. Os pontos conflituosos, que geram maiores e mais acalorados debates, são a poligamia e a autorização do pai da noiva para o casamento.

A revisão do Código da Família é justificada tanto pelas inconsistências contidas no texto legal que, inclusive, encontra muitos problemas de interpretação devido à divergência da língua árabe e da francesa, quanto pela necessidade de adaptar as disposições legais existentes à evolução da sociedade, que aspira por uma estrutura familiar mais justa e equânime, com proteção aos seus membros por meio de direitos mais sólidos e igualitários dentro do contexto da cultura islâmica, respeitando, inclusive, os princípios, valores e recursos espirituais.

Por óbvio, torna-se extremamente árdua a tarefa de comparar a cultura islâmica com a cultura ocidental, em que o Brasil encontra-se inserido. As divergências culturais são tão gritantes, que não permitem a aproximação de nenhum ponto do Direito de Família brasileiro, sob nossos olhos tão evoluídos, com aquele pertencente à Argélia, onde a desigualdade é cultural, e torna-se permissivo para uma série de ofensas a princípios que, em nossa perspectiva, são fundamentais para o ser humano.

4.6 O Código de Família da Angola

A realidade social da Angola, atualmente, é caracterizada pela presença prioritária de valores da tradicional cultura africana, que convivem, sobrepondo-se, à referências da cultura ocidental. Em razão dessa combinação cultural, coexistem duas tipologias distintas de unidades familiares: a conhecida como família tradicional, e a família do tipo europeu, como produto da exportação ocidental.

A família tradicional, advinda do antigo sistema angolano, é geralmente poligâmica. Originou-se, culturalmente, com inspiração espiritual animista, que é incompatível com a visão cristã, a qual os ocidentais encontram-se acostumados. É predominante nos meios rurais, onde a informação e a globalização são prejudicadas.

Para essas famílias, em regra, os processos de casamento, paternidade e de hereditariedade obedecem ao princípio uterino. Segundo os critérios que presidem a este tipo de linhagem, os membros das famílias a que pertence cada um dos cônjuges são os que resultam dos laços uterinos anteriores ao casamento. As relações

14 CEZARIO, Leandro Fazollo. Breves considerações sobre o direito de família na Argélia: períodos colonial e pós-independência. Disponível em: <<http://conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.26603>>.

posteriores ao casamento seguem a linha uterina de cada cônjuge. Portanto, os filhos pertencem à mãe e estão vinculados à família desta, pois se considera que, por ser indubitável, a ligação uterina de procriação é mais decisiva do que a ligação testicular. Seguindo o mesmo princípio matrilinear, na constância do casamento, os bens são geridos com alguma autonomia por cada um dos cônjuges. Após a morte de um dos cônjuges, ou a separação do casal, os bens são repartidos pelos familiares uterinos de cada um.

Assim, observa-se na cultura familiar clássica da Angola uma predominância dos direitos femininos não encontrada em culturas ocidentais, que pregam, em sua extensa maioria, a igualdade de gêneros.

Outrossim, é imperioso ressaltar que a família de referência legal na Angola não é a constituída nos moldes tradicionais, mas sim aquela embasada nos padrões e costumes europeus.

O quadro normativo familiar da Angola encontra no sistema jurídico romano-germânico e na visão cristã do mundo, o seu modelo normativo inspirador.

A organização familiar do tipo europeu pode apresentar-se de diferentes maneiras, seja, assim, na forma de família nuclear *stricto sensu*, formada por pai, mãe e filhos; seja de acordo com alguma das variantes da família extensa consanguínea; ou mesmo por conjugação dos dois tipos de família predominantes, a tradicional e a de modelo europeu, que é intitulada “família eclética”, representando, atualmente, uma forma de transição cultural do sistema familiar tradicional para o europeu.

As dificuldades jurídicas Angolanas resultam das diferentes filosofias jurídicas e espirituais em que se assenta o conceito de família tradicional, que ainda é seguido pela maioria da população, e o conceito de família ocidental, que é referência legal.

Ou seja, o Código de Família da Angola, para os padrões africanos, muito embora evoluído juridicamente, por abordar temáticas como as uniões consensuais, a proteção dos filhos nascidos fora do casamento, do incentivo à uma divisão justa de tarefas no que concerne à criação dos filhos e às responsabilidades da família, e até no que diz respeito à imprescritibilidade das ações de investigação de paternidade, não reflete a realidade da sociedade que representa.

E, quando a legislação vigente serve apenas à minoria, deixando a grande maioria desregulada, e, portanto, sem deveres ou garantias, é impossível classificar o País como evoluído juridicamente. No Brasil, o grande propósito do Estatuto das Famílias é promover a adequação da realidade jurídica à realidade fática da sociedade, enquanto na Angola, ao que nos parece, a intenção é justamente a inversa.

4.7 O Código de Família da República de El Salvador

O Código de Família da República de El Salvador é recente, tendo sido promulgado em 1994, e pode ser conceituado como um compilado de normativas familiares bastante detalhado, sendo considerado avançado quando comparado aos outros Códigos de Família. No entanto, ainda não abarca as questões da paternidade e maternidade afetiva, nem aceita as uniões homoafetivas como fonte de formação familiar. Por isso, quando comparado ao Projeto de Lei brasileiro, ainda é retrógrado nesse sentido.

O Diploma conceitua como família apenas o grupo social permanente, constituído pelo casamento, pela união não matrimonial ou pelo parentesco.

O Código é expresso ao definir que o casamento é entidade da qual só possível participar homens e mulheres, não permitindo uniões do mesmo sexo. O mesmo é aplicável à união estável, conceituada como união não marital, constituída por um homem e uma mulher, sem impedimento legal para casar, que estabeleçam convivência contínua e estável pelo período mínimo de três anos. Ademais, ao elencar as causas de nulidade absolutas do casamento, o Diploma é taxativo ao enunciar que é nulo o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

De acordo com o Diploma Familiar de El Salvador, não podem se casar, sem a autorização dos genitores, os menores de 18 anos. Destaque-se, nesse tocante, que as causas impeditivas do casamento são muito similares às brasileiras.

Os cônjuges, em El Salvador, têm iguais direitos e deveres, e da comunidade de vida entre eles, se estabelece os deveres de fidelidade, de prestar auxílio recíproco em todas as circunstâncias, e de tratarem-se com respeito, tolerância e consideração.

Ademais, o Código destaca que os cônjuges ou companheiros devem contribuir, na proporção de seus recursos, com as despesas familiares. No entanto, se um deles não possui renda, o desempenho de tarefas domésticas será considerado como a sua contribuição para a família, em pé de igualdade com aquele que auferir proventos econômicos.

Merece destaque também o dispositivo do Diploma que prevê que, caso um dos cônjuges seja forçado a se endividar para cobrir as despesas da família, o outro cônjuge será, obrigatoriamente, corresponsável pelo adimplemento da dívida. O juiz, neste caso, poderá moderar o montante a ser pago pelo coobrigado, tendo em conta as condições de vida da família e da razoabilidade.

O Código de Família de El Salvador, diferente da maioria, não imputa desigualdade de gênero, estabelecendo, inclusive, que o trabalho doméstico e o cuidado das crianças são de responsabilidade de ambos os cônjuges.

No que tange ao regime de bens, os cônjuges, se fizerem pacto antenupcial, podem escolher pelos regimes da Separação de Bens, Participação nos Lucros e “Comunidade Diferida”. Destaque-se ser a “Comunidade Diferida” a regra do Código das Famílias, sendo certo que, na ausência do pacto antenupcial, será este o regime de bens a reger o matrimônio. Em tal regime, os bens adquiridos a título oneroso, bem como os frutos e as rendas obtidos por qualquer dos cônjuges na constância do casamento pertencerão a ambos, e, em caso de dissolução, serão divididos equitativamente.

A legislação de El Salvador garante aos filhos o direito imprescritível a investigar tanto a maternidade quanto a paternidade, esclarecendo, ainda, que tal direito é passado, inclusive, aos descendentes do filho. Estabelece, também, que todos os testes são válidos na busca da verdade biológica.

No que concerne à Guarda dos filhos, o Código prioriza, assim como ocorre no Brasil, o melhor interesse da criança em caso de divergência entre os genitores.

No que diz respeito à prestação alimentícia, o Direito Familiar de El Salvador estabelece que os alimentos devem ser prestados, reciprocamente, entre os cônjuges, entre os ascendentes e descendentes até o segundo grau de consanguinidade, e, em caráter inovador com relação ao Direito Brasileiro, estabelece a prestação alimentícia entre irmãos.

Como no Brasil, os Alimentos são inalienáveis e irrenunciáveis, com a diferença, no entanto, no que concerne às prestações alimentícias em atraso, que comportam renúncia e compensação.

5 CONCLUSÃO

A Comunidade Jurídica Brasileira, em especial a especializada em Direito de Família, aguarda, com ansiedade, a promulgação de nosso Estatuto das Famílias, que reunirá normas não só de direito material como de direito processual em um só Diploma, autônomo, logo separado do Código Civil, respeitando as peculiaridades atinentes à matéria familiar.

Finalmente, a reunião de todas as normativas acerca da Família e suas consequentes implicações legais, aproxima a legislação da realidade fática da sociedade, assegurando a efetivação dos princípios constitucionais consubstanciados, especialmente, na igualdade e na liberdade.

Certo é que a enorme miscigenação brasileira, resultado de um peculiar processo de colonização, deu ensejo a uma sociedade substancialmente plural, que aprendeu, com o passar dos anos, a harmonizar as diferenças e, ao menos a tentar, equilibrar as divergências. Com isso, o preconceito, enraizado historicamente, foi cedendo, aos poucos, lugar para

novas ideias e práticas, que enxergassem e pensassem o Brasil com olhos de realidade do “ser”, deixando de lado as, muitas preconceituosas, ideias do “dever ser”.

Em consonância com esse amadurecimento social, as legislações atinentes às entidades familiares, bem como os direitos e deveres à ela inerentes, passaram a representar nada menos que reflexos embaçados e embaraçosos de um direito que se estagnou, enquanto a sociedade cresceu.

Passou então a ser necessário igualar a condição dos filhos e a reconhecer-se, por exemplo, a união estável como forma enlace de igual importância quando comparada ao casamento. Mais do que isso, passou a ser impossível não buscar-se a constitucionalização da homoafetividade como construtora de entidades familiares.

Ficou claro que o afeto é o elemento mais importante a interligar as pessoas, passando os vínculos biológicos, ou mesmo burocráticos, como é o caso do casamento, a serem supérfluos quando comparados ao amor e ao carinho. Necessário, então, coar o afeto como princípio basilar e norteador de nosso Direito de Família Moderno.

A promulgação do Estatuto das Famílias será o maior marco evolutivo no Direito de Família ao qual a sociedade brasileira já assistiu. E, é inegável, com sua vigência, nosso País será elevado à categoria de, senão o mais, um dos Países mais evoluídos do cenário mundial em termos de Direito Familiar.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CEZARIO, Leandro Fazollo. *Breves considerações sobre o direito de família na Argélia: períodos colonial e pós-independência*. Disponível em: <<http://conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.26603>>.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 5. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 351.

FORSTER, Thyago Salustio Melo. *Breves comentários acerca do Projeto de Lei 2285/2007 que prevê a instituição do Estatuto das Famílias*. Disponível em: <<http://www.iuspedia.com.br>>.

GODOY, Ivan. Entrevista disponível em: <<http://www.espacoacademico.com.br/038/38livargelia.htm>>.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Paternidade Socioafetiva e o retrocesso da Súmula nº 301 no STJ*. Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Família e Dignidade Humana. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006, p. 795 - 810).

MADALENO, Rolf. *Direito de família em pauta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MOLD, Cristian Fetter. Apontamentos para a Codificação do Direito de Família Brasileiro. In: *Família e Jurisdição*. Del Rey, p. 46.

OLIVEIRA, José Sebastião. *Fundamentos constitucionais do Direito de Família*. São Paulo: RT, 2002. p. 233.

QUEIROZ, Francisco. A Família em Angola e o Direito. Disponível em: <http://jornaldeangola.sapo.ao/19/0/a_familia_em_angola_e_o_direito>.

WELTER, Pedro Belmiro. *A secularização da culpa no Direito de Família*. Disponível em: <www.mundo-juridico.adv.br>.

COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DE FAMÍLIA

*Paulo Lôbo**

SUMÁRIO: 1 Direitos Fundamentais e Família. 2 Viragem para os Princípios e a Mudança Social. 3 Aplicabilidade Direta dos Direitos Fundamentais e dos Princípios Jurídicos entre Particulares. 4 Colisão e os Problemas Decorrentes. 5 Superando a Colisão. 6 Colisão com Deveres Fundamentais. 7 Casos Exemplares. 8 Prevenindo a Colisão: o Papel do Legislador.

1 DIREITOS FUNDAMENTAIS E FAMÍLIA

Os direitos fundamentais, entendidos como direitos humanos positivados nas constituições dos países, ou nos tratados e convenções internacionais que os países se obrigaram a respeitar, tiveram longa história de afirmação, principalmente durante o tumultuado século XX. Sua finalidade essencial era a garantia de um conjunto básico de direitos dos cidadãos que podiam e podem opô-los ao poder político, que tem o dever de não violá-los (dever de abstenção, ou dever negativo). Sua evolução fez despontar novas dimensões, que não foram cogitadas em sua configuração tradicional, notadamente os deveres positivos de prestação, imputáveis ao poder político e, para o objeto desta exposição, sua oponibilidade às pessoas exclusivamente privadas entre si, ou aplicabilidade nas relações privadas.

A aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações meramente privadas desafia a argúcia dos juristas, pois, na maioria dos casos, provoca a colisão dos direitos fundamentais das pessoas em conflito. Esse problema não existia na formulação tradicional dos direitos fundamentais, porque apenas o cidadão é titular deles e o Estado não, figurando apenas como devedor de prestação negativa. Entre o titular de direitos fundamentais e o Estado não pode haver, em princípio, colisão. Entre titulares de direitos fundamentais, todavia, a colisão é inevitável, tornando exigentes os critérios de solução, diferentes dos anteriormente pensados e praticados, máxime em razão do uso de princípios normativos.

* Doutor em Direito pela USP; Professor Emérito da UFAL; Diretor Nacional do IBDFAM; ex-Conselheiro do CNJ.

No âmbito das relações de família, pautadas pela diretriz constitucional da igualdade entre cônjuges, companheiros, filhos e entidades familiares, não se pode pensar a simetria entre cidadão e poder político – referida por muitos doutrinadores –, e entre titular de direitos fundamentais hipossuficiente ou vulnerável e titular de direitos fundamentais portador de poder privado. Tendo desaparecido o poder marital e o pátrio poder, em nosso direito, não se pode mais identificar integrantes das entidades familiares como portadores de poderes privados, tutelados juridicamente. O poder familiar, que substituiu o pátrio poder, é muito mais serviço no melhor interesse dos filhos, do que propriamente poder; sua natureza é de autoridade reconhecida e legitimada, que existe em razão dos destinatários, porque não há mais relação de sujeição dos filhos em face dos pais. Tanto pais quanto filhos são sujeitos recíprocos de direitos e deveres, que ocorre, por exemplo, com o direito/dever à convivência, inclusive quando os pais se separam.

2 VIRAGEM PARA OS PRINCÍPIOS E A MUDANÇA SOCIAL

A compreensão da força normativa própria dos princípios jurídicos, da sua superioridade hierárquica em relação às demais normas jurídicas e da sua peculiar estrutura, como modelo normativo aberto, têm constituído a contribuição relevante do direito brasileiro nessa matéria, tanto na doutrina quanto na corrente jurisprudência de nossos magistrados e tribunais, notadamente a partir do advento da Constituição de 1988. A viragem para os princípios resulta do comprometimento da aplicação do direito com a mudança social.

O significado mais importante dessa viragem é a aplicação direta e imediata dos princípios e demais normas constitucionais, quaisquer que sejam as relações privadas, particularmente de duas formas: a) quando inexistir norma infraconstitucional, o juiz extrairá da norma constitucional todo o conteúdo necessário para a resolução do conflito; b) quando a matéria for objeto de norma infraconstitucional, esta deverá ser interpretada em conformidade com as normas constitucionais aplicáveis. Portanto, as normas constitucionais sempre serão aplicadas em qualquer relação jurídica privada, seja integralmente, seja pela conformação das normas infraconstitucionais.

Os civilistas brasileiros, promotores do direito civil constitucional, nunca tiveram dúvidas sobre a força normativa da Constituição e dos princípios. Não faz sentido, na contemporaneidade, a discussão sobre se as normas constitucionais, principalmente de conteúdo indeterminado, como os princípios, dependem da interposição do legislador infraconstitucional para que possam produzir seus efeitos jurídicos. A fase das normas constitucionais meramente programáticas ficou para trás.

Ainda que não seja este o espaço para se discorrer sobre esses temas, amplamente discutidos no âmbito do direito constitucional e da teoria do direito, perfilhamos o

entendimento de que as normas constitucionais, todas com força normativa própria, classificam-se em princípios e regras, distinguindo-se por seu conteúdo semântico e, conseqüentemente, pelo modo de incidência e aplicação. A regra indica suporte fático hipotético (ou hipótese de incidência) mais determinado e fechado, cuja concretização na realidade da vida leva à sua incidência, confirmando-a o intérprete mediante o meio tradicional da subsunção (exemplo na Constituição, art. 226, § 4º “Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”; ou seja, toda vez que uma pessoa passar a conviver com um filho, seja ele biológico ou não biológico, ainda que sem a companhia de cônjuge ou companheiro, a regra incidirá para assegurar a constituição de uma entidade familiar; em outras palavras, a norma constitucional incidirá sobre esse suporte fático concreto e o converterá no fato jurídico por ela previsto, que passará a produzir os efeitos jurídicos por ela tutelados).

O princípio, por seu turno, indica suporte fático hipotético necessariamente indeterminado e aberto, dependendo a incidência dele da mediação concretizadora do intérprete, por sua vez orientado pela regra instrumental da equidade, entendida segunda formulação grega clássica, sempre atual, de justiça do caso concreto. Tome-se o exemplo do princípio da dignidade da pessoa humana, referido expressamente no § 7º do art. 226 da Constituição: o casal é livre para escolher seu planejamento familiar, mas deve fazê-lo em obediência ao princípio da dignidade da pessoa humana, cuja observância confirmará o intérprete apenas em cada situação concreta, de acordo com a equidade, que leva em conta a ponderação dos interesses legítimos e valores adotados pela comunidade em geral. Outro exemplo é o princípio da igualdade entre cônjuges e entre filhos de qualquer origem, estabelecido nos arts. 226 e 227 da CF, que representou verdadeira revolução no direito de família, conseqüentemente revogando a legislação civil anterior. Essa orientação restou dominante na jurisprudência dos tribunais, de 1988 até 2003, quando entrou em vigor o novo Código Civil. Se prevalecesse a tese tradicional da conservação da legislação anterior até que a norma constitucional fosse regulamentada por nova legislação infraconstitucional, então não se teria emprestado força normativa real à Constituição, que restaria com efeito meramente simbólico, permanecendo as desigualdades jurídicas, nesse período.

Notou-se que as forças vivas da sociedade influíram efetivamente nas opções do constituinte de 1988, muito mais que na elaboração de códigos, cuja natureza técnica inibe a participação até mesmo dos parlamentares. Por essa razão, a Constituição, além de ser a norma hierarquicamente superior a todas as outras, determinante do sentido do ordenamento jurídico, absorveu de fato os valores que a sociedade conseguiu veicular, para servir de fundamento ou base à organização social. Esses valores foram vertidos em princípios ou regras que colorem o direito como um todo.

Como se vê, os princípios não oferecem solução única, segundo o modelo das regras. Sua força radica nessa aparente fragilidade, pois, sem mudança ou revogação de normas jurídicas, permitem adaptação do direito à evolução dos valores da sociedade. Com efeito, o mesmo princípio, observando-se o catálogo das decisões nos casos concretos, em cada momento histórico, vai tendo seu conteúdo amoldado, em permanente processo de adaptação e transformação. A estabilidade jurídica não sai comprometida, uma vez que esse processo de adaptação contínua evita a obsolescência tão frequente das regras jurídicas, ante o advento de novos valores sociais.

Os princípios constitucionais são expressos ou implícitos. Estes últimos podem derivar da interpretação do sistema constitucional adotado ou podem brotar da interpretação harmonizadora de normas constitucionais específicas (por exemplo, o princípio da afetividade). No Capítulo VII do Título VIII da Constituição há ambas as espécies, particularmente pela especificação dos princípios mais gerais às peculiaridades das relações de família.

O conceito de princípio constitucional não se confunde com o de “princípio geral de direito” empregado pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. O art. 4º dessa lei, como sabemos, estabelece a regra de *non liquet*, proibindo o juiz de não julgar quando a lei for omissa, determinando que, se não houver costumes, devem ser aplicados os princípios gerais de direito. Estes teriam, conseqüentemente, função supletiva, ou seja, primeiro a lei, depois os costumes, e por fim os princípios, como normas de clausura ou de completude do sistema jurídico. Ao contrário, os princípios constitucionais explícitos ou implícitos não são supletivos. São inícios, pontos de partida, fundamentos que informam e conformam a lei. A operação hermenêutica que estava invertida foi devidamente reposicionada: em primeiro lugar o princípio constitucional, depois a lei fundamentada nele.

A opção do Código Civil de 2002 pelos princípios realimentou os argumentos contrários dos tradicionalistas, principalmente quanto ao receio do chamado “ativismo judicial” dos magistrados. Esses receios e riscos são injustificáveis, pois os juízes brasileiros estão lidando razoavelmente com os modelos abertos de interpretação, que incluem não apenas os princípios, mas as cláusulas gerais e os conceitos indeterminados. São, por outro lado, ponderável preço a pagar pela constante adaptação do direito às mudanças sociais, que a ductilidade dos princípios permite alcançar com mais eficiência, em virtude, exatamente, do que é considerado problemático pelos críticos, ou seja, a indeterminação de seus conteúdos.

3 APLICABILIDADE DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS ENTRE PARTICULARES

Na Alemanha, durante a segunda metade do século XX, indagou-se sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, ou seja, se estes seriam oponíveis por

um particular diretamente a outro particular (teoria da *Drittwirkung*, correspondente a “eficácia em relação a terceiros”). A tradição dos direitos fundamentais reduziu-os à oponibilidade de um particular ao Estado, tendo-os como destinatário direto apenas o Estado e não outro particular, dentro da concepção das liberdades públicas. Várias correntes se formaram, entendendo: a) que não seria possível estender a eficácia dos direitos fundamentais a terceiros particulares, restringindo-se sua oponibilidade ao Estado; b) que a eficácia seria sempre mediata e indireta, tese que terminou por prevalecer na Alemanha; c) que seria possível a extensão, com a eficácia imediata, mas indireta, devendo a pretensão ser deduzida contra o Estado, em virtude dos deveres deste de proteção dos direitos fundamentais do particular, em face da violação por outro particular; c) que seria possível a pretensão de um particular contra outro, de modo direto e imediato, sem a mediação ou interposição do Estado.

No Brasil, não há dúvida da aplicabilidade imediata e direta dos direitos fundamentais, em virtude, principalmente, da ocorrência de norma expressa — inexistente na Constituição alemã — na Constituição de 1988, assim disposta (art. 5º, § 1º): “As normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. A aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais abrange não apenas as liberdades públicas em face do Estado, mas igualmente as relações jurídicas entretidas entre os particulares, pois a Constituição não faz qualquer restrição. O sentido de aplicação imediata inclui a aplicação direta, razão por que não depende de interposição do Estado, que não é necessariamente parte, quando a violação de direito fundamental for imputada a particular contra particular.

Respeitando as instigantes discussões havidas no direito europeu, temos de concluir que as soluções alvitadas não servem para o direito brasileiro. A doutrina brasileira do direito civil constitucional construiu caminho próprio, no rumo da aplicabilidade direta e imediata das normas constitucionais, nas duas modalidades acima indicadas, sem se impressionar com as interferências políticas, ideológicas e econômicas do refluxo do Estado de bem-estar social na Europa, nos países em que as demandas sociais encontram-se razoavelmente satisfeitas e que foram beneficiários diretos da globalização econômica.

Em razão da abrangência da norma constitucional brasileira, não vemos como aproveitável a discussão, alimentada na doutrina, em torno da denominada eficácia externa dos direitos fundamentais, oriunda principalmente do enunciado do art. 1º, 3, da Constituição alemã, o qual prevê que os direitos fundamentais “vinculam, como direito diretamente aplicável, os poderes legislativo, executivo e judicial”, parecendo limitar ou impedir sua aplicabilidade direta entre os particulares. Daí a tendência, entre os juristas alemães, de entender que entre os particulares a eficácia dos direitos fundamentais é indireta, dependente da interposição do Estado. As correntes que

propugnam a aplicabilidade indireta, ou seja, que os destinatários diretos dos direitos fundamentais são apenas os poderes públicos, são fortemente influenciadas pelo ideário liberal de que a função da Constituição é controlar o Estado e não as relações privadas, o que nega a própria natureza do Estado social.

A aplicabilidade direta dos princípios e dos direitos fundamentais nas relações privadas é uma experiência bem-sucedida na jurisprudência dos tribunais brasileiros, desde o advento da CF de 1988. A rica casuística consolidou esse entendimento. Os tribunais superiores, notadamente o STJ, também têm reunido um conjunto de decisões que permitem entrever a franca adoção da aplicabilidade direta e imediata, com destaque para o princípio da dignidade da pessoa humana.

A nossa Corte Constitucional (STF) não faltou ao enfrentamento do tema, em algumas decisões paradigmáticas, ainda que não fundamentadas explicitamente na doutrina da aplicabilidade direta dos direitos fundamentais. Curiosamente, algumas estão contidas em processos criminais – *habeas corpus* –, como a relativa à garantia ao cidadão de não se submeter, contra sua vontade, a exame de DNA (HC nº 71.373). Nesse caso, julgado em 1994, oriundo de ação de investigação de paternidade, apreciou-se decisão judicial de se levar “debaixo de varas” o réu ao laboratório, para dele se extrair forçadamente material genético.

Mas, a primeira decisão do STF em que a doutrina da aplicabilidade direta aflorou de modo explícito e serviu para fundamentá-la foi o julgamento do RE 201.819, em 2005, no caso de exclusão de associado da União Brasileira dos Compositores, vinculada ao ECAD, tendo a maioria do tribunal entendido que a liberdade da associação – o estatuto previa a hipótese de exclusão – deve respeitar as garantias constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa. A minoria entendia que a matéria não tinha repercussão constitucional e deveria ser resolvida a partir das regras do estatuto social e da legislação civil em vigor. Decidiu o Tribunal que “as violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito, privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados na Constituição vinculam diretamente, não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à prestação dos particulares em face dos poderes privados” e que os princípios constitucionais são limites à autonomia privada.

4 COLISÃO E OS PROBLEMAS DECORRENTES

A colisão dos direitos fundamentais, nas relações privadas, se dá de vários modos, mas elegemos três problemas como mais relevantes:

1º problema: A aplicabilidade direta dos princípios e direitos fundamentais pode ocorrer quando não houver desigualdade de poderes entre os particulares, ou apenas quando despontar um poder privado hegemônico (familiar, social, econômico, cultural)? Esse tema tem sido constantemente debatido na doutrina nacional e estrangeira. Entendemos que não se pode adotar uma restrição que a CF não faz. Essa é a correta orientação do STF, como se observa no caso do DNA referido. Em confronto estavam duas supostas filhas biológicas, em investigação de paternidade, e um suposto pai, portanto partes com poderes sociais presumivelmente iguais. Como salientamos, nas entidades familiares atuais, a relação jurídica de poder/sujeição entre seus integrantes não tem acolhida na Constituição e no direito infraconstitucional; os poderes de fato são repelidos pelo direito, inclusive com imposição de penas civis e penais.

2º problema: Quais os critérios para afastar a incidência dos princípios? Não há padrão satisfatório, o que leva à crítica do eventual componente arbitrário do julgador. No RE 215.984, o STF entendeu que a publicação não consentida de fotografia de uma conhecida artista de televisão viola os princípios constitucionais de garantia da intimidade e da imagem, facultando a indenização por dano moral. Mas, no AI-AgR 220.459-RJ, o STF não viu ofensa aos princípios da intimidade, da vida privada, da honra, da vedação de tratamento degradante, na revista pessoal das operárias em indústria de roupas íntimas, porque seria feita por amostragem.

3º problema: Há hierarquia entre princípios, de modo a se estabelecer *prima facie* qual o que prevalece na hipótese de colisão? O entendimento dominante na doutrina brasileira é de que não há hierarquia normativa entre os princípios, inclusive quando o confronto se der com os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade. Sustenta-se, todavia, que subsiste uma espécie de hierarquia axiológica, que se extrai do caso concreto. Sabe-se que o conteúdo do princípio apenas emerge de cada caso, dando-se nova configuração à velha lição dos antigos greco-romanos da submissão do intérprete à equidade, entendida como justiça do caso concreto. Assim, não há, *prima facie*, prevalência de qualquer princípio sobre outro.

Os princípios podem estar em aparente colisão dentro da própria legislação. Na Constituição – que é fruto de composição de ideologias conflitantes – ocorre colisão de princípios ou entre princípios e regras, a exemplo do princípio da igualdade entre as entidades familiares, no *caput* do art. 226 e a parte final do § 3º desse artigo, que estabelece dever do legislador facilitar a conversão da união estável em casamento (regra da facilitação), acrescentado por forças conservadoras na Constituinte, que pretenderam privilegiar o casamento. A regra do § 3º do art. 226 da Constituição não impõe requisito para que se considere existente união estável ou que subordine sua validade ou eficácia à conversão em casamento. Configura muito mais comando ao

legislador infraconstitucional para que remova os obstáculos e dificuldades para os companheiros que desejem casar-se, se quiserem, a exemplo da dispensa da solenidade de celebração. Em face dos companheiros, apresenta-se como norma de indução. Contudo, para os que desejarem permanecer em união estável, a tutela constitucional é completa, segundo o princípio de igualdade que se conferiu a todas as entidades familiares. Não pode o legislador infraconstitucional estabelecer dificuldades ou requisitos onerosos para ser concebida a união estável, pois facilitar uma situação não significa dificultar outra.

Nessa hipótese, é tarefa do intérprete a superação da antinomia, harmonizando-os em enunciado conjunto. No exemplo dado, a interpretação harmônica entre princípio e regra que se impõe é: o casamento e a união estável são entidades familiares diferentes, porém iguais em direitos e deveres entre cônjuges e companheiros, tendo estes a liberdade de converter sua união em casamento, para o que o legislador deve facilitar o exercício desse direito. Se há solução, então a antinomia é aparente, ou seja, não há antinomia, porque os princípios ou o princípio e a regra hão de ser interpretados e aplicados de forma harmônica e integrada.

5 SUPERANDO A COLISÃO

Em qualquer situação de colisão de direitos fundamentais entre os particulares, o intérprete ou aplicador valer-se-á da ponderação entre os princípios concorrentes, definindo-se por aquele que, na situação concreta e ante as circunstâncias que a cercam, deve ter um peso maior, o que fundamentará a decisão, longe de qualquer escolha proveniente de prévio juízo de valor subjetivo.

A “lei da ponderação”, segundo Robert Alexy, se enuncia assim: “quanto mais alto é o grau do não cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro”. A ponderação é realizada em três passos: o primeiro é a comprovação do grau de não cumprimento ou de prejuízo de um princípio; o segundo é a comprovação do cumprimento do princípio em sentido contrário; o terceiro é a comprovação de que o cumprimento do princípio em sentido contrário justifica o prejuízo ou não cumprimento do outro princípio.

Situação recorrente da necessidade de ponderação é a colisão entre direito à informação e direito à intimidade e à honra, que provocam reflexos nas pessoas ofendidas e em seus familiares. Nas ocasiões em que tem sido provocado a decidir, o STF tem conferido maior peso à informação, ainda que a intimidade e a honra fiquem comprometidas. Texto jornalístico reproduziu trecho de afirmação gravada que acusava presidente de tribunal de mau uso de verbas públicas, nepotismo e tráfico de influência. A decisão recorrida condenou o órgão de imprensa em danos morais,

com fundamento na inviolabilidade da honra, da intimidade e da imagem (art. 5º, X, da CF). Todavia, o STF (RE 208.685-1) reformou a decisão por entender que, no caso, a notícia reproduziu denúncia encaminhada ao tribunal superior, e que “a colisão será solucionada levando-se em conta o peso ou a importância relativa de cada um. A solução, portanto, não pode deixar de lado os conhecidos princípios da razoabilidade e da ponderação dos bens envolvidos. Na espécie, o dano moral pretendido pelo recorrido somente se justificaria se positivado o abuso do direito de informar”.

O que importa é que nenhum direito fundamental é maior que o outro, quando seus titulares se encontram em situação de colisão. Nem o direito fundamental, nem o princípio que o tutela. Daí a dificuldade da solução do conflito. No modelo tradicional de subsunção, verifica-se simplesmente se a situação concreta corresponde à hipótese normativa; em se verificando a correspondência, a norma, a única norma, incide e lhe imprime as consequências previstas. Duas normas jurídicas, pelo modelo da subsunção, não podem colidir: é uma ou outra. A única norma é ou não a matriz da subsunção da situação concreta: é o tudo ou nada.

Os direitos fundamentais têm seu destino vinculado, na quase totalidade das hipóteses, aos princípios, para os quais o modelo da subsunção é inadequado. São poucas as regras jurídicas constitucionais – por sua natureza, são dotadas de conteúdo determinado – que tutelam diretamente os direitos fundamentais. Veja-se o exemplo do art. 226 da Constituição. O *caput* encerra o princípio implícito da igualdade de direitos e deveres das entidades familiares. O § 5º consolida o princípio explícito da igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges. O § 6º, com a redação dada pela EC nº 66/2010, é regra que assegura o direito fundamental dos cônjuges de se divorciarem sem requisitos objetivos ou subjetivos prévios.

Ocorre que os direitos fundamentais dificilmente encerram-se em regras. Estas se abrem em interlocuções com os princípios, que lhe dão densidade e delimitam seu alcance. No exemplo do § 6º do art. 226 da Constituição, o breve enunciado da regra estabelece que os cônjuges são livres para desconstituírem o casamento (princípio da liberdade ou da autodeterminação), o que afasta a consequência que havia no direito anterior de responsabilidade pela culpa dessa desconstituição. Apenas se lhe pode atribuir a consequência pela extinção do casamento e de seus consectários, como os deveres que a lei determina aos cônjuges, de modo paritário. Nessa hipótese – divórcio – a colisão de direitos fundamentais é aparente, pois o direito de constituir família pelo casamento (também abrigado pelo princípio da liberdade) não pode impedir o exercício do direito de desconstituí-la pelo divórcio.

A necessidade de superação da colisão apenas se impõe quando o confronto de direitos fundamentais é real e não aparente. No exemplo citado da submissão forçada ao exame de DNA, evidencia-se a colisão de direitos fundamentais: o direito ao conhe-

cimento da origem genética e o direito à intangibilidade do corpo humano. Ambos são direitos da personalidade, inerentes à pessoa humana, que despontam como espécies do gênero direitos fundamentais. A maioria do STF, que rejeitou a submissão forçada ao exame, buscou fundamento em princípios constitucionais como os da dignidade da pessoa humana, da intimidade, da integridade física e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer. A minoria do STF, igualmente, valeu-se do princípio da dignidade da pessoa humana, não enxergando violação da intangibilidade do corpo. A concepção prevalecente da maioria foi a de que a intangibilidade do corpo não pode sofrer qualquer violação, inclusive quando determinada por agente estatal (o juiz); a concepção da minoria é que seria irrelevante a tangibilidade pela obtenção de pequenas porções de material genético, ou seja, o sacrifício seria pequeno (um dos votos chega a denominá-lo de risível), em prol do resultado pretendido. Independentemente do apoio a uma ou outra orientação, o que interessa para o fim desta exposição é que o voto majoritário conferiu mais peso à dignidade da pessoa humana do réu do que às das autoras, ante o caso concreto.

Vê-se, pois, que não há, na aplicação dos princípios e da colisão dos direitos fundamentais, uma única resposta para a decisão judicial, porque esta é determinada pelas circunstâncias que cercam o caso concreto. Um direito fundamental não é mais nem menos superior ao outro. São iguais. Quando colidem, a situação concreta permite identificar qual deve prevalecer, pela ponderação dos valores e interesses. De certa forma, a força atual dos princípios e a perplexidade da colisão de direitos fundamentais entre particulares recuperam a sabedoria dos antigos, seja da prudência tópica dos romanos, seja da justiça pela equidade dos gregos.

Assim, não há, *prima facie*, prevalência de qualquer princípio sobre outro, ou de um direito fundamental sobre outro. A operação hermenêutica dos princípios, na hipótese de colisão, é muito mais exigente da aplicação da ponderação ou do balanceamento dos valores ou interesses emergentes da situação concreta. A decisão apenas diz respeito à situação concreta, que é entendida como singular e irrepetível. Por isso, a decisão, no que respeita à sua configuração material, não pode servir de precedente valioso para outra situação fática, que pode ter solução completamente diferente. O que serve como precedentes são os fundamentos e argumentos utilizados para a incidência do princípio, desconsiderando-se as circunstâncias que envolveram a situação concreta.

6 COLISÃO COM DEVERES FUNDAMENTAIS

Vivemos ainda a era da afirmação dos direitos fundamentais, notadamente pelas múltiplas dimensões que vêm apresentando desde quando foram recepcionados pelas constituições dos países democráticos. Cogita-se, além dos clássicos direitos funda-

mentais individuais (liberdades públicas), de direitos fundamentais sociais (direitos de solidariedade) e de direitos fundamentais transindividuais, que superam a pertinência ao titular individual (como os direitos ao meio ambiente). Essas novas dimensões dos direitos fundamentais, diferentemente da clássica, puseram no mesmo patamar os deveres fundamentais correspondentes. Antes, o único devedor era o Estado. Agora, todos nós somos devedores reciprocamente, não apenas como indivíduos, mas como integrante de grupos determinados ou indeterminados.

A Constituição, no art. 225, estabelece que *todos* têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, mas *todos* são responsáveis por sua proteção, incluindo o Estado e a coletividade. As atuais gerações são devedoras dessa proteção em face dos titulares dos direitos, que são as futuras gerações, ou seja, grupo indeterminado de pessoas que ainda não existem. São titulares pessoas não existentes, o que converte as pessoas existentes em titulares, cada uma em face da outra, e devedoras recíprocas, umas em relação às outras, além de devedoras em relação às não existentes. A concepção de sujeito futuro, mas já titular de direito, é uma revolução copernicana.

A Constituição, no que respeita às relações estritamente familiares, também imputa deveres fundamentais ao Estado, à sociedade e à família. Para o direito atual, o Estado é pessoa jurídica, a sociedade é coletividade indeterminada e a família é entidade não personificada. Os três são grupos sociais integrados por pessoas. O integrante da família, em virtude dessa específica circunstância, é titular de direitos fundamentais oponíveis a qualquer um desses grupos, inclusive à própria família, que surgem com devedores. Não são pessoas determinadas que são devedoras, mas o Estado, a sociedade e a família, enquanto tais. Os grupos não são titulares de direitos fundamentais, mas apenas de deveres fundamentais. Cogita-se de dimensão objetiva dos direitos fundamentais em virtude da responsabilidade comunitária dos indivíduos.

O conceito de família, como sujeito de deveres fundamentais, é expandido para além da família nuclear, principalmente quando o titular dos direitos fundamentais é qualificado como pessoa vulnerável. O art. 227 da Constituição estabelece que é dever da família assegurar à criança e ao adolescente os direitos fundamentais que elenca, considerados necessários à sua formação e à garantia de sua dignidade. O art. 230, por seu turno, estabelece que é dever da família amparar as pessoas idosas, defender suas dignidades e garantir-lhes o direito à vida. Os direitos dessas pessoas vulneráveis não dependem da existência real de convivência familiar, bastando a relação de parentesco. Os parentes não podem opor seus próprios direitos fundamentais, pois, nessas circunstâncias, prevalecem os deveres fundamentais.

7 CASOS EXEMPLARES

No âmbito do direito de família, três situações podem ser consideradas exemplares de colisão de direitos fundamentais, dentre os casos julgados pelo STF e pelo STJ: o do exame forçado de DNA, já comentado, o da penhorabilidade do bem de família do fiador e os da filiação socioafetiva.

No RE 407.688, a maioria do STF decidiu que não há impedimento para a penhora do bem de família de fiadores nos contratos de locação, por não lhe parecer sólida a alegação, sustentada pela minoria, de violação do direito constitucional à moradia (art. 6º da Constituição) e do princípio da dignidade da pessoa humana, que não se sujeitam à lógica do mercado. Prevaleceu o princípio da autonomia privada do fiador e de que o direito à moradia não é direito subjetivo oponível diretamente, mas “direito a prestações”, dependente de atividade mediadora dos poderes públicos, pouco importando que o fiador e sua família sejam desalojados de sua moradia, para satisfação do direito do crédito. Alegou-se, ainda, como razão de decidir, evitar-se o prejuízo que adviria para a oferta de imóveis para locação. Nesse caso, o princípio da razoabilidade, reconhecidamente admitido pelo STF como implícito na Constituição, não foi mencionado, o que poderia fortalecer a orientação da minoria, pois, além da fiança, a lei brasileira admite outras garantias do crédito do locador, ou seja, o seguro de fiança locatícia, a cessão fiduciária de fundos de investimento e a caução de bens móveis, de bens imóveis ou de dinheiro depositada em caderneta de poupança vinculada. A crítica da ponderação feita pelo STF não desmerece, contudo, a importância e a excelência desse método para a superação da colisão de direitos fundamentais.

Em diversas decisões, o STJ foi sistematizando os requisitos para a primazia da socioafetividade nas relações de família, notadamente na filiação, em situações em que a origem genética era posta como fundamento para desconstituir paternidades ou maternidades já consolidadas. O tribunal acolheu a doutrina familiarista que se desenvolveu nos últimos anos, que realça o papel fundamental da afetividade e a natureza cultural do parentesco. Nesses pleitos, subjaz o interesse eminentemente patrimonial, máxime em relação à sucessão hereditária do pretendido genitor biológico, às expensas das histórias de vida das pessoas envolvidas e dos estados de filiação consolidados no tempo. Nos REsp 932.692, 1.067.438, 1.088.157 os critérios utilizados pelo tribunal correspondem aos que se encontram difundidos pela doutrina especializada brasileira: em primeiro lugar, abandona-se a exclusividade da fundamentação biológica da filiação; em segundo lugar, a verdade socioafetiva tem tanta importância quanto a verdade biológica; em terceiro lugar, não se pode destruir o estado de filiação, constituído na convivência familiar duradoura, em prol da origem biológica; em quarto lugar, não há vício de consentimento em quem registra conscientemente uma pessoa como seu filho, até porque a lei não exige a origem biológica para fins de registro. Nos casos concretos,

esses critérios puderam ser utilizados como essenciais para a ponderação e decisão, ante a colisão de direitos fundamentais, tanto dos que pretendiam a desconstituição das relações de filiação hauridas da convivência familiar duradoura quanto dos que pugnaram por sua preservação. Às vezes, todavia, a consideração do caso concreto forja outra ponderação, apontando-se para o prevalecimento da origem biológica, notadamente quando não se prova que houve convivência familiar duradoura, apesar da paternidade ou maternidade contidas no registro civil.

8 PREVENINDO A COLISÃO: O PAPEL DO LEGISLADOR

A colisão de direitos fundamentais nas relações familiares pode ser evitada quando o legislador antecipa-se ao conflito e estabelece modelos de regulação que correspondam aos valores da sociedade, o que simplifica a delicada operação hermenêutica da ponderação.

A atuação preventiva do legislador configura-se na definição mais clara dos elementos de exercício dos direitos fundamentais. Não compete ao legislador infraconstitucional criar novos direitos fundamentais, mas torná-los exequíveis, estabelecendo os deveres fundamentais correspondentes. Essa atuação não evita a eventual colisão, porque os direitos fundamentais constitucionalmente implícitos ou explícitos são plasmados em cada momento histórico e de acordo com os valores sociais. Mas, certamente, a lei contribui para maior determinação de seu conteúdo, reduzindo o potencial de conflito, que sua natural textura indeterminada provoca. Alguns exemplos de adequação ou inadequação da legislação brasileira sobre direito de família são esclarecedores:

a) A Lei nº 12.398, de 2011, assegurou aos avós o direito fundamental de convivência com seus netos, quando negado pelos pais ou por um deles, que detenha a guarda. Havia decisões judiciais que inauguraram essa possibilidade, mas a incerteza era constante. A tormentosa evolução do direito de visita para o direito de convivência esgotava-se na relação entre pais e filhos, reduzindo-se à família nuclear. A convivência dos netos com os avós era tida como concessão dos pais, mas não como legítimo direito dos avós. Os direitos à convivência entre avós e netos consistem em direitos fundamentais de ambos, que não podem ser suprimidos pelos iguais direitos dos pais. As decisões dos tribunais e do legislador foram iluminadas pela afirmação crescente do princípio do melhor interesse da criança.

b) A Lei nº 12.344, de 2010, elevou para setenta anos a idade máxima do nubente para escolher livremente o regime de bens matrimoniais. A partir dessa idade a lei impõe o regime de separação de bens. A elevação da idade, todavia, não afastou a inconstitucionalidade da norma do Código Civil reformada pela lei, porque persiste

o defeito de origem de redução do direito do idoso, que colide com a dignidade da pessoa humana e com a liberdade de escolha de pessoa capaz. A lei mitigou a violação a esses princípios constitucionais, mas a manteve, obstando o exercício dos direitos fundamentais consequentes.

c) O art. 1.595 do Código Civil estabelece que o parentesco por afinidade na linha reta não se extingue com a dissolução do casamento ou da união estável. O parentesco por afinidade que se instaura entre o padrasto ou a madrasta com seus enteados é inextinguível, a demonstrar que os direitos de convivência entre eles não se asseguram em harmonia com os mesmos direitos dos pais separados. Não pode haver colisão, mas compartilhamento do direito à convivência, no melhor interesse da criança ou adolescente.

d) O art. 1.634, VII, do Código Civil estabelece que, no exercício do poder familiar, os pais podem exigir dos filhos os “serviços próprios de sua idade e condição”. Para que não haja colisão dessa regra com o princípio da dignidade da pessoa humana dos filhos, impõe-se interpretação conforme, admitindo-se apenas situações de colaboração nos serviços domésticos, sem fins econômicos, e desde que não prejudique a formação e educação dos filhos, mas nunca para transformá-los em trabalhadores precoces.

ALIMENTOS GRAVÍDICOS, TRANSITÓRIOS E COMPENSATÓRIOS – BREVES CONSIDERAÇÕES DE UMA VISÃO PRÁTICA

*Raduan Miguel Filho**

SUMÁRIO: Introdução. 1 Família Contemporânea entre o Público e o Privado. 2 Alimentos Gravídicos – um Novo Colorido. 3 Necessidades Prementes, Despesas Adicionais e o Princípio da Assistência Integral à Gestante. 4 O Direito da Gestante e a Proteção a Termo. 5 Alimentos Gravídicos e a Paternidade Responsável e Obrigação Avoenga. 6 O Início da Obrigação Alimentar à Gestante. 7 A Prova – Índícios da Paternidade e Convencimento do Juiz. 8 Alimentos Gravídicos – Transitórios e Definitivos. 9 Construção Pretoriana e Considerações Finais.

INTRODUÇÃO

Primeiro quero manifestar minha alegria de estar novamente neste belíssimo horizonte das Minas Gerais, e no evento que já se consagrou no Brasil como ícone das discussões das relações parentais e afetivas, a que denominamos Direito das Famílias.

Nestes eventos realizados sob a marca do IBDFAM, os Congressos Brasileiros de Direito de Família, que Minas Gerais tradicionalmente vêm sediando desde 1997, quando foi lançada a célula embrionária do Instituto Brasileiro de Direito de Família, por contemplar e trazer à discussão relevantes temas desse Direito, têm permitido uma constante evolução na Família Brasileira, em suas várias formas e modos de vê-la e interpretá-la.

1 FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO

Falemos da contemporaneidade da família, que hoje, tema deste VIII Congresso, tramita entre o público e o privado, ancorada no indissociável princípio da

* Desembargador do Tribunal de Justiça de Rondônia; Mestre em Poder Judiciário pela Fundação Getulio Vargas – Rio de Janeiro; Membro fundador do Instituto Brasileiro de Direito de Família; Presidente do IBDFAM – Rondônia; Vice Presidente da AMB – Associação dos Magistrados Brasileiros; Professor Universitário.

dignidade da pessoa humana contemplado no art. 1º da Constituição da República Federativa do Brasil.

As relações entre as pessoas, na atualidade, têm se revelado e marcado por realidades econômicas díspares e injustas entre elas, impondo às famílias, ou a seus segmentos, o enfrentamento de necessidades básicas e concretas, na busca de seus legítimos interesses.

Na satisfação dos interesses privados dos membros da sociedade, é princípio de direito a utilização do Estado, na atividade pública como mecanismo da realização da jurisdição, pois vedado a chamada justiça pelas próprias mãos. Nessa situação, surge a função de proteção do Estado, emergindo métodos e mecanismos para promover a justiça, e assegurar a dignidade da pessoa humana, resultando uma sociedade mais justa.

E para que tenhamos uma sociedade justa é imperativo que também tenhamos um Estado justo.

As leis normalmente são resultado dos clamores da sociedade. Mas não basta a existência das leis. Necessário a intervenção do Estado para assegurar a fiel e justa aplicação dessa lei.

Veja aí, então, a inter-relação entre o público e o privado, a necessidade do cidadão com o Estado contemplando e assegurando seu direito.

Nessa contemplação de direitos para a realização concreta das necessidades básicas, surgem as interpretações, pelos entes e agentes estatais do direito.

Dessa relação necessária entre o público e o privado, entre o Estado e o Cidadão, entre o sujeito e seu direito, podem surgir inferências e ingerências nas intimidades ou afetividades das pessoas, indagações ou respostas, cujos resultados dão ensejo à consolidação do direito, tornando-o justo ou injusto, com reflexos nas relações familiares, legitimando ou não as desigualdades entre os membros e entre as entidades familiares.

2 ALIMENTOS GRAVÍDICOS – UM NOVO COLORIDO

O assunto que nos propomos a comentar, denominado Alimentos Gravídicos, atualmente contemplado na Lei nº 11.804/08 outrora assunto de difícil compreensão, na atualidade tornou-se corriqueiro.

É importante registrar que muito tempo antes da edição dessa norma, alguns tribunais brasileiros já tiveram a coragem jurídica de assegurar às gestantes, abandonadas pelos maridos, companheiros ou namorados, durante o abençoado período de

gestação, direitos para que tivessem uma gravidez com certa dignidade e condições materiais.

Certo é que o Projeto de Lei que resultou na referida Lei recebeu inúmeras críticas porquanto criava ele situações de desestímulo e de disparidade entre a gestante e o provável pai do nascituro, tornando-a excessivamente protetiva em relação ao réu, modificavam o foro de competência fixando no domicílio do réu quando o Código de Processo Civil já concede foro privilegiado ao credor de alimentos, e outras incongruências que, graças às ingerências contundente, inclusive do IBDFAM, resultaram no veto presidencial a seis artigos do referido projeto.

É claro que não podemos negar os avanços que o direito teve com a edição da Lei dos Alimentos Gravídicos (nº 11.804/08). Primeiro pela discussão acalorada que deu ela ensejo durante a tramitação do seu projeto no Congresso Nacional. Fez a nação tomar conhecimento desses direitos e sensibilizou jurista e julgadores em todo o país. Maria Berenice Dias afirma que “os alimentos gravídicos vem referendar a moderna concepção das relações parentais que, cada vez com um colorido mais intenso, busca resgatar a responsabilidade paterna”¹.

Repito, sabemos que não trouxe esse diploma legal nenhuma grande novidade ao Direito Brasileiro, pois como já dito, baseando-se no “princípio da dignidade da pessoa humana”, muitos tribunais pátrios já reconheciam o direito do nascituro e das gestantes. É certo também que essas decisões, sempre acanhadas e inovadoras, porque a lei em vigor sempre exigia a prova do parentesco.

Aliás, o Brasil sempre demonstrou uma grande e incomensurável tendência de, acanhadamente, proteger o nascituro desde a promulgação da Lei do Ventre Livre em 1871. O Código Civil de 1916, apenas para ilustrar, também, em vários momentos, contempla a proteção do direito dos nascituros, como podemos encontrar quando falava da curatela dos nascituros (art. 468), capacidade de adquirir por testamento (art. 1.178), e outros.

3 NECESSIDADES PREMENTES, DESPESAS ADICIONAIS E O PRINCÍPIO DA ASSISTÊNCIA INTEGRAL À GESTANTE

Nossa abordagem ao assunto, muito mais prática do que teórica ou crítica, é trazer uma visão dos tribunais que vivenciam diuturnamente as agruras do cotidiano doméstico. É também contemplar a interpretação jurídica da norma, num aspecto inclusive processual e dentro das necessidades dos cidadãos, corrigindo eventuais dis-

1 In: Alimentos Gravídicos? Disponível em: <www.lfg.com.br>. Acesso em: 28.07.08.

torções sociais e econômicas, atribuindo o verdadeiro cunho social a que se destinam as leis e, claro, sem a pretensão de esgotar saboroso tema.

Assim, desnecessário trazeremos à balha definições doutrinárias a respeito de embrião, feto, nascituro, gestante, pois o assunto certamente é por demais conhecido, e veja, nunca perdendo o foco de que a lei em comento contempla direitos de alimentos para a mulher gestante, como expresso em seu art. 1º, e falando do filho apenas quando contempla a conversão dos alimentos gravídicos em pensão alimentícia, porém, após o seu nascimento com vida, o que veremos em outra oportunidade. Porém, deixemos certo que “nascituro” é a designação jurídica para o ente que já foi concebido, porém, por estar em gestação, ainda não nasceu.

Anoto que, com claro e evidente intuito de evitar discussões desnecessárias aos interesses dos envolvidos que clamam por imediatas providências do Estado, preferiu a norma legal em referência, abandonar referências às clássicas teorias sobre o início da personalidade civil do ser humano, e contemplar à mãe, mulher gestante, o direito aos alimentos gravídicos, como elemento meio de, ao se permitir assistência integral a ela, proporcionar ao nascituro como o beneficiário fim, condições aptas e favoráveis de nascer com dignidade. Não apenas nascer, mas primordialmente nascer com dignidade.

Percebe-se, pois, da leitura dos artigos que passaram a vigor com a Lei nº 11.804, que a preocupação do legislador, embora afirme de forma contrária, foi tutelar a criança que está no ventre materno, ou seja, o nascituro, porquanto os ônus pecuniários e morais advindos de todo o período compreendido de gestação não se esvai com parto, ainda que não ocorra nascimento com vida. Temos conhecimento, do trato diuturno de situações semelhantes, que a mulher grávida enfrenta toda sorte de situações decorrentes do seu estado de gravidez, não só de natureza moral, mas ônus financeiros relevantes e extraordinários impostos pela especial condição do estado de gestante.

Abro parêntese para anotar que o Estado-Juiz deve estar atento nestas questões peculiares e especiais quando, ao fixar os chamados alimentos gravídicos em favor da mãe, considerar que nestes momentos os ônus e gastos são anormais, ou seja, extraordinariamente superiores ao que normalmente despenderia a mãe para criar seu filho; como assegura a lei, em seu art. 2º, para fazer frente às despesas que consideramos extraordinárias, e elencadas exemplificativamente (alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, além de outras que o juiz considere pertinentes), é bastante claro o comando legal para o aplicador da norma que, ao analisar o pedido inicial, deva o Juiz considerar, ao fixar o seu valor, ser a necessidade sensivelmente superior ao que se demandaria em situações normais.

Nesse particular, correto aqueles que buscam para esses casos a fixação de alimentos em percentual mais elevado ao que o juiz normalmente fixaria em favor de uma criança ou até de um recém-nascido, porquanto as necessidades do nascituro, além de especiais são muito mais amplas, abrangendo o bem-estar moral e material da mãe, gestante.

Porém, os critérios a nortear o magistrado devem ser apreciados com moderação e muito bom-senso, visando evitar atitudes com claro viés penalizador ao abandono sofrido pela gestante. Nesse sentido tem caminhado a jurisprudência ao confirmar entendimento de que “*os alimentos devem ser fixados de acordo com o padrão de vida do nascituro*”², evitando a ocorrência e cometimento de abusos para que a gestação seja acompanhada, por exemplo, em hospitais ou por médicos de alto custo, indo muito além das condições sociais e financeiras da mãe, em evidente demonstração de oportunismo.

4 O DIREITO DA GESTANTE E A PROTEÇÃO A TERMO

Assunto também relevante e que tem despertado alguma discussão, é exatamente o comando do primeiro artigo da lei de alimentos gravídicos, que é taxativa ao disciplinar “o direito de alimentos da mulher gestante e a forma como será exercido”.

Aparentemente não se vê conflito ou divergência, mas percebe-se que o legislador pretendeu fixar um período para o direito a ser postulado, ou seja, enquanto a mulher for gestante, nos levando ao raciocínio de que, terminada a gestação, isto é, após o nascimento do filho, não pode a mulher postular alimentos gravídicos retroativos ao período em que esteve grávida e gestante, pois a jurisprudência tem caminhado para considerar “inadmissível o pedido de alimentos gravídicos após o nascimento do menor, para retroagir à gestação. Segundo o art. 2º da supracitada Lei nº 11.804/08, alimentos gravídicos dizem com a condição de grávida da mãe do nascituro e os gastos inerentes ao período gestacional, não podendo ser confundidos com alimentos em favor de filho menor. Tendo a criança nascido no curso da ação, não é possível a transformação em “ação de alimentos, por economia processual”, já que essa depende de ser intentada pelo menor, enquanto a de alimentos gravídicos era da genitora, com outra causa de pedir e outras provas”³.

2 TJSJ, AI 110.901-4/4.

3 TJRS, Ap. Cível 70035118975, em 13.04.2011.

5 ALIMENTOS GRAVÍDICOS E A PATERNIDADE RESPONSÁVEL E OBRIGAÇÃO AVOENGA

Oportuno lembrar que, quase sempre, a busca dos direitos e princípios assegurados pela Lei nº 11.804 dá-se em razão de uma relação que leva à consequência de uma paternidade irresponsável. Digo paternidade na utilização de uma concepção ampla do termo, referindo-me aos pais, pois a irresponsabilidade não é praticada apenas pelo pai, muito embora na prática seja a ele atribuída a maior parcela de (ir) responsabilidade, mas à mãe também se atribui atitudes irresponsáveis quando engravida ciente de um relacionamento leviano, passageiro, inconsequente e fruto de deleite momentâneo.

Nestas situações, a irresponsabilidade do pai é ainda maior e a que traz consequências mais danosas, pois muitos casos não o têm sequer condições materiais de se manter, já vivendo à custa da família. Tem-se assim, aqui, presente a obrigação avoenga, sendo, pois imperativo a responsabilização dos pretensos avôs paternos, pois, quando a lei atribui a responsabilidade das despesas que deverá ser custeada pelo futuro pai (parágrafo único do art. 2º da Lei nº 11.804), não excluiu a responsabilidade dos avôs diante da evidente incapacidade do pai, permitindo assim que “os alimentos provisórios do nascituro podem ser subsidiariamente impostos ao avô, que não comprovou a possibilidade financeira do filho – suposto pai do nascituro”⁴.

Na questão em comento, para permanecer a obrigação avoenga, é imprescindível o cuidado com a prova e demonstração de “que o suposto genitor não tenha capacidade financeira para suportar os alimentos gravídicos”⁵.

6 O INÍCIO DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR À GESTANTE

Outra aparente fonte de divergência da jurisprudência é apurar o termo inicial da obrigação dos alimentos gravídicos. No projeto da lei referida constou do vetado art. 9º que os alimentos seriam devidos a partir da citação. Essa regra, embora não constante da indigitada lei, é a que impõe o Código de Processo Civil e a Lei de Alimentos (nº 5.478/68).

Divergências ao assunto aparecem sustentando que, diante da especialização da norma, estes alimentos têm por finalidade “cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam delas decorrentes, da concepção ao parto (...)”; daí extrai-se o entendimento de que, esse termo inicial ocorra mesmo antes do ajuizamento da ação, ou seja, desde a concepção, muito embora nossos tribunais, capitaneados pelo

4 TJSP, AI 665.413-4/0-00.

5 TJSP, AI 994.09.332008-5.

STJ – Superior Tribunal de Justiça, mantenham o entendimento já cristalizado de que “na ação de alimentos, ainda que não submetida ao procedimento da Lei nº 5.478/68, serão eles devidos a partir da citação”⁶.

Aliás, esse é o comando expresso do contido no § 2º do art. 13 da Lei nº 5.478/68 de pertinente aplicação em face do que dispõe o art. 11 da Lei nº 11.804/08. E se o juiz, aplicador da lei, perceber a ocorrência de atos protelatórios por parte do devedor para ser citado poderá, fundamentadamente, modificar essa interpretação, com vista a garantir uma maior proteção aos envolvidos na lide.

7 A PROVA – INDÍCIOS DA PATERNIDADE E CONVENCIMENTO DO JUIZ

Não menos oportuno registrar que, ainda que irrepetíveis os alimentos fixados, se algum equívoco porventura vier a se manifestar, poderá ser reparado pelo suposto pai, buscando os valores despendidos junto ao verdadeiro pai.

Nesse particular assunto saliento que no art. 6º da mencionada lei autoriza o magistrado fixar alimentos gravídicos segundo o seu convencimento e prudente arbítrio baseado na “existência de indícios da paternidade”. Não se fala em prova robusta e incontestada, mas em prova indiciária da paternidade. A prova verossímil de exame pericial pretendida pelo vetado artigo⁷ que continha no projeto, com muita propriedade cedeu lugar a dois elementos a serem considerados no momento inicial para a fixação dos alimentos gravídicos: (a) indícios da paternidade e (b) o convencimento do juiz dessa paternidade. Nas razões do veto ao art. 8º, a Presidência da República consignou que “o dispositivo condiciona a sentença de procedência à realização de exame pericial, medida que destoava da sistemática processual atualmente existente, onde a perícia não é colocada como condição para a procedência da demanda, mas sim como elemento de prova necessário sempre que ausentes outros elementos comprobatórios da situação jurídica objeto da controvérsia”.

Outro ponto de crucial importância e digno de registro nestas apertadas linhas diz respeito à questão eminentemente processual em confronto com o direito material.

Refiro-me à prova acerca da apontada paternidade. Trata-se de elemento de suma importância para o deslinde da questão e que, mal conduzida, leva ao desacolhimento e improcedência do pedido inicial. É assente na doutrina e jurisprudência que “em se tratando de ação de alimentos gravídicos, imperioso que a demanda esteja instruída com elementos de prova que conduzam à reclamada paternidade;

6 STJ – 3ª Turma: RJ 184/43.

7 Art. 8º da Lei nº 11.804: “Havendo oposição à paternidade, a procedência do pedido do autor dependerá da realização de exame pericial”.

na ausência de qualquer prova acerca da apontada paternidade, inviável a fixação de alimentos provisórios”⁸.

As relações entre a gestante e o possível pai certamente que ocorrem na mais íntima convivência. E se a produção dessa prova é imprescindível para as ações em que se postulam os alimentos gravídicos, é também muito comum o juiz encontrar-se diante de um paradoxo a ser suplantado, pois se vislumbra a necessidade de fixação imediata e, ainda que em caráter provisório, dos alimentos pretendidos sob pena de tornar-se inócua e de nenhum efeito a pretensão da mãe, que está na premência de sua necessidade alimentar na forma do enunciado no art. 2º da lei de alimentos gravídicos.

E o paradoxo a que me refiro tem do outro lado a prova da paternidade para fins de fixação dos alimentos gravídicos provisórios, geralmente franciscana, frágil, delicada, e muito fraca. Nesse estágio de valoração da prova apresentada pela interessada, deve o magistrado estar atento a elementos de convencimento e socorrer-se de princípios insculpidos no Direito Processual, aplicando as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente ocorre⁹, pois o que vemos no dia a dia e nos “ensinam as regras de experiência, são percentualmente insignificantes os casos em que uma ação investigatória de paternidade resulta improcedente, o que confere credibilidade, em geral, à palavra da mulher, na indicação de seu filho”¹⁰.

As situações contempladas pela lei já traz circunstâncias de difícil comprovação; difícil para a mãe, de plano, demonstrar os elementos exigidos pela lei e que o filho que carrega é efetivamente da pessoa a quem ela aponta como sendo o pai. Nestas situações, repito, é imperativo que o juiz, ao analisar o pedido de alimentos, seja flexível a certas exigências que normalmente possua em casos de alimentos, pois a peculiaridade da questão permite e exige olhares diferentes, sendo deveras razoável impor ao suposto pai um dever provisório para garantir um melhor desenvolvimento do nascituro.

Certamente que a flexibilização que me refiro não ampara o pedido sem nenhum elemento de prova para o deferimento de alimentos gravídicos em sede de provisórios ou não. A prova é sempre necessária e exigível, até para se evitar pedidos imbuídos de má-fé; o que a lei flexibiliza é a prova verossímil, quando cede lugar para a prova indiciária, que é aquela composta de variados fragmentos que isoladamente nada dizem, mas em conjunto levam o intérprete da lei ao convencimento, ou não, de determinada situação. É sempre importante ter em consideração que “a Lei nº 11.804/08, ao condicionar a concessão de liminar à existência de indícios de paternidade, flexibilizou a ideia de verossimilhança, mas manteve presente a necessidade

8 TJRS, AI 70043072974, em 24.08.2011.

9 Art. 335 do CPC.

10 TJRS, AI 70043709161 em 01.09.2011.

de prova mínima, como cartas, depoimento em audiência prévia, declarações, etc.”¹¹, sendo deveras necessária a presença de prova mínima para o acolhimento do pleito.

8 ALIMENTOS GRAVÍDICOS – TRANSITÓRIOS E DEFINITIVOS

Por serem destinados a cobrir despesas tidas por adicionais de gravidez e dela decorrentes, em período abrangido da concepção ao parto é que a doutrina e a jurisprudência têm insistido no caráter transitório dos alimentos gravídicos previstos na Lei nº 11.804.

Não só o gravídico reveste-se desse caráter de transitoriedade, característico dos alimentos concedidos a termo certo, e que não necessitam de procedimento revisional com vistas a modificá-lo, reduzindo, majorando ou exonerando¹². Assim, o que diferencia os alimentos transitórios dos alimentos definitivamente fixados é que o primeiro é sempre por período certo e definido na sentença ou acordo, contemplando condição resolutiva que faz não necessitar de ato judicial posterior declarando essa condição; ou seja, resolve-se por si só. Já os alimentos fixados em definitivo, e por considerar que “a decisão judicial sobre alimentos não transita em julgado e pode a qualquer tempo ser revista, em face da modificação da situação financeira dos interessados”¹³, faz imperativo a intervenção do Estado-Juiz para modificar a decisão judicial que instituiu a obrigação alimentar.

Entretanto, especificamente aos alimentos gravídicos, por haver uma lei especial tratando do assunto, deve ela prevalecer aos preceitos gerais, e, nesse caso, salvo determinação especial na decisão judicial impondo tempo ou condição resolutiva, não vejo possível a ocorrência de transitoriedade na forma que já referi, porquanto o parágrafo único do art. 6º da Lei nº 11.804 é expresso quando, constatado o nascimento com vida do filho da então gestante, converte os alimentos gravídicos em pensão alimentícia em favor do menor, até que uma das partes solicite a sua revisão.

Veja então que não fica ele resolúvel ou condicionado ao nascimento, mas a própria lei o converte em pensão alimentícia, no aguardo de procedimento de revisão de uma das partes.

11 TJRJ, AI 0054853-08.2010.8.19.0000 em 19.04.2011.

12 Art. 1699 do CC.

13 Art. 15 da Lei nº 5.478/68 (L.A.).

9 CONSTRUÇÃO PRETORIANA E CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora deixe transparecer aspectos polêmicos e tormentosos, o aplicador do direito não deve temer e perder a oportunidade de manter vivo o cunho social da norma, ao resgatar o amparo à mulher grávida e ao filho que carrega em seu ventre, mesmo diante de frágeis indícios de paternidade.

A evolução do direito e das normas sociais reclama o abandono de algumas formas tradicionais de solucionar conflitos e litígios, homenageando a eficácia do sistema.

A CRISE CONJUGAL E O COLAPSO DOS ATUAIS MODELOS DE REGIME DE BENS

*Rolf Madaleno**

RESUMO: A instituição do matrimônio e da união estável são entidades que, efetivamente, não se encontram em crise e tampouco estão fadadas à extinção. A natureza gregária do homem é essencial ao desenvolvimento da sociedade. No entanto, a nova escora da sociedade afetiva está sustentada em relação de independência financeira e solidariedade familiar, que não mais absorve os vigentes regimes patrimoniais que inquietam cônjuges e conviventes, que buscam novas formulações materiais para o casamento e para a união estável, no propósito de minimizar fraudes e hercúleos esforços oriundos de intrincados planejamentos sucessórios. Acompanhar os primeiros passos desta importante caminhada pela evolução é a intenção deste texto.

SUMÁRIO: 1 A Crise Conjugal. 2 A Convulsão Econômica do Casamento. 3 Do Público ao Privado nas Relações Afetivas. 4 A Finalidade do Regime de Bens. 5 Modelos Vigentes de Regimes Matrimoniais. 6 O Fracasso do Regime da Participação Final nos Aquestos. 7 Pactos Patrimoniais. 8 O Impacto dos Pactos. 9 O Regime da Separação de Bens. 10 Novas Famílias e Novos Regimes de Bens. 11 Regime da Comunhão Proporcional de Bens. 12 Regime de Bens Familiares. 13 Pactos sobre Direitos Sucessórios. 14 Da Conversão do Casamento em União Estável. 15 Sanção por Fraude – Disfarce, Ocultação ou Simulação de Bens. 16 Bibliografia.

1 A CRISE CONJUGAL

Muito se fala da atual crise do matrimônio e dos restritos modelos constitucionais de entidades familiares. Para tentar justificar o fracasso das tradicionais estruturas familiares de união afetiva e conjugal são apontadas estatísticas relacionadas com as bruscas quedas de taxas de casamentos oficiais, com a curta duração dos enlaces conjugais, com a severa redução da sua função de procriação, e nessa direção apontam os baixos índices de natalidade, isto para não acrescentar a vinda cada vez mais tardia dos filhos. Apontam os estudiosos, como evidência, adicional da decadência

* Advogado e Professor de Direito de Família na Graduação e Pós-Graduação da PUCRS; Mestre em Processo Civil pela PUCRS; Diretor Nacional do IBDFAM.

da família tradicional, o uso crescente das técnicas de contracepção, isto para não falar dos abortos clandestinos, ou de abandonos de crianças recém-nascidas, tudo trazido como parte do efeito que reflete uma consciência coletiva de frustração da população¹ e o resultado social irreversível desta inevitável deficiência do arquétipo matrimonial. As mudanças são visíveis e pontuais, sendo incontestável deparar com o patente declínio da antiga proteção da lei para com a família do casamento civil e religioso, práticas de uma tradição cultural. Fatores conhecidos e repetidos movimentos sociais identificam as causas da crise da família, e não exclusivamente de um padrão nupcial construído abaixo da desigualdade, sob o poder unilateral do varão para o funcionamento interno da família.

Esta concepção de família se fazia credora de férrea proteção legal, herdando de geração a geração a cultura do casamento imorredouro e o princípio constitucional de ser a família o fundamento da sociedade. Para perpetuar a família no tempo era preciso fazer uso desmesurado de fórmulas capazes de conseguir travar qualquer movimento de libertação da mulher casada, cuja capacidade de dirigir o funcionamento externo da família a sociedade civil sempre tratou de lhe impor restrições, dentre elas a de não poder trabalhar fora de casa para garantir sua subsistência, salvo as raras exceções das profissionais do chamado avental branco (professoras, domésticas e enfermeiras). A própria proibição do divórcio e a extrema dificuldade de alcançar a separação judicial, mesmo consensual, diante de outras restrições enfrentadas pela mulher *desquitada*, se associam a outros fatores de constrangimento cultural, facilmente localizados pela ausência de efeitos jurídicos para o concubinato e a cruel desigualdade dos filhos nascidos fora do casamento.

Visando o êxito da política pública de durabilidade das relações conjugais, foi edificada uma legislação voltada para afiançar os efeitos econômicos do casamento, atribuindo-lhe uma visão pública, sendo o direito de família tratado como um direito indisponível, dependente da intervenção do Estado, que assim dotava as justas núpcias dos meios adequados para sua durabilidade.

No entanto, escreve Maria Olga Sánchez Martínez, aquela construção ideológica da família tradicional foi aos poucos cedendo espaço para uma pluralidade de modelos familiares, e neste leque de travas legais, como a desigualdade, a discriminação e a subordinação da mulher, os novos arranjos familiares não mais encontram respostas e adequação².

Na hora de identificar o germe do sublinhado fracasso da família matrimonial, o divórcio, ao lado da falta de maturidade psicológica, figuram como facilitadores de

1 VILADRICH, Pedro-Juan. *La agonía del matrimonio legal*. 5. ed. Navarra: Eunsa, 2010, p. 18.

2 MARTÍNEZ, Maria Olga Sánchez. *Igualdad sexual y diversidad familiar: La familia en crisis?* Madrid: UAH, 2010, p. 33.

redução dos vínculos de união conjugal. A união livre, por ser dispensada de qualquer formalidade jurídica ou social, também contribuiu significativamente, para o incremento do fracasso dos enlaces conjugais. Ainda são citadas como causas de queda do casamento as mudanças surgidas com a nova estrutura familiar, onde a desigualdade, discriminação e subordinação da esposa foram abolidas e a mulher foi buscar sua ascensão social e profissional. Em contrapartida, as mulheres da modernidade se viram obrigadas a reduzir, postergar e até rejeitar a maternidade para priorizarem seu trabalho, como projeto e execução da sua independência financeira, e uma seqüela natural da constitucionalizada igualdade dos gêneros sexuais.

Ainda segundo Maria Olga Sánchez Martínez, a família tradicional sofre uma revisão profunda e reconsidera sua identidade diante da crise do matrimônio, que impunha trancas ao desenvolvimento da personalidade de parte de seus membros³, cuidando a legislação constitucional e civil da maioria dos povos de conferir o devido descanso à figura do guerreiro varão, representado por aquele esposo que depois de uma dura jornada de trabalho encontrava em casa uma complacente e carinhosa esposa e mãe⁴.

Verdadeiramente, o modelo tradicional de família não se encontra em crise, mas em processo de revisão, pois como diz A. J. Pérez Martín, as coisas já não são como antigamente, do tempo em que as histórias infantis finalizavam com seus personagens centrais casando e tendo muitos filhos, devendo os novos contos infantis reformular seu desfecho, para agora escreverem que nem sempre os personagens se casam, e que hoje em dia eles têm em média dois filhos e com frequência logo se separam⁵.

Para Pedro-Juan Viladrich, a atividade crítica é uma manifestação normalmente exercitada pelo homem, por este ser dotado de razão e de vontade, sendo a crise uma constante da humanidade e das relações humanas, nada existindo em realidade, no casamento, que já não tenha sido alvo de críticas no passado. Fosse o matrimônio visto, por assim dizer, no “alambique da história da humanidade, perenemente crítica, o casamento e a família seriam a gota trabalhosamente destilada, fruto de mil crises, gota que, em comparação com outras fórmulas destiladas, resultou na mais pura delas”. Portanto, a crise do casamento não é prova de sua morte ou de sua inaptidão, mas tão só uma mostra precisa de sua vitalidade, por ser justamente na crise que o casa-

3 MARTÍNEZ, María Olga Sánchez. Ob. cit., p. 33.

4 GUTIÉRREZ, Vicente Guilarte. La necesidad de reformar el régimen económico matrimonial vigente en el derecho común. In: *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales*, Coord. MARTÍN-CALERO, Cristina Guilarte, Valladolid: Lex Nova, 2009, p. 27.

5 PÉREZ MARTÍN, A. J. Las cosas no son como eran. In: *Revista de Derecho de Familia*, n. 34, Valladolid: Lex Nova, jan-mar, 2007.

mento e a família se depuram daquelas aderências já mortificadas e daquelas práticas já degradadas, e assim, família e matrimônio se renovam como eterna fonte de vida⁶.

2 A CONVULSÃO ECONÔMICA DO CASAMENTO

Em tempos nem tão distantes de desigualdade nupcial, o matrimônio indissolúvel era a fórmula mais conveniente para uma mulher com escassas possibilidades de subsistência. Enquanto o casamento foi sustentado sobre uma base de profunda desigualdade entre seus componentes⁷, pertinente a afirmação de Maria Olga Sánchez Martínez, no sentido de a família se converter em uma escola da vida, onde a mulher aprende a atuar como a consciência do homem e a adoçar seu caráter, porque era assim que se completavam os cônjuges⁸, acostumando a mulher a se submeter à autoridade do marido. Era, e nessa ordem de valores que ordenava o art. 240 do Código Civil de 1916, com redação fornecida pela Lei nº 4.121/62 (Estatuto da Mulher Casada), ter de assumir a mulher, com o casamento, a condição de colaboradora dos encargos da família, cumprindo-lhe velar por sua direção material e moral.

Naquela época, a noção de casamento era representada pela fusão dos dois sexos em um plano comum, este consubstanciado na formação de uma unidade familiar inquebrantável, com projeto de mútua e integral assistência, e, nessa dinâmica da vida levada pelos dois até a morte, os objetivos do matrimônio eram o amor mútuo, a ajuda recíproca, com suas tarefas bem definidas, presente neste diagrama nupcial, a geração dos filhos, sua educação, formação, desenvolvimento de um lar conjugal e, se possível, a aquisição de bens matrimoniais.

Nesse cenário os atores da vida conjugal confrontavam um desequilíbrio de oportunidades, sendo imperiosa a intervenção estatal para restringir qualquer sopro de livre autonomia de vontade em sede de direito familiar. E neste passado nem tão distante, o estatuto regulador das relações familiares pertencia à ordem pública, representando as disposições referentes ao estado civil e à capacidade das pessoas, uma faixa inatingível de direitos havidos como indisponíveis, que transcendiam ao mero interesse particular.

Nesse campo de valores as pessoas careciam da faculdade de dispor dos deveres e direitos contemplados no ordenamento familiar. Cônjuges renunciavam à realização de seus projetos de vida pessoal, especialmente a mulher, que, em regra, abandonava seus planos de trabalho e seus planos de ascensão pessoal, amoldando-se

6 VILADRICH, Pedro-Juan. ob. cit., p. 24-25.

7 MARTÍNEZ, Maria Olga Sánchez. Ob. cit., p.44.

8 Idem, ob. e p. cit.

a um perverso sistema social, de uma relação assimétrica de união afetiva, construída em cima da dependência da esposa em relação ao marido.

Esta disciplina matrimonial de dependência econômica e financeira da esposa permitiu durante muito tempo controlar a estabilidade do casamento, socialmente aspirado como única fórmula legítima de formação de uma unidade amorosa e econômica, atraída pela unidade de afetos, com função recíproca de conselhos, amparo, coabitação e projeção de filhos, como era da dinâmica de vida socialmente aceita⁹.

Homem e mulher se completavam, atuando cada qual no âmbito de sua competência, em clara diferença do que era o exercício de uma vida pública masculina quando em confronto com uma atividade inteiramente privada da mulher que se encarregava da vida íntima e puramente familiar¹⁰.

O divórcio era considerado uma chaga social, por enfraquecer a instituição familiar, promovendo a Igreja apelo favorável à manutenção da ordem social que seria afetada pelo sofrimento dos filhos com o divórcio dos seus pais¹¹. O novo papel estatal se desdobra para outros caminhos, deixando de tolher as liberdades vitais dos componentes da família, e passando a se preocupar com outras frentes de intervenção, como, por exemplo, a previdência social, a saúde e educação, e assim reduz sua interferência, tal como o Estado prometeu no art. 1.513 do Código Civil¹².

3 DO PÚBLICO AO PRIVADO NAS RELAÇÕES AFETIVAS

Esse arquétipo de posseção do consorte masculino na chefia da sociedade conjugal, com o varão encarregado do custeio da família e a mulher no papel subalterno de subserviência, dominou os sistemas jurídicos mundiais. Para afiançar o poder masculino era preciso ordenar uma vida nupcial sustentada na separação entre o público e o privado. Conta mais uma vez Maria Olga Sánchez Martínez que no âmbito público estava o homem, com o comércio, a indústria e a política, sempre na busca da produção econômica e do resultado financeiro. Para a mulher foi reservado o ambiente privado das funções inerentes à reprodução e à família, tarefas carentes de qualquer repercussão social e econômica. Preservado um lugar adequado para uma relação de dominação e subordinação, eram evitadas as tensões próprias dos amantes afetivos ocuparem o mesmo espaço de movimentação¹³.

9 MARTÍNEZ, Maria Olga Sánchez. Ob. cit., p. 45.

10 Idem, ob e p. cit.

11 RAGO, Margareth. Mulheres dos anos dourados. In: *História das mulheres no Brasil*. 9. ed. São Paulo: Contexto, 2010, p.637.

12 Art. 1.513 do CC: “É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”.

13 MARTÍNEZ, Maria Olga Sánchez. Ob. cit., p. 25.

Estas figuras seculares de uma esposa coadjuvante do marido, confinada às funções domésticas e aos cuidados dos filhos, cujos valores morais, culturais e religiosos foram transmitidos durante várias gerações, foram sendo gradualmente sepultadas.

Nos últimos anos cresceu o debate acerca do limite entre o público e o privado na seara do direito de família, surgindo um novo modelo de estabilidade familiar, que redireciona as tarefas tradicionalmente diferenciadas entre o homem e a mulher. Casais passaram a discutir o conteúdo de suas relações afetivas, e a família adquiriu uma dimensão personalizada de seus membros, com vistas ao bem comum, à realização pessoal e a busca da felicidade individual¹⁴.

Com a reforma do direito privado expandiu-se o emprego da autonomia privada, antes presente apenas no direito contratual, mas ausente no direito de família. Inverteu-se a estabilidade do casamento, antes calcada no desequilíbrio dos consortes, em razão da dependência financeira da mulher, mas que agora cada vez mais se encontra inserida no mercado de trabalho, tornando-se independente e autônoma. Paradoxalmente, o modelo atual de casamento só encontra seu equilíbrio justamente na independência financeira da mulher, que só continua casada enquanto o matrimônio emanar o bem comum.

Decorrencia dessa reviravolta dos papéis conjugais foi perceber que a intervenção estatal perdeu espaço nas relações familiares, pois já não mais existe o compromisso do contrato nupcial perpétuo, celebrado por notário encarregado de orientar os cônjuges sobre seus direitos e deveres. Eram tempos de total controle de proteção da frágil esposa, e uma vez eleito o regime matrimonial era inviável sua modificação. Também naquele espaço convertido em história, os *concubinos* não formavam entidade familiar e tampouco sua convivência gerava um regime automático de bens. A sociedade matrimonial só era rompida por expressa e criteriosa intervenção judicial, exigidos dois anos mínimos de matrimônio para o *desquite amigável* ou imprescindível exame de causa no processo litigioso. A união legítima vocacionava o regime da comunhão universal e as outras opções patrimoniais eram criteriosamente ordenadas em lei.

E, nesse semblante do passado, escrevia Henri Bateman, só existir uma autonomia de vontade concedida pela lei, pois para os cônjuges as regras eram imperativas e não dispositivas e o máximo da autonomia era facultar aos consortes poderem escolher livremente um regime de bens da lei¹⁵.

14 NAMUR, Samir. *A desconstrução da preponderância do discurso jurídico do casamento no Direito de Família*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p.71.

15 BATEMAN, Henri. *O regime matrimonial no Direito Internacional Privado*. São Paulo: Saraiva. tradução de Fernando de Miranda, 1941, p. 151-155.

Dentro da tendência mundial de reconhecer maior incremento ao princípio da autonomia privada¹⁶, também no ordenamento jurídico brasileiro surgiram dispositivos livrando cônjuges e conviventes do controle estatal. Entre nós o movimento de liberdade surgiu com o advento do divórcio extrajudicial; com o fim da culpa, com o divórcio objetivo da Emenda Constitucional nº 66/2010, com a alteração judicial do regime de bens no casamento, embora contrastado com a liberdade de os conviventes modificarem extrajudicialmente o seu regime de bens. A saturação da intervenção protecionista do Estado pode ser sentida pelo elevado volume de demandas judiciais e também pela incidência de fraudes apuradas nas partilhas, cujos dilemas são levados para abono nos tribunais.

A autonomia privada vem encontrando seu espaço no direito de família praticado no exterior, em lugares como a França, Luxemburgo e Holanda, que conferem aos cônjuges a liberdade de escolher a lei que regerá seu instituto patrimonial¹⁷. Entre nós, cônjuges e conviventes têm a franquia de definir o regime mais adequado às suas necessidades, podendo fazer combinações entre os diferentes regimes, mas ainda são ressalvadas situações em que a lei impõe o regime da separação de bens (CC, art. 1.641)¹⁸.

Dar liberdade não significa aniquilar uma vontade coletiva, mas dar eco ao livre-arbítrio de contratar como um direito fundamental da pessoa¹⁹. Partícipes dos vínculos familiares deveriam poder celebrar muito mais direitos e obrigações através de pactos patrimoniais e não somente aqueles derivados da lei²⁰, dentro de uma conclusão lógica de que qualquer abuso no uso da liberdade sempre permitirá reclamar a intervenção estatal para proteção do bem comum e da função social do contrato. Sendo a instituição familiar um reduto indisponível de importância na consecução do Estado, a intervenção dos poderes públicos precisa se concentrar em políticas de defesa social, econômica e jurídica da família²¹.

Embora os costumes sociais tenham mudado, a relação de amor não desapareceu, convertendo-se o modelo contemporâneo de família em uma livre associação de duas pessoas, que trazem para o recesso da convivência seus projetos individuais de desenvolvimento de suas personalidades, o que significa precisar negociar constantemente a continuidade do matrimônio. Em condições de igualdade sexual, as relações

16 BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. *Regime de bens no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 21.

17 CESARI, Patrizia de. *Autonomia della volontà e legge regolatrice delle successioni*. Milani: Cedam, 2001, p. 44.

18 MAIA Jr, Mairan Gonçalves. *O regime da comunhão parcial de bens no casamento e na união estável*. São Paulo: RT, 2010, p. 129.

19 DUQUE, Bruna Lyra. *O direito contratual e a intervenção do Estado*, São Paulo: RT, 2007, p. 45.

20 ALBUQUERQUE, Pedro de. *Autonomia da vontade e negócio jurídico em Direito de Família*. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais, 1986, p. 69-70.

21 GONZÁLEZ, Miguel Ángel Almedros. *La protección social de la familia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, p. 87.

matrimoniais deixam de ser uma das poucas opções de sobrevivência da mulher, e a ruptura do casamento se torna uma escolha fácil, em nome da eterna felicidade individual. Prova disto tem sido o crucial aumento dos divórcios e das dissoluções de estáveis uniões.

O casamento contemporâneo é mais livre, mas também mais vulnerável, e neste balanço da vida impera cada vez menos o público, que deve intervir apenas nas hipóteses de vulnerabilidade, e cada vez mais se impõe o privado²².

4 A FINALIDADE DO REGIME DE BENS

Muitos séculos nos distanciam do período clássico do direito romano, quando a mulher carecia de bens próprios e seu patrimônio se confundia com o do marido²³.

Regimes matrimoniais surgiram mais tarde, quando os próprios romanos se deram conta da necessidade de atender os encargos da família, dando vida a um sistema dotal de regime matrimonial, competindo ao marido assumir sozinho os custos derivados da manutenção da família; porém, para minimizar estas despesas, a mulher ou o seu genitor precisava aportar algum patrimônio para o esposo e, desse modo, melhorar a situação econômica do casal e o sustento da família²⁴.

Os antigos regimes matrimoniais favoreciam uma realidade social projetada para perpetuar no tempo a unidade matrimonial, e sobretudo, para proteger a esposa do alto grau de instabilidade quando fosse dissolvido o casamento, dado o fato da mulher ser alijada do trabalho remunerado, confinada aos cuidados dos filhos e dedicada aos afazeres domésticos. Essa sociedade familiar era centrada na crença de que o matrimônio tinha por função a procriação e a conservação da espécie humana, dotado o casamento de transcendental relevância na organização da sociedade civil, de tal forma que, ao proteger o casamento, o Estado protegia a sociedade. O estabelecimento de um regime jurídico matrimonial, em detrimento da autonomia individual da vontade, assegurava a permanência do casamento, servindo os regimes matrimoniais como uma forma de equilibrar a inferioridade da esposa dentro de uma sociedade que distribuía diferentes atribuições ao homem e à mulher.

Os motivos de proteção daquela estrutura familiar que diferenciava o marido da esposa estavam na certeza de que, embora a mulher do lar não contribuísse com ingressos financeiros para a construção do lastro da família, sua presença em casa

22 FACHIN, Luiz Edson. Famílias: entre o público e o privado. Problematizando especialidades à luz da fenomenologia paraliática. In: *Revista brasileira de direito das famílias e sucessões*. Porto Alegre: Magister-IBDFAM, v. 23, 2011, p.12.

23 SANTOS, Francisco J. Andrés. Efectos patrimoniales de la crisis matrimonial en la experiencia histórica: El caso romano. In: *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales*, Coord. MARTÍN-CALERO. Cristina Guilarte, Valladolid: Lex Nova, 2009, p. 193-194.

24 SANTOS, Francisco J. Andrés. Ob. cit., p. 195.

assegurava para a instituição matrimonial vida mais longa, devendo a esposa ser protegida pelo direito alimentar em caso de separação, e ser destinatária de parcela dos bens comuns do casal.

Esta tradicional estrutura hierárquica da família escorada na superioridade do homem sobre a mulher passou a ser questionada no fechar do século XX, a contar do progressivo acesso da mulher no mercado de trabalho e da conquista de sua liberdade econômica, surgidos dos ingressos financeiros por ela obtidos, mostrando-se, doravante, inconcebível uma prática de subordinação da esposa ao marido, impondo esta mudança uma outra concepção de união, agora fundada no afeto e não mais na dependência financeira. As posições dos cônjuges estão sendo emparelhadas em uma relação de igualdade, fomentando a vida social moderna maior dedicação profissional dos cônjuges e conviventes²⁵.

Neste contexto de mudanças na estrutura do matrimônio, que segue sendo o pilar da sociedade, não mais justifica intervenha o Estado na relação familiar, porque a marca da atual sociedade afetiva se assenta na individualidade da pessoa, e na sua independência financeira, sendo respeitada exclusivamente a vontade de permanecer unidos, de sorte que o casamento e a família deixam de ser imprescindíveis para garantir a subsistência e a proteção de uma mulher antes carecedora de remuneração. E estas mudanças de comportamento social instigam a pensar em outras opções de contratos matrimoniais, que busquem mitigar os injustos resultados causados pelos assimétricos regimes de bens em vigor, distanciados de inquietantes expectativas econômicas e financeiras dos casais da atualidade.

5 MODELOS VIGENTES DE REGIMES MATRIMONIAIS

A família deixou de ser um núcleo econômico para se transformar em um espaço de companheirismo e de troca de afeto na construção de um projeto comum de amor²⁶, mas este ninho de afeição e coabitação segue guardando sua faceta econômica e patrimonial. Homem e mulher assumem os encargos da família e concorrem na proporção de seus bens e rendimentos para o sustento da família e de educação dos filhos comuns, em qualquer regime patrimonial (CC, arts. 1.565 e 1.568). Impensável, portanto, possa subsistir a entidade familiar destituída de um estatuto patrimonial para reger a administração dos bens e a participação financeira de cada um, escolhendo entre um regime de total separação, dentre outros de comunhão de bens, que variam da comunhão total, parcial ou da participação final nos aquestos, este último com a mera divisão dos eventuais lucros financeiros do casal.

25 ESCRIBANO, Celia Martínez. *Pactos patrimoniales*. Madrid: Tecnos, 2011, p. 29-34.

26 PEREIRA, Rodrigo da Cunha citado por PIMENTEL, Fernanda Pontes. In: *Temas polêmicos de Direito de Família*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2003, p. 21.

Historicamente, subsistem na legislação brasileira, e não são muito diferentes nos demais sistemas jurídicos, quatro tipos primários de regimes matrimoniais de comunidade ou incomunicabilidade de bens, e basicamente a organização econômica do casamento gira em torno de um sistema de comunidade ou de separação de bens, com algumas variantes.

Na regra da comunidade de bens, de inspiração germânica, se forma uma massa comum com a totalidade, ou parte dos bens dos cônjuges e quando da dissolução da entidade familiar se repartem os bens entre os cônjuges ou seus herdeiros.

No sistema da separação de bens cada cônjuge conserva a propriedade de seu patrimônio, desdobrando-se entre nós em duas vertentes, uma delas representada pela separação absoluta legal (CC, art. 1.641) e outra na separação convencional de bens, que nas duas versões pertencem a cada consorte, e mesmo aqueles adquiridos durante o enlace, retendo o cônjuge proprietário seu desfrute e sua administração²⁷.

Nesta categoria também estava catalogado o revogado regime dotal, onde cada cônjuge conserva a propriedade de seus bens, sendo atribuído ao marido a administração e o usufruto dos bens da esposa, ou de parte deles, para que aplicasse seus frutos na manutenção da família.

Essa solidariedade patrimonial dos bens comunitários protegia a mulher da desigualdade dos esposos ao instaurar um regime que tornava comuns os ingressos de bens e ao compensar a desigualdade sociológica do trabalho doméstico da mulher com a partilha dos bens habitualmente trazidos pelo marido.

O regime dotal foi substituído no Código Civil de 2002 pelo regime de participação final nos aquestos, que carrega um sistema híbrido de comunidade e separação de bens, nele conservando cada cônjuge, durante o matrimônio, a administração e a disposição de seus bens e, ao ser dissolvida a união, opera um regime de comunidade, onde cada consorte ostenta o direito de participar da partilha dos lucros.

Os regimes de comunidade de bens vêm perdendo sua importância frente aos atuais relacionamentos, cujos laços não mais são formatados para durarem até a morte de um dos cônjuges, mas pelo contrário, mostram as estatísticas se tratar de entidades familiares de escassa duração, podendo um regime de comunhão muitas vezes provocar um despropositado enriquecimento.

Escreve Vicente Guilarte Gutiérrez que, diante da real igualdade e solidariedade, atributos presentes nas modernas relações afetivas, devem ser privilegiados um

27 POVEDA, Pedro González. Regímenes económicos matrimoniales. Liquidación. In: *Tratado de Derecho de Familia, aspectos sustantivos y procesales*. Coord. POVEDA, Pedro González e VICENTE, Pilar González, Madrid: Spein, 2005, p. 445.

regime de separação de bens e, só alternativamente, uma sociedade de comunhão de aquestos²⁸, pois o secular apego ao casamento como forma de investimento, ou como seguro de vida, precisa ser definitivamente erradicado, por se tratar de um arquétipo injusto e arbitrário que liquida os ativos matrimoniais quando o casamento se rompe²⁹.

6 O FRACASSO DO REGIME DA PARTICIPAÇÃO FINAL NOS AQUESTOS

Explicando as razões para a estréia no sistema jurídico brasileiro do regime de participação final nos aquestos com o Código Civil de 2002, informa José Carlos Zebulum ser devido ao abandono da postura patriarcal reinante na sociedade brasileira e a paulatina propensão de paridade dos papéis do homem e da mulher, apesar das grandes dificuldades ainda presentes na sua aplicação axiológica, existindo nos outros regimes um problema de direção conjunta das massas conjugais, causando na prática embaraços entre os casais³⁰. Com a revogação do princípio da incapacidade relativa da mulher casada, como sucedeu em outros países em estágio de industrialização, o regime de participação final nos aquestos seria capaz de outorgar a cada consorte a liberdade e autonomia para administrar e dispor do próprio patrimônio³¹. Dados estatísticos demonstram que a renda da mulher aumentou significativos 68,2% desde 2002 e a do homem cresceu menos de 30% no mesmo período³².

Clóvis do Couto e Silva, quando integrava a Comissão Elaboradora e Revisora do Código Civil, da qual resultou o Projeto n° 634/75, disse se tratar de uma novidade o regime de participação final nos aquestos por atender melhor ao princípio da igualdade dos cônjuges e ser um desdobramento lógico da responsabilidade parcial dos consortes pelas dívidas de cada um deles, até o limite da meação, pois nesse regime seria fácil apontar os bens pertencentes a cada esposo³³. Contudo, este regime novo não foi bem recebido e o pilar do Código Civil de 2002 segue sendo o regime da comunhão parcial de bens. Antes dele despontava o regime da comunhão universal, substituído em 1977, com o advento da Lei do Divórcio pelo da comunhão limitada de bens, que pouco difere da participação final nos aquestos, salvo o fato de as dívidas de cada cônjuge só obrigarem os bens particulares de cada um e os comuns até o limite da meação. Seria atraente o regime da participação final nos aquestos, porque

28 GUTIÉRREZ, Vicente Guilarte. Ob. cit., p. 29.

29 Idem, ob. cit., p. 32 e 34.

30 ZEBULUM, José Carlos. *O regime de participação final nos aquestos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 58.

31 Idem, ob. cit., p. 59.

32 RACY, Sonia. Uma nova mulher brasileira. In: *Tam nas nuvens* – Cenário, set. 2011, p. 46.

33 SILVA, Clóvis do Couto e. Direito patrimonial de família no Projeto de Código Civil brasileiro e no Direito Português. In: *Revista dos Tribunais*. v. 520, fev. 1979, p. 33.

nele são perfeitamente identificáveis os bens de cada cônjuge, e neste regime se cogita apenas uma compensação de ganhos.

O regime da participação final nos aquestos traria maior liberdade de administração dos bens de cada cônjuge, mas, infelizmente não despertou o interesse da sociedade. Passada uma década da edição do Código Civil consolidou-se o vaticínio de que seria difícil imaginar uma vida conjugal marcada por desgastantes operações contábeis anotadas ao longo da trajetória nupcial³⁴.

7 PACTOS PATRIMONIAIS

Aos noivos é acessível a prévia escolha da convenção patrimonial, estipulando o regime que lhes aprouver, à exceção das restrições impostas pelos incisos I, II e III do art. 1.641. O art. 1.655 do Código Civil estabelece ser nula a convenção ou cláusula que contravenha disposição absoluta de lei, não significando necessariamente a nulidade de toda a convenção, mas, somente afetando a cláusula contaminada pelo vício de origem.

Dentro de um conceito de regime de bens primário prevalecem ordenamentos fundamentais do casal, relacionados com os princípios básicos de organização patrimonial, e previstos nos quatro *tipos primários* de regimes preordenados em lei, cujo pano de fundo traça uma diretriz patrimonial como modelo e sua gestão obedece à concepção ética e jurídica presente no Código Civil brasileiro. Ao lado desse regime primário de bens coexistem os efeitos patrimoniais *secundários*, estes concernentes a um regime de bens complementar, organizado conforme a liberdade de pactuar dos noivos, com gestão e benefícios construídos de acordo com o *projeto de vida* de cada um dos consortes³⁵.

E é justamente nesse regime de bens *secundário* que se movimenta a liberdade de disposição do casal que confere feição própria ao pacto antenupcial, ou contrato de convivência, pois é nesse espaço contratual que a avença é moldada conforme os interesses dos contratantes, vedada, entretanto: i) qualquer convenção sobre direitos sucessórios (CC, art. 426); ii) sobre obrigações alimentícias; iii) todas as relações familiares que tenham como objeto os expressos direitos e deveres dos consortes e conviventes (CC, arts. 1.566 e 1.724), destinando-se o pacto aos aspectos econômicos do casamento e da união estável³⁶.

34 MADALENO, Rolf. Do regime de bens entre os cônjuges. In: *Direito de Família e o novo Código Civil*. 3. ed., ver. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 220.

35 CAMPELO, Esther Gómez. *Los regímenes matrimoniales en Europa y su armonización*. Madrid: Reus, 2008, p. 90.

36 MADALENO, Rolf. Pactos patrimoniais e autonomia da vontade. In: *Grandes temas de Direito de Família e das Sucessões*, São Paulo: Saraiva, Coord. SILVA, Regina Beatriz Tavares da e CAMARGO NETO, Theodureto de Almeida, 2011, p. 184.

O sistema pactício aceito pelos brasileiros é o da coexistência de dois modelos que se integram em um único pacto, contemplando um regime *primário* de bens de pura adesão dos consortes e outro *secundário*, complementar, que dá parcial vazão à autonomia privada dos cônjuges, desde que as cláusulas alinhavadas não contravenham disposição absoluta de lei (CC, art. 1.655). Justamente essa trava, ainda presente nos pactos matrimoniais, deve ser repensada, porque o modelo esculpido para um casamento vitalício não mais atende aos anseios sociais, bastando atentar para a crescente ocorrência de fraudes nas partilhas e para a ascendente e atritosa procura pela subscrição de pactos matrimoniais e contratos de convivência de um regime de absoluta separação de bens.

8 O IMPACTO DOS PACTOS

Quando os regimes de bens eram perenes e imutáveis, realmente não se cogitavam de convenções matrimoniais sujeitas a condição ou a prazo, cujo modo de pensar era bem diferente dos dias atuais, quando contratos mais livres, especialmente condicionais e sujeitos a termo, talvez melhor se habilitem para servir como importantes ferramentas jurídicas para o ajustamento de uma nova vida afetiva e econômica, que rejeita os regimes *tipos* de restrita flexibilidade, outrora atrelados ao *princípio da supremacia da ordem pública* (CC, art. 1.655). A livre vontade do indivíduo ainda encontra barreiras no ordenamento jurídico nacional, que teima em restringir a *autonomia privada* aos limites das normas jurídicas estatais. A autonomia privada sofre restrições no âmbito do direito de família sempre quando são violados preceitos normativos de ordem pública, prescrevendo o art. 166 do Código Civil a nulidade do negócio jurídico se ilícito o seu objeto, objetivando fraudar lei imperativa ou quando determinada prática é proibida por contrair literal disposição legal, prejudicar terceiros ou deter conteúdo imoral. Esse monitoramento da liberdade contratual dos cônjuges e conviventes tem em mira assegurar a estabilidade das relações familiares, impedindo que certos direitos sejam constituídos, modificados ou extintos por uma vontade negocial sem limites, embora exista pequena margem de aplicação da autonomia privada na celebração dos convênios nupciais³⁷.

Cônjuges e conviventes têm se mostrado desconfortáveis com a teimosa intervenção estatal nos arranjos afetivos econômicos, notadamente diante dos efeitos jurídicos dos regimes de bens no direito sucessório, que passou a incluir o cônjuge viúvo como herdeiro necessário, em concurso com descendentes e ascendentes. Prova deste desconforto generalizado pode ser percebida no aumento das fraudes nas partilhas judiciais, e no acentuado uso notarial de pactos conjugais ou de contratos

37 MADALENO, Rolf. Ob. cit., p. 194.

de convivência elegendo o regime extremo da completa separação de bens, devendo ser lembrado que o uso das convenções patrimoniais não constava do cardápio contratual dos casais brasileiros. Os indesejados efeitos jurídicos sucessórios emanados do regime convencional da separação de bens e a proibição da lei para incluí-los nos pactos matrimoniais (CC, art. 426) têm causado revolta, indignação e verdadeira comoção social.

Evitar a inclusão de novos herdeiros em um patrimônio familiar, com a indesejada divisão de bens preexistentes ao matrimônio, com o súbito aparecimento do consorte viúvo para tomar decisões na sociedade empresária familiar do cônjuge falecido, sujeitando a empresa ao seu perecimento e à insegurança de sua administração no futuro, são frequentes preocupações dos novos casamentos, isto quando admitem casar, e, se casam, elegem o regime da separação convencional de bens por acreditarem estar afastando o cônjuge sobrevivente que não participou da construção do acervo privativo familiar do ingresso em seus bens particulares, com o divórcio ou abertura da sua sucessão.

Paulo Gaiger Ferreira também defende a flexibilização dos pactos patrimoniais que devem se desatrelar das vedações mantidas pelos preceitos de ordem pública que ainda engessam as fluidas relações afetivas³⁸, sugerindo Fabiana Domingues Cardoso que possam os consortes pactuar a modificação do seu regime de bens diante da morte de um dos parceiros, pois em realidade não estariam clausulando sobre a herança, mas pela modificação do primitivo regime de bens³⁹, pois descabe falar sobre herança futura, quando se estipula sobre bens que seu proprietário poderia dispor livremente.

9 O REGIME DA SEPARAÇÃO DE BENS

A independência patrimonial é a regra fundamental do regime de separação de bens originário do sistema romano, porém não impede que cônjuges adquiram bens em condomínio, como fariam com terceiros. A separação de bens pode ser imposta pela lei (CC, art. 1.641) ou ser adotada por convenção pré-nupcial, podendo o regime ser alterado na constância do casamento mediante autorização judicial, em pedido motivado por ambos os cônjuges, ressalvados direitos de terceiros (CC, art. 1.639, § 2º), à exceção apenas do inciso II do art. 1.641 do Código Civil. Embora haja completa divisão de patrimônio, tanto os homens como as mulheres estão obrigados

38 FERREIRA, Paulo Gaiger. Pactos patrimoniais e autonomia da vontade. In: *Grandes temas de Direito de Família e das Sucessões*. São Paulo: Saraiva. Coord. SILVA, Regina Beatriz Tavares da e CAMARGO NETO, Theodureto de Almeida, 2011, p. 207.

39 CARDOSO, Fabiana Domingues. *Regime de bens e pacto antenupcial*. São Paulo: Método, 2011, p. 184.

a contribuírem para as despesas da família, na proporção de seus rendimentos, salvo convenção contrária no pacto antenupcial⁴⁰.

Fatos jurídicos como a igualdade e independência financeira dos gêneros sexuais, o aumento dos divórcios diante da fragilidade dos vínculos matrimoniais⁴¹ e o próprio advento do Código Civil de 2002 com a nova vocação hereditária foram algumas das situações que afastaram os antigos critérios do casamento indissolúvel. A independência financeira da mulher, em especial, causou forte impacto no modo de vida dos cônjuges e conviventes. Antes era comum que os cônjuges nada pactuassem acerca do seu regime econômico matrimonial, deixando incidir com seu silêncio o regime legal da comunhão parcial de bens. Com a igualdade material; com os medos surgidos do divórcio sem causa e do direito sucessório, tem aumentado geometricamente o número de casais contratando o regime de separação de bens para evitar a comunicação de patrimônios. Mesmo casais sem bens, transcorridos alguns anos de convivência, quando já se encontram em melhor posição econômica, buscam valorizar o que entendem ser mais conveniente aos seus interesses pessoais, e no curso das núpcias transformam seu regime de comunhão parcial em regime de separação de bens.

A frenética procura pelo regime da separação de bens tem sido uma imposição do cônjuge economicamente mais forte, que quer excluir seu consorte economicamente mais precário da participação de seus ganhos e de seus bens particulares quando extinta sua sociedade conjugal ainda em vida ou com a morte. Este consorte melhor aquinhado não quer fazer próprio de seu parceiro um patrimônio que foi de sua família anterior e, ressentido da inexistência de um regime primário de efeitos intermediários, opta pelo regime radical da completa separação de bens porque quer blindar seu trabalho e seu patrimônio de família. Uma lei que não oferece alternativas conjugais revela dilemas, angústias, traumas conjugais e comoção social, tudo desaguando em conflitos presentes na convivência matrimonial. O regime da absoluta separação de bens, no entanto, não exclui o consorte mais débil do dever de contribuir para as despesas do casal na proporção dos rendimentos de seu trabalho e de seus bens, salvo estipulação em contrário no pacto antenupcial (CC, art. 1.688).

10 NOVAS FAMÍLIAS E NOVOS REGIMES DE BENS

A crescente eleição contratual do regime matrimonial primário da separação absoluta de bens reflete, de certo modo, a conquista jurídica da igualdade e autosuficiência dos cônjuges e conviventes. Os atuais regimes de comunhão de bens

40 PARADA, Deise Maria Galvão. *Regime de bens entre cônjuges*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 152.

41 BLANES, Begña Ribera. Del régimen de separación de bienes. In: *El régimen económico del matrimonio*. Madrid: Dykinson, Coord. ALBESA, J. Rams e MARTÍNEZ, J. A. Moreno, 2005, p. 933.

se mostram inconvenientes para os arranjos familiares, assim como em 1977, com a vinda do divórcio, o regime da comunhão universal perdeu seu posto de regime legal, tal como o regime dotal já havia sucumbido diante da evolução da sociedade. Igual fenômeno surge com relação ao regime legal da comunhão parcial de bens, pois cônjuges e conviventes com independência financeira só permanecem unidos enquanto presente o afeto e a plena comunhão de vida.

São as transformações sociais que afastaram a relação de dependência e de subordinação da mulher, mas, que no passado, obrigavam o homem ser o provedor da família. A mulher contemporânea precisa e quer seus próprios rendimentos, e para que ela gere seus filhos não é mais imprescindível o casamento, impondo a sociedade outra concepção de matrimônio, que aproxima a posição política, social, econômica e financeira dos cônjuges⁴².

Para Paulo Gaiger Ferreira, o dinamismo das relações pessoais e a inventividade dos negócios movidos pela atual celeridade dos acontecimentos impõem o desafio de atender a sociedade com criatividade⁴³, e criativo deve ser o legislador em formatar novos regimes de bens ou pôr em prática soluções que redimensionem as barreiras que ainda nulificam, por excesso de injunção estatal, qualquer cláusula pactícia que contravenha disposição absoluta de lei (CC, 1.655), especialmente quando envolvam: i) qualquer convenção sobre direitos sucessórios (CC, art. 426); ii) sobre obrigações alimentícias; iii) e que tenham como objeto os expressos direitos e deveres dos consortes e conviventes (CC, arts. 1.566 e 1.724)⁴⁴.

11 REGIME DA COMUNHÃO PROPORCIONAL DE BENS

Uma boa alternativa poderia surgir de um regime a ser denominado de comunhão proporcional de bens, que guardaria congruência econômica com a proposição financeira enunciada no art. 1.688 do Código Civil, de que os cônjuges devem contribuir no regime da separação de bens, com as despesas do casal, na proporção dos rendimentos do seu trabalho e de seus bens. E se devem contribuir com as despesas do matrimônio na proporção de seus ingressos financeiros, também podem comunicar os bens adquiridos onerosamente durante o casamento na proporção dos rendimentos de seu trabalho e dos bens de cada cônjuge. O princípio incorporado para as despesas comuns seria exatamente o mesmo critério a ser atribuído na comunhão proporcional das aquisições patrimoniais, especialmente em tempos de relação de igualdade e de independência econômica dos cônjuges. Se o homem e a mulher devem atender

42 ESCRIBANO, Celia Martínez. Ob. cit., p. 29.

43 FERREIRA, Paulo Gaiger. Ob. cit., p. 208.

44 MADALENO, Rolf. Pactos patrimoniais e autonomia da vontade. Ob. cit., p. 184.

os gastos de interesse comum da sua vida familiar, na mesma proporção dos seus ingressos devem comunicar e repartir o patrimônio conjugal.

Assim, por exemplo, quando o orçamento familiar é constituído de 60% da renda do marido e 40% dos ganhos da mulher, e nestas proporções eles contribuem para as despesas da família, os bens não podem ser apenas do esposo que tem a maior renda familiar, sob pena de injusto enriquecimento somente porque firmado um regime de absoluta separação de bens, mas devem ser partilhados em obediência à renda familiar de cada um.

Pudessem adotar um regime de partilha *proporcional de bens*, respeitando a renda de cada cônjuge, na proporção dos seus ingressos, e nesse percentual, os bens seriam considerados comuns. Não importa quem tenha alcançado o dinheiro para a compra do bem de comunhão proporcional, porque o *regime proporcional de bens* levaria em consideração o percentual da renda familiar de cada cônjuge, assim como a lei determina que cada um assuma os encargos da família na mesma proporção de seus recursos.

A regra da proporcionalidade evita que um dos cônjuges seja afetado com a injusta exclusão do seu nome na propriedade e divisão dos bens, apenas porque o outro consorte registra os bens em seu nome sem ter realmente despendido o valor integral da compra do bem, pois evidentemente, seu parceiro usou seus recursos pessoais para atender a outras despesas comuns ao grupo familiar. A fórmula empregada para o *regime proporcional de bens* atentaria para a efetiva capacidade econômica dos cônjuges, podendo ser alterada a renda familiar individual e inicial dos cônjuges no curso do matrimônio, conforme o avanço de seus ganhos futuros se, por exemplo, um deles aumentou o percentual da sua renda, pois, doravante a partilha dos bens comprados depois da alteração do regime, observaria estes novos percentuais da renda familiar individual de cada cônjuge.

12 REGIME DE BENS FAMILIARES

A desenfreada procura pelo regime da separação de bens e o visível decaimento dos regimes de comunhão servem como denúncia da urgente necessidade de serem revistos os regimes de sociedade conjugal presentes no sistema jurídico brasileiro. Regimes de participação são próprios para cônjuges em início de carreira, cuja riqueza conjugal constroem juntos, tendo ou não ingressos financeiros independentes e mesmo proporcionalmente desequilibrados; enquanto os regimes de separação de bens encontram seus seguidores entre os casais já detentores de patrimônio familiar, ou que em outra experiência afetiva já dividiram bens por conta do direito à meação. Estas pessoas elegem a separação patrimonial, e boa parte delas considera ser este o

único regime compatível com a nova compreensão do casamento contemporâneo⁴⁵, que quase nunca se estabelece para toda a vida.

A Lei chilena nº 19.335/94 criou o estatuto dos bens familiares, informando Hernán Corral Talciani ter a lei surgido como uma alternativa de ampliar os regimes de comunhão parcial e de separação de bens, conciliando com a liberdade de disposição dos cônjuges, sendo classificados de familiares somente aqueles bens que exercem uma função essencial na vida cotidiana da família⁴⁶.

Para o direito chileno os bens familiares têm especial proteção legal, e sobre estes bens estabelecem: i) uma gestão conjunta entre o cônjuge e o consorte proprietário; ii) sobre estes bens são admitidos direitos reais de uso em favor do cônjuge não proprietário e iii) os bens familiares são postos a salvo das ações de credores do cônjuge proprietário.

Modalidade similar poderia ser importada para o direito brasileiro com um regime de comunhão de bens familiares que, devido à sua essencial função na vida cotidiana da família, poderiam ser havidos como comuns e partilháveis, como disto são exemplos a casa de moradia familiar, o imóvel de lazer, instalado na praia ou na serra, e toda e qualquer propriedade com idêntica finalidade. Dessa forma seria instituído um regime misto de comunidade de bens com fins próprios de utilidade eminentemente familiar para moradia ou lazer e a separação de toda a outra classe de bens, que continuariam sendo próprios e exclusivos do cônjuge proprietário e adquirente, como empresas e imóveis destinados a gerar ganhos e alugueres quando comprados para investimento.

13 PACTOS SOBRE DIREITOS SUCESSÓRIOS

A sucessão contratual tem sido, certamente, o tema mais polêmico relacionado com o direito hereditário concorrencial do cônjuge viúvo, casado pelo regime convencional da total separação de bens, pois, embora não remanesça pelo casamento o direito à meação em decorrência do *pacto antenupcial* de completa separação de bens, a viuvez gera o inevitável direito à herança sobre os bens particulares do sucedido (CC, inciso I do art. 1.829)⁴⁷.

A controvérsia fática é decorrência do art. 426 do Código Civil brasileiro⁴⁸, que proíbe qualquer convenção sobre a herança de pessoa viva, vedando os contratos

45 TALCIANI, Hernán Corral. *Bienes familiares y participación en los gananciales*. Chile: Jurídica, 2007, p. 191.

46 TALCIANI, Hernán Corral. Ob. cit., p. 53-54.

47 O REsp. nº 992.749-MS, da 3ª Turma do STJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, julgado em 01.12.09, estende os efeitos do pacto antenupcial ao direito sucessório.

48 Art. 426 do CCB: “Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva”.

rotulados de *pacta corvina*, de forma que a adoção por pacto antenupcial de um regime de separação de bens, embora tenha o efeito de afastar a meação dos cônjuges, é meio inidôneo para arredrar o cônjuge sobrevivente do direito hereditário incidente sobre os bens particulares do falecido, em concorrência com seus descendentes ou ascendentes, salvo se trate do regime obrigatório da separação de bens (CC, art. 1.641).

Para Fabiana Domingues Cardoso, o art. 426 do Código Civil afasta de plano a possibilidade de conter em pacto antenupcial qualquer tratativa sobre a herança dos cônjuges, quer na modalidade dispositiva, que atribui uma herança futura ao parceiro supérstite sobre os bens particulares do falecido, quer na forma de renúncia⁴⁹, pela qual os cônjuges abdicam antecipadamente da herança oriunda da morte do consorte.

O pacto sucessório permite a duas ou mais pessoas convencionarem a sucessão por morte de qualquer uma delas, mediante a instituição de um ou mais herdeiros, e a atribuição de bens⁵⁰. No entanto, a cega e genérica proibição do pacto sucessório nem sempre atende ao melhor direito, mesmo quando invocada a regra contida no art. 1.784 do Código Civil, de a herança só ser transmitida com o óbito, conciliado este artigo com o parágrafo único do art. 1.804 do Código Civil, que só admite a renúncia da herança efetivamente aberta, em cujo contexto legal consta a vedação da sucessão dita contratual.

Como visto, pela lei brasileira só é possível renunciar uma herança aberta, sendo escopo desta proibição aberta e genérica de contratar em pacto antenupcial sobre herança de pessoa viva, impedir a renúncia antecipada de um direito, muito embora os cônjuges possam renunciar esta mesma herança tão logo se produza a morte do consorte.

Esta proibição decorre do fato de as convenções sucessórias serem contrárias aos bons costumes e ensejarem sentimentos imorais, embalando expectativas mórbidas acerca da morte de um dos figurantes e tolhendo a liberdade de testar⁵¹.

Dois básicos argumentos impulsionam a proibição dos pactos sucessórios e podem assim ser sumariados: i) resultaria odioso e imoral especular sobre a morte de alguém para obter vantagem patrimonial, podendo suscitar o desejo da morte pela cobiça de haver os bens; ii) o pacto sucessório restringe a liberdade de testar.

À vista desses fatores, é proibido contratar a herança de cônjuge em convenção antenupcial, mas é imperioso concluir que nada realmente se apresenta como odioso

49 CARDOSO, Fabiana Domingues. Ob. cit., p.183.

50 CARRASCOSA, Pedro del Pozo; ALOY, Antoni Vaquer e CAPDEVILA, Esteve Bosch. *Derecho Civil de Cataluña*. Derecho de sucesiones. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 301.

51 ASSIS, Araken de, e outros. *Comentários ao Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, Coord. ALVIM, Arruda e ALVIM, Thereza, vol.V, 2007, p. 141.

ou imoral no fato de os cônjuges em vida abdicarem eventuais heranças conjugais. Primeiro, porque o próprio regime da separação de bens tem o inequívoco propósito de afastar a comunhão de bens, e, em efeito muito mais próximo dos cônjuges, mediato, como na meação, representando a abdicação de futura e incerta herança uma simples extensão deste incontroverso escopo de separar os bens particulares de cada cônjuge, quanto mais a renúncia de uma herança ainda remota, de mera especulação, condicionada a um sem-número de futuras circunstâncias fáticas.

Este eventual direito sucessório só se transforma em direito concreto com a morte do cônjuge, gerando ao tempo do pacto antenupcial uma condição suspensiva que difere para um futuro incerto a exigibilidade da herança aberta com a sucessão do parceiro conjugal.

Quando se trata de questionar a excessiva intervenção estatal, não está descontextualizado dessa perspectiva de autonomia privada o acórdão da Ministra Nancy Andrighi, no REsp nº 992.749-MS, que afastou da sucessão o cônjuge sobrevivente casado pelo regime convencional da separação de bens, concluindo ser preciso interpretar o inciso I do art. 1.829 do Código Civil, em harmonia com os demais dispositivos de lei e respeitados os valores jurídicos da dignidade humana e da livre manifestação de vontade, pois *não se pode ter após a morte o que não se queria em vida*⁵². Como na mesma linha de pensamento seguiu a 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, em voto da lavra do Des. Percival Nogueira, ao afastar no Agravo de Instrumento nº 0224175-94-2011.8.26.0000 o direito hereditário de viúva casada com o falecido pelo regime pactuado da separação de bens, arrematando que considerá-la herdeira concorrential necessária significaria admitir a colisão entre os arts. 1.829, I, e 1.687 do Código Civil⁵³.

Esta é a única e lógica conclusão advinda de duas pessoas que casam escolhendo o regime da absoluta separação de bens, e se não queriam que seus bens se misturassem meando, muito menos o desejaram herdando, como se o regime da separação de bens realmente não pudesse valer pela dissolução do casamento causada pela morte do cônjuge.

52 REsp. nº 992.749-MS, STJ, 3ª Turma, Rel. Ministra Nancy Andrighi, julgado em 01.12.09: “Impositiva a análise do art. 1.829, I, do CC/02, dentro do contexto do sistema jurídico, interpretando o dispositivo em harmonia com os demais que enfeixam a temática, em atenta observância dos princípios e diretrizes teóricas que lhe dão forma, marcadamente, a dignidade da pessoa humana, por meio da autonomia da vontade, da autonomia privada e da consequente autorresponsabilidade, bem como da confiança legítima, da qual brotou a boa-fé; a ética, por fim, vem complementar o sustentáculo principiológico que deve delinear os contornos da norma jurídica (...)”.

53 “Inventário. Casamento. Segundas núpcias. Pacto Antenupcial. Regime. Separação total de bens. Participação da viúva como herdeira necessária. Impossibilidade. Viúva casada com o *de cuius* pelo regime da separação de bens não é herdeira necessária em concorrência com os descendentes. Decisão mantida. Agravo a que se nega provimento.” (julgado em 20.10.2011)

Quando os cônjuges ignoram que o pacto antenupcial não restringe direitos hereditários garantidos em lei, eles criam falsas expectativas creditadas ao contrato antenupcial que afasta os impactos da regra sucessória em vigor, mas cria preocupações econômicas que depois da morte do cônjuge viram custos e frustrações⁵⁴.

Urge modernizar o pacto sucessório vigente e inspirado em outra realidade social que não considerava a viúva do casamento como herdeira necessária, embora não seja herdeira forçosa a viúva da união estável, e pode ser excluída da herança por testamento que beneficie terceiros. Este critério desigual da lei, que torna o cônjuge supérstite herdeiro necessário, tem servido para afastar os amantes da instituição do matrimônio e para aproximá-los das uniões estáveis como alternativa mais segura de formação de entidade familiar, sem efeitos sucessórios materiais indesejados. Por ora, nada existe no sistema jurídico brasileiro capaz de acalentar os consorciados afetivos, que estique os efeitos da separação de bens para o direito sucessório.

Estender o regime da separação de bens para adiante da meação e admitir a renúncia contratual da herança conjugal em pacto antenupcial nada apresenta de odioso e imoral, como não é igualmente odioso e imoral renunciar à meação. O ato de renúncia pactícia da herança futura tampouco instiga a atentar contra a vida do cônjuge e muito menos estimula a cobiça em haver os bens do consorte. Também não restringe a liberdade de testar, mas pelo contrário, amplia esta liberdade ao permitir afastar um herdeiro forçoso do planejamento sucessório que o consorte se avigora em excluir por outras vias legais.

Se bem visto, nem é tão rigorosa a proibição de contratar sobre herança de pessoa viva, como exemplos podem ser encontrados na rotina dos contratos constitutivos de sociedades empresárias quando regulam os direitos decorrentes do falecimento de um dos sócios na vigência da sociedade empresária, proibindo o ingresso na sociedade do consorte sobrevivente ou de outros herdeiros⁵⁵, afirmando Marco Antonio Karam Silveira nada impedir que o contrato social preveja ou não, o ingresso de certa classe de herdeiros nos quadros sociais, não sendo por isto estranha a ausência no contrato social de previsão de cônjuge ou companheira, dado o aspecto pessoal das quotas sociais, cujo direito não se transmite pela lei⁵⁶.

Sem oferecer alternativas para os casais que não querem misturar seus bens pessoais, o legislador vira as costas para as angústias das pessoas com patrimônio

54 KIGNIGEL, Luiz. O desafio da família empresária nas uniões civis de seus sucessores. In: *Empresas familiares, governança corporativa, governança familiar, governança jurídica*. São Paulo: Saraiva-FGV, Coord. PRADO, Roberta Nioac, 2011, p. 107.

55 MAFFÍA, Jorge O. *Tratado de las sucesiones*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, Tomo I, 2010, p. 23.

56 SILVEIRA, Marco Antonio Karam. *A sucessão causa mortis na sociedade limitada*. Tutela da empresa, dos sócios e de terceiros. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 86.

particular e daquelas famílias empresárias que buscam caminhos para a unicidade de seu patrimônio familiar⁵⁷, e que, por falta de pragmáticas e efetivas soluções, precisam planificar a transmissão de seus bens particulares e de suas sociedades empresárias, quase sempre recorrendo a intrincados *planejamentos sucessórias* para tentar assegurar a continuidade e o bom governo da sociedade familiar e do acervo privado. Preocupação extensível aos terceiros, credores e investidores da sociedade familiar, e aos próprios sócios, que querem conferir à administração da sociedade uma razoável previsibilidade nos atos de continuidade da direção da sociedade⁵⁸, não confundindo a empresa com a família do empresário, nem seus agregados e tampouco suas uniões.

O complexo e caro planejamento sucessório envolvendo estatutos sociais, empresas *holdings*, acordos de quotistas e de acionistas regram o exercício do direito de voto, ou o controle e gestão familiar e o direito de preferência na alienação de quotas e de ações para familiares e terceiros, além de testamentos e doações modais, com cláusula de reversão, gravames e contratos de casamento ou de união estável⁵⁹, têm servido como idôneo instrumento para atender às expectativas materiais que contrastam com a legislação civil que não admite pactos conjugais sucessórios de renúncia da sucessão do cônjuge. Maiores são os traumas, ressentimentos, percalços familiares e pessoais, sociais, econômicos e financeiros, todos causados por um sistema jurídico que, impensadamente, impõe uma compulsória herança conjugal.

O planejamento sucessório tem sido um importante instrumento de proteção do patrimônio familiar diante de novos membros da família e bem serve para quem tem empresa e quer preservá-la da regra sucessória, ou serve para aqueles que constituem uma sociedade empresária para resguardar seu patrimônio particular. Por conta desse lícito recurso de proteção de um patrimônio familiar, que não fica a salvo do regime matrimonial da separação de bens, pois os pactos matrimoniais poderiam, perfeitamente, ser estendidos e seus efeitos sucessórios para o regime convencional de separação de bens. Nada impediria aos esposos nos termos do § 2º do art. 1.639 do Código Civil, tendo eles concluído que suas relações afetivas se apresentem mais intensas que suas relações profissionais, pudessem no futuro promover a alteração motivada sem ser justificada de cláusula de recíproca exclusão da sucessão, ou se preferissem, poderiam instituir por testamento o seu cônjuge sobrevivente como herdeiro, depois de amadurecida a relação conjugal. A renúncia do que não se quer e nem se tem efetivamente não suscita a cobiça e nem o ódio, pois deveriam ter os

57 KNIGEL. Luiz. Ob. cit., p. 106.

58 CARRASCOSA, Pedro del Pozo; ALOY, Antoni Vaquer e CAPDEVILA, Esteve Bosch. Ob. cit., p. 303.

59 PRADO, Roberta Nioac. O desafio da família empresária nas uniões civis de seus sucessores. In: *Empresas familiares, governança corporativa, governança familiar, governança jurídica*, São Paulo: Saraiva-FGV, Coord. PRADO, Roberta Nioac, 2011, p. 46-47.

cônjuges a liberdade de casar e de estender para depois da morte os efeitos jurídicos do regime da separação de bens.

14 DA CONVERSÃO DO CASAMENTO EM UNIÃO ESTÁVEL

Ausente na legislação brasileira fórmula pronta e acabada, capaz de responder às angústias de casais que separam seus bens de seus sentimentos, mas que são levados a desfazer seus vínculos conjugais por temerem que a morte crie herdeiros não convocados na ordem sucessória de quem casou em regime de total separação convencional de bens. Esta tarefa precisa ser assumida pela comunidade jurídica, que deve se encarregar de dar vazão às angústias de cônjuges privados de seus bens e de sua autonomia privada, e transpor os incompreensíveis limites mantidos por um modelo superado de supremacia da ordem pública, que ignora o valor e a importância transcendental da integral realização da pessoa humana.

A realização da plena felicidade individual não necessita passar pelo rompimento formal dos vínculos afetivos, mas antes devem ser preservados, sendo apenas apartados, bens que não devem ser comunicados em toda dimensão temporal do casamento e depois dele, como destaca o REsp nº 1.183.378-RS⁶⁰ que “o Estado existe para auxiliar os indivíduos na realização dos respectivos projetos pessoais de vida”.

Ao contrário do passado, dos casamentos indissolúveis, o foco presente é a felicidade dos amantes em todas as formas e diversidades de uniões. A família contemporânea pode ser formada pelo casamento ou pela união estável e, conforme o § 3º do art. 226 da Constituição Federal, a união estável pode ser convertida em casamento, como caminho de via única, igualmente previsto no art. 1.726 do Código Civil. Por lealdade histórica, cabe recordar que o art. 8º da Lei nº 9.278/96 prescrevia ser suficiente que os companheiros requeressem ao Oficial do Registro Civil da circunscrição de seu domicílio a conversão de sua união estável em casamento.

Embora de fundamental importância para os arranjos patrimoniais afetivos atuais, que não querem comunicar bens de herança, nenhum dispositivo de lei menciona ser possível converter o casamento em união estável, como tampouco qualquer artigo de lei proíbe a conversão do matrimônio em estável convivência, desfrutando o instituto da união estável elevada procura social, em razão de o viúvo da convivência estável não ser considerado herdeiro necessário no direito sucessório e, podendo assim, ser excluído da herança dos bens particulares do parceiro sucedido.

Ao contrário das pessoas legalmente casadas, os conviventes podem contratar a qualquer tempo o regime da separação de bens e, através de testamento, afastar os

60 Rel. Ministro Luis Felipe Salomão.

efeitos sucessórios. Sustentam doutos ser vedado ao juiz criar direito positivo, não sendo factível converter judicialmente o casamento em união estável por absoluta falta de previsão legal.

Mas é bom lembrar que a família constitucional é vista como suporte da sociedade (CF, art. 226), destinatária da integral proteção do Estado, sem reservas ou restrições e sem questionar a forma como a entidade familiar foi constituída⁶¹. Incontroverso tenham todos os modelos constitucionais de famílias especial proteção estatal, e prova concreta deste princípio pode ser apontada no recente reconhecimento do casamento entre pessoas do mesmo sexo, convalidado pelo STJ.

Efetivamente, a lei não proíbe converter o casamento em união estável, e como é curial, tudo aquilo que não é coibido é permitido. Mais do que isto, não é proibido percorrer o caminho mais longo de uma pessoa casada se divorciar e, na seqüência, instituir com seu ex-cônjuge uma união estável, ou seja, é perfeitamente possível trocar uma entidade familiar por outra, mas legalmente só foi prevista a conversão judicial da união estável em casamento, talvez porque o legislador pensasse, sem razão, que o estado civil de casado seria melhor que a união estável. Esta presunção foi superada pelas evidências, sendo certo que a instituição familiar precisa ter resposta judicial nas duas direções e permitir, pelas ponderáveis razões antes vertidas, a conversão judicial do casamento em união estável, com efeito retroativo ao início do matrimônio.

Juízes não foram, definitivamente, instruídos e empossados para dificultar a vida e a felicidade das pessoas, proibindo apenas por falta de previsão legal a conversão judicial do casamento em união estável, especialmente quando esta mesma finalidade pode ser alcançada com o decreto do divórcio e a constituição de uma relação de convivência, pois como disse o Ministro Luis Felipe Salomão ao concluir pela possibilidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo: “Não pode o Direito – sob pena de ser inútil – pretender limitar conceitualmente essa realidade fenomênica chamada família”⁶², e, por evidente, que este luminar raciocínio deve ser estendido a qualquer arranjo familiar reconhecido pela Constituição Federal de 1988.

15 SANÇÃO POR FRAUDE – DISFARCE, OCULTAÇÃO OU SIMULAÇÃO DE BENS

Outro aspecto igualmente passível de revisão legislativa, como instrumento adicional para minorar os deletérios efeitos da fraude na partilha e desestimular sua prática, diz com o sancionamento venal da fraude, tal como previsto pelos arts. 1.768 e 1.792-18 do Código Civil chileno, ao penalizarem o fraudador com o ressarcimento

61 Idem REsp 1.183.378-RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão.

62 REsp 1.183.378-RS.

em dobro do valor do bem ou do recurso comum oculto, disfarçado ou simulado, com a intenção de reduzir a meação de seu consorte na partilha.

E basta a intenção de querer diminuir a meação do consorte para caracterizar um evidente comportamento doloso, de típica falcatrua conjugal, perpetrada para desvirtuar o resultado da partilha ou da participação nos aquestos. São em número de três as condutas punidas no direito chileno com o ressarcimento em dobro do valor correspondente ao bem ou recurso propositadamente excluído da partilha, a saber: i) o ato de ocultar bens; ii) o de disfarçar bens e iii) o de simular obrigações. A ocultação consiste em fazer desaparecer um bem do acervo comum. O disfarce de bens respeita ao uso de interposta pessoa física ou jurídica, o popular *laranja*, que se apresenta como proprietário dos bens ou recursos que, em realidade, pertencem ao acervo matrimonial⁶³. E a simulação de obrigação é a criação fictícia de uma dívida com a finalidade de diminuir o ativo partilhável⁶⁴.

A sanção a ser aplicada consiste exatamente em creditar na meação do cônjuge prejudicado pela tramóia, o valor em dobro do bem ou do montante financeiro excluído, ou tentado excluir através da ocultação por interposta pessoa física ou jurídica, ou através da simulação de dívidas. E se o bem não mais existir, que reste duplamente compensado com os bens remanescentes, mas, se nada mais restar, fica o cônjuge prejudicado com o direito de reclamar do terceiro de má-fé a restituição do bem desviado. É como reconhecer aos cônjuges, na partilha de seus bens matrimoniais, os efeitos da sonegação de bens previstos nos arts. 1.991 a 1.996 do Código Civil brasileiro.

16 BIBLIOGRAFIA

ALBUQUERQUE, Pedro de. *Autonomia da vontade e negócio jurídico em Direito de Família*. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais, 1986.

ASSIS, Araken de e outros. *Comentários ao Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, Coord. ALVIM, Arruda e ALVIM, Thereza, v.V, 2007.

BATEMAN, Henri. *O regime matrimonial no Direito Internacional Privado*. São Paulo: Saraiva, tradução de Fernando de Miranda, 1941.

BLANES, Begoña Ribera. Del régimen de separación de bienes. In: *El régimen económico del matrimonio*. Madrid: Dykinson, Coord. ALBESA, J. Rams e MARTÍNEZ, J. A. Moreno, 2005.

BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. *Regime de bens no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAMPELO, Esther Gómez. *Los regímenes matrimoniales en Europa y su armonización*. Madrid: Reus, 2008.

63 Ver, nesse sentido, MADALENO, Rolf. *A desconsideração da pessoa física e jurídica no Direito de Família e das Sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

64 TALCIANI, Hernán Corral. Ob. cit., p.158.

- CARDOSO, Fabiana Domingues. *Regime de bens e pacto antenupcial*. São Paulo: Método, 2011.
- CARRASCOSA, Pedro del Pozo; ALOY, Antoni Vaquer e CAPDEVILA, Esteve Bosch. *Derecho Civil de Cataluña. Derecho de sucesiones*. Madrid: Marcial Pons, 2009.
- CESARI, Patrizia de. *Autonomia della volontà e legge regolatrice delle successioni*. Milani: Cedam, 2001.
- DUQUE, Bruna Lyra. *O direito contratual e a intervenção do Estado*. São Paulo: RT, 2007.
- ESCRIBANO, Celia Martínez. *Pactos patrimoniales*. Madrid: Tecnos, 2011.
- FACHIN, Luiz Edson. Famílias: entre o público e o privado. Problematizando especialidades à luz da fenomenologia paralática. In: *Revista brasileira de direito das famílias e sucessões*. Porto Alegre: Magister-IBDFAM, v. 23, 2011.
- FERREIRA, Paulo Gaiger. Pactos patrimoniais e autonomia da vontade. In: *Grandes temas de Direito de Família e das Sucessões*. São Paulo: Saraiva, Coord. SILVA, Regina Beatriz Tavares da e CAMARGO NETO, Theodureto de Almeida, 2011.
- GONZÁLEZ, Miguel Ángel Almendros. *La protección social de la familia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.
- GUTIÉRREZ, Vicente Guilarte. La necesidad de reformar el régimen económico matrimonial vigente en el derecho común. In: *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales*, Coord. MARTÍN-CALERO, Cristina Guilarte, Valladolid: Lex Nova, 2009.
- KINIGEL, Luiz. O desafio da família empresária nas uniões civis de seus sucessores. In: *Empresas familiares, governança corporativa, governança familiar, governança jurídica*. São Paulo: Saraiva-FGV, Coord. PRADO, Roberta Nioac, 2011.
- MAIA Jr., Mairan Gonçalves. *O regime da comunhão parcial de bens no casamento e na união estável*. São Paulo: RT, 2010.
- MADALENO, Rolf. Do regime de bens entre os cônjuges. In: *Direito de Família e o novo Código Civil*, 3. ed. ver. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- _____. Pactos patrimoniais e autonomia da vontade. In: *Grandes temas de Direito de Família e das Sucessões*. São Paulo: Saraiva, Coord. SILVA, Regina Beatriz Tavares da e CAMARGO NETO, Theodureto de Almeida, 2011.
- _____. *A desconsideração da pessoa física e jurídica no Direito de Família e das Sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- MAFFÍA, Jorge O. *Tratado de las sucesiones*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, Tomo I, 2010.
- MARTÍNEZ, María Olga Sánchez. *Igualdad sexual y diversidad familiar: La familia en crisis?* Madrid: UAH, 2010.
- NAMUR, Samir. *A desconstrução da preponderância do discurso jurídico do casamento no Direito de Família*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- PARADA, Deise Maria Galvão. *Regime de bens entre cônjuges*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha citado por PIMENTEL, Fernanda Pontes. In: *Temas polémicos de Direito de Família*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2003.
- PÉREZ MARTÍN, A. J. Las cosas no son como eran. In: *Revista de Derecho de Familia*, n. 34, Valladolid: Lex Nova, jan-mar. 2007.

POVEDA, Pedro González. Regímenes económicos matrimoniales. Liquidación. In: *Tratado de Derecho de Familia, aspectos sustantivos y procesales*. Coord. POVEDA, Pedro González e VICENTE, Pilar González, Madrid: Spein, 2005.

PRADO, Roberta Nioac. O desafio da família empresária nas uniões civis de seus sucessores. In: *Empresas familiares, governança corporativa, governança familiar, governança jurídica*. São Paulo: Saraiva-FGV, Coord. PRADO, Roberta Nioac, 2011.

RAGO, Margareth. Mulheres dos anos dourados. In: *História das mulheres no Brasil*. 9. ed. São Paulo: Contexto, 2010.

RACY, Sonia. Uma nova mulher brasileira. In: *Tam nas nuvens – Cenário*. set. 2011.

SANTOS, Francisco J. Andrés. Efectos patrimoniales de la crisis matrimonial en la experiencia histórica: El caso romano. In: *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales*. Coord. MARTÍN-CALERO, Cristina Guilarte, Valladolid: Lex Nova, 2009.

SILVA, Clóvis do Couto e. Direito patrimonial de família no Projeto de Código Civil brasileiro e no Direito Português. In: *Revista dos Tribunais*, v. 520, fev. 1979.

TALCIANI, Hernán Corral. *Bienes familiares y participación en los gananciales*. Chile: Jurídica, 2007.

SILVEIRA, Marco Antonio Karam. *A sucessão causa mortis na sociedade limitada. Tutela da empresa, dos sócios e de terceiros*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

VILADRICH, Pedro-Juan. *La agonía del matrimonio legal*. 5. ed. Navarra: Eunsa, 2010.

ZEBULUM, José Carlos. *O regime de participação final nos aquestos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

CONTRATOS AFETIVOS: O TEMOR DO AMOR

Sílvia de Salvo Venosa

Nesta era tecnológica, de comunicações imediatas, conhecimento de centenas de pessoas no mundo virtual, pressão social e profissional e um sem-número de normas legais a serem obedecidas, era inevitável que as relações afetivas fossem afetadas e se transformassem.

O velho e tradicional namoro, situação prévia para o casamento, que apontava para um noivado antecedente, desapareceu tal como era algumas décadas atrás. As velhas regras sociais e freios sexuais do passado não existem mais. As inúmeras regras que impõem novos deveres sociais, morais e responsabilidade patrimonial aos envolvidos em um relacionamento afetivo forçam cada dia mais uma nova perspectiva nessa área de convivência. O temor da responsabilização financeira após o final de uma relação tem incentivado muitos a redigir os chamados contratos afetivos, ou contratos de namoro. Nesse sentido expõe Maria Berenice Dias com objetividade: “Desde a regulamentação da união estável, levianas afirmativas de que simples namoro ou relacionamento fugaz podem gerar obrigações de ordem patrimonial provocaram pânico. Diante da situação de insegurança, começou a se decantar a necessidade de o casal de namorados firmar contrato para assegurar a *ausência de comprometimento* recíproco e a incomunicabilidade do patrimônio presente e futuro” (*Manual de Direito de Família*. 7. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 181).

Os pactos antenupciais, regulados pelo Código Civil, têm por função precípua regular o regime patrimonial durante o casamento e após seu desfazimento, sendo estranho a eles, em princípio, tudo que não diga respeito a esse enfoque. Nos contratos de convivência que atestam e declaram uma união estável, apesar de o fulcro ser também essencialmente esse, podem ser incluídos outros aspectos como os que dizem respeito aos filhos menores de um e de outro membro do casal, domicílio conjugal e dos filhos, especificação de direitos de visita dos descendentes, etc. Como o casamento é um negócio jurídico e a união estável consiste numa situação de fato, o contrato de convivência desta pode ser mais amplo do que a simples adoção de um sistema patrimonial, descrito na lei ou fora dela. Não é pelo fato de existir uma escritura de convivência entre os partícipes da união que esta se converte em negócio

* Juiz (aposentado) do Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, tendo exercido a Magistratura nesse Estado por 25 anos; ex-Professor de Direito Civil em diversas faculdades paulistas.

jurídico. Ainda porque, de qualquer forma, o simples fato de existir um documento não atesta que o casal efetivamente tem conduta como marido e mulher, algo que apenas a exterioridade social poderá demonstrar.

Por outro lado, a conhecimento intrínseco entre o namoro e a união estável nem sempre será simples no caso concreto. Cada situação concreta geralmente apresenta uma diferente compreensão e composição. Primeiramente porque nosso ordenamento não exige que duas pessoas envolvidas em relação afetiva convivam sob o mesmo teto. O Código Civil estabelece que será reconhecida a união estável entre o homem e a mulher, com convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituir família. Evidente que essa convivência que se traduz em união estável, gera efeitos patrimoniais recíprocos que se aguçam quando do término da relação.

Pois é justamente no intuito de afastar esses consectários patrimoniais que a prática criou, nos últimos anos, esses *contratos de namoro*, cuja finalidade é afastar a situação de fato que poderia ser compreendida como união estável. A perspectiva é avaliar até que ponto é possível outorgar validade e eficácia a esses pactos que se travestem à primeira vista de negócio jurídico, seu alcance e seus efeitos.

No início de um namoro a paixão com frequência obscurece a razão. Nem sempre o apaixonado é racional de início. Com o tempo e o decorrer da relação começam a surgir os questionamentos nos enamorados. Para onde vamos? Vamos conviver? Só namorar? Casar? Evoluir de alguma forma na relação ou involuir?

Não é fácil uma definição apriorística do que se entende por namoro e por união estável depois de tantas mudanças sociais. O caso concreto examinado a fundo deverá dar a solução, o que nem sempre será fácil. Se um dos cônjuges demonstrar a intenção de formar uma família, um namoro poderá ser interpretado como união estável e ensejar a separação patrimonial no que couber no término da relação.

Sob esse clima muitos têm recorrido aos denominados *contratos de namoro*, também referido como *contratos de intenções afetivas recíprocas* e outros termos análogos. Procura-se, destarte, regular o amor. Assim, há de se concluir que nem mesmo as reações afetivas podem mais ser espontâneas.

Na verdade, esses contratos procuram afastar a responsabilização patrimonial que pode ocorrer no término da relação. São levados à sua redação aqueles casais que têm essa situação. Verdadeiro temor ao amor.

Os relacionamentos afetivos possuem as mais variadas gradações: pernoita-se na casa do(a) companheiro(a); passam os finais de semana juntos; roupas já ficam na casa do outro, etc. A Súmula nº 382 do STF já definira que a vida em comum sob o mesmo teto não é indispensável para a caracterização do concubinato e hoje da união estável.

Há que se entender que um contrato desse naipe não terá o condão de alterar a situação fática do casal, a qual definirá se vivem ou não em união estável. Desse modo, na companhia de notáveis especialistas, não diviso efeitos jurídicos nesses surpreendentes pactos, muito mais porque a situação fática se altera com muita facilidade e seria necessária uma série ampla de alterações nesses escritos para espelhar a realidade de cada momento. Tudo na relação deve ser examinado quando se faz necessário, geralmente no final do conúbio: se a relação era única e com fidelidade, se era adúltera ou não; periódica ou constante; exclusivamente para relações sexuais, etc. Tudo porque o simples reconhecimento de um namoro não gera direitos e deveres patrimoniais. Para caracterizar a união estável o vínculo deve ser forte, como se os atores fossem marido e mulher, com plena exterioridade social. Mas, como se sabe, nenhum desses argumentos vistos isoladamente será conclusivo.

Propendo, portanto, pela corrente que entende que esses contratos de namoro são nulos (art. 166, VI, do Código Civil). Sua finalidade, na massiva maioria das vezes, é proteger o partícipe que possui patrimônio em detrimento daquele que não o tem, com nítida ofensa aos princípios da dignidade humana e do direito de família. Assim sendo, um contrato desse jaez não poderá nunca impedir o reconhecimento da união estável, assim como uma declaração de união estável poderá levar a uma conclusão de sua inexistência. Recorde-se que não estamos no campo dos contratos patrimoniais e sim na seara da família, cujos princípios são diversos. Destarte, muito distante desses pactos está o princípio do *pacta sunt servanda*. Nesse campo, os fatos superam qualquer escrito!

Não se justifica mais uma possibilidade de intervenção na vida privada. Quando houver necessidade de comprovar a união estável há uma série de elementos que trarão elementos de convicção ao julgador, a começar pelo teto em comum; colocação do convivente como beneficiário de seguro de vida; pagamento de plano de saúde; aluguel de imóvel comum, correspondência em endereço comum, etc.

Acrescente-se que nosso sistema de união estável ainda não é o ideal, não somente para os próprios conviventes, mas, mormente, para o eventual relacionamento com terceiros. Melhor seria que tivéssemos, como no direito comparado, a obrigatoriedade de um contrato de convivência.

Assim, o decantado contrato de namoro não produzirá efeito se provada a união estável, como também não os produzirá se apenas o superficial, singelo e fugaz namoro, na pureza de sua essência, persistir.

O amor, por si só, entendido como afeto, ternura, amparo, proteção recíproca e relação sexual, não pode ficar preso a planos futuros e a contratos de curta ou média duração. Apesar de tudo que se diz e que se disse a respeito desses contratos. Há que se deixar o amor seguir seu próprio caminho e se a vida levar para uma união estável

ou casamento, estar-se-á seguindo uma ordem natural. Uma ligação erótica natural e espontânea, em especial entre pessoas solteiras ou livres, deve ocorrer com naturalidade, sem desvios sociais ou jurídicos. Cabe também ao jurista sublimar o desejo de viver, ser feliz, o desejo de amar sem linhas ou amarras, pois estas certamente virão como casamento ou a união estável, e nem sempre serão as mais agradáveis. No lapidar dizer de Maria Berenice Dias, essas avenças meramente afetivas que tentam regular o namoro “*com o intuito de prevenir responsabilidades, não dispõe de nenhum valor, a não ser o de acabar monetarizando singela relação afetiva*” (ob. cit., p. 182).

Deixemos a vida seguir seu rumo de forma tão simples quanto possível. As relações afetivas já estão plenamente reguladas pelos emaranhados princípios do casamento e mais recentemente da união estável para que coloquemos outro obstáculo ao amor sincero e desprovido de outro interesse que não a busca perene da felicidade, a qual, nas sempre lembradas palavras do poeta Vicente de Carvalho, está sempre onde nós a pomos, mas nunca a colocamos onde nós estamos.

VICISSITUDES E CERTEZAS QUE ENVOLVEM A ADOÇÃO CONSENTIDA

*Tânia da Silva Pereira**

SUMÁRIO: 1 Aspectos Legais e Doutrinários. 2. O Consentimento na Adoção *Intuitu Personae*. 3 A Adoção Consentida nos Tribunais. 4 Conclusão.

1 ASPECTOS LEGAIS E DOUTRINÁRIOS

No Brasil, a Adoção vem sofrendo substanciais modificações, sobretudo a partir do século XX, tendo como marco legislativo mais recente a Lei nº 12.010, de 03 de agosto de 2009, conhecida como “Lei Nacional de Adoção”. Não obstante as importantes alterações legais, é de suma imprescindível apontar o “consentimento” como elemento que sempre compôs a natureza jurídica do instituto nas várias etapas de sua evolução.

Pela redação original do Código Civil de 1916, podiam adotar os maiores de 50 anos que não tivessem filhos *dados pela natureza*, devendo ser de 18 anos a diferença entre adotante e adotando. O art. 372 exigia o consentimento do adotado, se capaz, ou de seus representantes, se incapaz ou nascituro, para que se pudesse consumir a Adoção. Nas palavras de Caio Mário da Silva Pereira¹,

“Tal como ocorria no Direito Romano, a adoção na vigência do Código de 1916 caracterizava-se por um ato de vontade. Requeria o consentimento das duas partes. Se o adotado era maior e capaz, comparecia em pessoa; se incapaz, era representado pelo pai, ou tutor, ou curador.”

Com a Lei nº 3.133/57, que promoveu substanciais alterações ao Código Civil, foi reduzida a idade para a Adoção de 50 para 30 anos, autorizando a Adoção a casais que tivessem cinco anos de casados, bem como ao tutor ou curador do pupilo ou

* Advogada; Mestre em Direito Privado (UERJ) com equivalência pela Universidade de Coimbra; Professora de Direito da UERJ; Professora do Curso de Especialização em Direito Especial da Criança e do Adolescente da UERJ; Diretora da Comissão Nacional para Infância e Juventude do IBDFAM.

1 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. V. Direito de Família (atualizado por Tânia da Silva Pereira). Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 408.

curatelado após prestar contas da sua administração. Foi, ainda, dado ao adotado o direito de desligar-se da Adoção ao cessar a menoridade ou a interdição, admitindo a dissolução do vínculo de Adoção por acordo e nos casos em que era admitida a deserção. A Adoção se fazia por escritura pública e o parentesco resultante se limitava ao adotante e ao adotado, o que levava à exclusão dos direitos sucessórios se os adotantes tivessem filhos legítimos, legitimados ou mesmo reconhecidos.

Posteriormente, a Lei nº 4.655/65 introduziu no Brasil a “Legitimação Adotiva”, sem extinguir entre nós a Adoção Simples, do Código Civil de 1916. Mantendo a idade mínima de 30 anos para os casais interessados na legitimação, autorizou o procedimento antes desta idade desde que o matrimônio tivesse mais de cinco anos e fosse provada a esterilidade e estabilidade conjugal. A legitimação só se dava por decisão judicial, sempre acompanhada pelo Ministério Público, e a sentença definitiva e irrevogável era averbada no registro de nascimento da criança, não devendo revelar o nome dos pais naturais. Cessava também o parentesco com toda a família natural.

Era permitida a legitimação do infante exposto, cujos pais fossem desconhecidos ou houvessem declarado por escrito que pudesse ser dado, bem como do menor abandonado propriamente dito até sete anos de idade, cujos pais tivessem sido destituídos do poder familiar (na época, pátrio poder); do órfão da mesma idade, não reclamando por qualquer parente por mais de um ano; e, ainda, do filho natural reconhecido apenas pela mãe, impossibilitado de prover a sua criação. Era também permitida a legitimação adotiva, em favor do menor, com mais de sete anos, quando, à época em que tivesse completado essa idade, já se achasse sob a guarda dos legitimantes, mesmo que estes não preenchessem, então, as condições exigidas.

O Código de Menores (Lei nº 6.697/79) revogou a Lei nº 4.655/65 sem eliminar a Adoção Simples do Código Civil de 1916, passando a vigorar duas formas do instituto: a Adoção Plena nos moldes da Legitimação Adotiva e a Adoção Simples pelo respectivo Código e pelos arts. 27 e 28 do Código de Menores. A Adoção Plena estendeu o vínculo da Adoção à família do adotante, inscrevendo, inclusive, o nome dos ascendentes dos adotantes, independentemente da concordância deles.

Com a entrada em vigor do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), foram revogados os princípios do Código Civil de 1916 para os menores de 18 anos, que passaram a ser regidos pela nova lei. Aos maiores desta idade se aplicavam os princípios do Código Civil vigentes, respeitados os princípios constitucionais de 1988. O Estatuto estabelece em seu art. 45 que “a adoção depende do consentimento dos pais ou do representante legal do adotando”, tornando clara a importância deste elemento para o instituto da Adoção.

O Código Civil de 2002 recepcionou, em sua maioria, as diretrizes do Código de 1916 e do “Estatuto”, uniformizando a orientação no sentido de ser concedida

a Adoção também para maiores de 18 anos através de sentença constitutiva (art. 1.623 do CC), observados os requisitos estabelecidos no Código Civil e obedecidos os trâmites judiciais pertinentes. Alerta-se que foram mantidos os procedimentos e a competência exclusiva do Juiz da Infância e Juventude na hipótese da Adoção de menores de 18 anos. O art. 1.621 manteve o *consentimento* com um dos seus elementos constitutivos. Para Milton Paulo de Carvalho Filho, “a exigência do consentimento do adotado ou de seus representantes dá-se em função da relação parental plena que decorre da adoção”².

A Lei nº 12.010, de 03 de agosto de 2009, também conhecida como “Lei Nacional de Adoção”, definiu alguns critérios já assumidos informalmente no Sistema de Justiça de alguns Estados da Federação, modificando o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), no que concerne às normas gerais de colocação em família substituta. Revogou, expressamente, inúmeros artigos do Código Civil, dentre eles, o art. 1.621 do CC mantendo, no entanto, em vigor o art. 45 do ECA. Além disso, acrescentou o § 2º ao art. 28 do ECA, destacando a necessidade do consentimento do maior de 12 anos, colhido em audiência, no processo de colocação em família substituta.

Interessa-nos, também, os estudos relativos à *natureza jurídica da Adoção*, destacando desde já as efetivas divergências que envolvem o instituto. Como *ficção*, como ato bilateral (contrato) ou como instituição, há que se destacar o *consenso* como um dos elementos constitutivos.

Como *factio iuris*, destaque-se a definição de Marco Aurélio Viana indicando que o instituto “estabelece uma relação de parentesco, que independe do fato natural da procriação”³. A mesma linha de orientação adotou Arnaldo Wald ao afirmar ser a Adoção “uma ficção jurídica que cria o parentesco civil”, identificando-a também como “ato jurídico bilateral que gera laços de paternidade e filiação entre pessoas para as quais tal relação inexistente naturalmente”⁴.

Para Maria Berenice Dias, a Adoção cria um vínculo fictício de paternidade-maternidade-filiação entre pessoas estranhas, análogo ao que resulta da filiação biológica. A autora também atenta para o fato de que foi abandonada a concepção tradicional do instituto, em que prevalecia a sua natureza contratual e significava a busca de uma criança para uma família⁵. Também Maria Helena Diniz localiza-se entre aqueles autores que identificam a Adoção como *ficção legal* que possibilita que

2 CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. *Código Civil Comentado* (Coord. Ministro Cezar Peluso). Barueri: Manole, 2009. p. 1.736.

3 VIANA, Marco Aurelio S. *Curso de Direito Civil*. v. 2. Direito de família. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 179.

4 WALD, Arnaldo. *Novo Direito de Família*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 217.

5 DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. São Paulo: RT, 2011. p. 483 e 484.

se constitua entre o adotante e o adotado um laço de parentesco de 1º grau em linha reta. Para ela, a Adoção “dá origem, portanto, a uma relação jurídica de parentesco civil entre adotante e adotado”⁶.

Partindo da identificação da Adoção como *negócio unilateral e solene*, Silvio Rodrigues ressalva que a unilateralidade da Adoção é “imperfeita e mesmo discutível, pois a lei reclama o consentimento dos pais ou do representante legal do adotado” (art. 45 do ECA). O jurista refere-se, ainda, à solenidade do negócio porque a “lei lhe impõe determinada forma, sem a qual o ato não tem validade, ou mesmo existência, como tal”⁷.

Caio Mário da Silva Pereira, destacando a bilateralidade na Adoção, alerta que, não obstante a presença do *consensus*, não se pode dizê-la um contrato, se se tiver em consideração a figura contratual típica do direito das obrigações. Destaca, no entanto, dois aspectos de sua formação e do *status* que gera. “No primeiro, dar-se-á um *ato de vontade* submetido aos requisitos peculiares. No segundo, está presente a sua *natureza institucional*, que lhe empresta solenidade e estrutura”⁸.

Afastando a natureza contratual da Adoção, Antônio Chaves a identifica como “instituto de ordem pública, cuja plenitude jurídica, em cada caso particular, depende de um ato jurídico individual”. Para o autor, “a tônica da contratualidade, que nem mesmo os que consideram a adoção um instituto de ordem pública deixam de reconhecer, exige acordo de vontade”⁹.

Ao identificar a Adoção como “instituição de base contratual”, Orlando Gomes destaca a sua *natureza híbrida*. Alerta, no entanto, que

“não é preciso recorrer, todavia, aos artificios do institucionalismo para reconhecer, na Adoção, sua particularidade estrutural, dado que os negócios de direito familiar distingue-se, em razão do seu conteúdo e finalidade transcendente, por não permitirem a autorregulação dos interesses das partes. Com esses esclarecimentos, pode-se afirmar que a adoção é um contrato de direito familiar ainda nos sistemas que exigem a homologação judicial.”¹⁰

As diversas definições ora apresentadas nos remetem a um elemento comum; como ficção, como ato jurídico bilateral, como negócio jurídico unilateral, ato de vontade submetido aos requisitos peculiares ou contrato de direito de família, predominando ou não sua natureza solene ou institucional, a presença do *consentimento* é inafastável na Adoção.

6 DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 498-499.

7 RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. v. 6. Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 332-333.

8 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v. V. Direito de família (atualizado por Tânia da Silva Pereira). Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 408.

9 CHAVES, Antônio. *Adoção*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 31-32.

10 GOMES, Orlando. *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 350-351.

Na legislação vigente, o consenso se manifesta na concordância expressa dos genitores ou do representante legal do adotando (art. 45 do ECA), sendo dispensado em relação à criança e o adolescente cujos pais sejam desconhecidos ou tenham sido destituídos do poder familiar (§ 1º do art. 45 do ECA). Tratando-se de adotando com mais de 12 anos de idade, também será necessário o seu consentimento (§ 2º do art. 45 do ECA).

A *Adoção consentida* ou *Adoção intuitu personae* representa a possibilidade do titular do poder familiar, por manifestação expressa junto à autoridade judiciária, entregar o filho em Adoção para determinada pessoa. Questiona-se o direito e a legitimidade dos genitores nesta aquiescência ou escolha da pessoa a quem os pais pretendem entregar o filho.

Procuraremos demonstrar que não foi afastada do nosso sistema jurídico a alternativa de entrega do filho em Adoção e que a legislação vigente procurou revestir de segurança esta forma de concessão da medida.

2 O CONSENTIMENTO NA ADOÇÃO INTUITU PERSONAE

Todas as críticas concernentes à Adoção Consentida se justificam e se associam a “ilegalidades”, a exemplo de contratações ilícitas, simulações de venda, obtenção de vantagens, etc. Alega-se, também, os riscos de uma aproximação marcada por eventuais ameaças e pressões psicológicas da família biológica. Argumenta-se, ainda, com a possibilidade de burla à lei, eximindo o adotante do prévio cadastro, além de preterir o direito precedente dos candidatos já cadastrados, notadamente quando se tratar de criança com até dois anos de idade e de cor clara, cuja procura é maior¹¹.

Negar a Adoção consentida significa virar as costas para fatos e manifestações legítimas de prevalência do melhor interesse da criança, pelo que interpretar a norma como proibitiva implicará aumento de situações irregulares, tais como guardas fáticas e “adoções à brasileira”, relegando a assistência do Poder Público e dificultando as ações fiscalizadoras e protetivas¹². Admitir a Adoção Consentida autoriza procedimentos mais céleres, o que permite guarnecer os direitos e os interesses da criança em razão da participação ativa, ao menos da mãe biológica¹³.

Cabe lembrar que por mais de dois séculos a “Roda dos Expostos” representou a oficialização do abandono e somente em 1927, por determinação expressa do primeiro “Código de Menores”, foi abolida esta forma anônima de desamparo nas

11 KUSANO, Suely Mitie. *Adoção de Menores – Intuitu personae*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 111-112.

12 FRANCO, Natália Soares. A entrega de um filho em Adoção como ato de cuidado e responsabilidade. In: *Cuidado e Responsabilidade* (Coord. Tânia da Silva pereira e Guilherme de Oliveira). São Paulo: Atlas, 2011. p. 231.

13 KUSANO, Suely Mitie, ob. cit., p. 112.

“Rodas”. Implantou-se, então, uma rede pública de assistência aos menores que se expandiu a partir da década de 30, criando-se um conjunto de grandes internatos e instituições de abrigo.

As iniciativas políticas a partir da década de sessenta, a exemplo da Funabem – Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor, cujas diretrizes se desdobravam nos Estados nas Febems, não conseguiram romper com a cultura do abandono e abrigo dos “menores carentes e infratores”.

A partir dos anos 70 começaram surgir movimentos e ganhos no redirecionamento da política de atenção à população infantojuvenil, embora se mantivesse o modelo de instituição fechada do tipo assistencial repressivo. Em nome de uma “abertura para a comunidade” foram criados programas preventivos que se caracterizavam pelo atendimento às crianças carentes em regime de semi-internato. Surgiram os primeiros movimentos de luta por creches. Este período é marcado, ainda, por um movimento instituinte, no contexto das políticas para infância e juventude, tendo como eixo a tomada de consciência da própria criança sobre sua situação. Dos movimentos sociais surgem a “Pastoral do Menor” e o “Movimento Nacional dos Meninos e Meninas de Rua”. Como pano de fundo desses movimentos de mudança foi introduzida a ideia da “desinstitucionalização”. Esta perspectiva se traduziu na ação das instituições, de maneira equivocada, como desinternação em massa. (...) A manutenção das experiências alternativas, entretanto, deu sustentação a um movimento crítico surgido durante a transição democrática, cuja ênfase passou a ser a luta por direitos¹⁴.

O Código de Menores de 1979 (Lei nº 6.697/79), aprovado e sancionado ainda no período revolucionário, destacou-se pelo atendimento diferenciado para aqueles privados de condições essenciais à sua subsistência, aos privados de representação e assistência legal pela falta eventual dos pais ou responsável; também abrangia aqueles com desvio de conduta ou em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária e finalmente àqueles que respondiam por prática de ato infracional.

No limiar da década de oitenta, novos paradigmas sugeridos pelos Documentos Internacionais de Direitos Humanos foram assumidos pela Carta Constitucional de 1988, na qual crianças e adolescentes foram reconhecidos como sujeitos de direitos próprios, os quais tiveram sua regulamentação a partir de 1990 através da Lei nº 8.069/90, conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente. Implantou-se, entre nós, a Doutrina Jurídica da Proteção Integral e consequentes medidas que se fizeram necessárias para consolidar os novos paradigmas.

14 *Cadernos de Ação nº 03* – Trabalhando Abrigos – editado pelo Instituto de estudos especiais da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e CBIA / SP (coord. Maria do Carmo Brant de Carvalho) – Março – 2003, p. 14-16.

Neste contexto de mudanças, o “Estatuto” estabeleceu diretrizes de funcionamento e responsabilidades dos abrigos determinando serem os mesmos “medida provisória e excepcional utilizável como forma de transição para colocação em família substituta, não implicando em privação de liberdade” (parágrafo único do art. 101 do ECA).

Efetivos esforços foram desenvolvidos no sentido de dar preferência ao abrigo de crianças e jovens em situações de violência, maus-tratos, negligência, abuso e exploração sexual. No entanto, a maioria dos abrigos prosseguiu acolhendo crianças por motivo de carência material de suas famílias e também em decorrência da ausência da “rede de serviços” a exemplo de creches, pré-escolas, programas sociais que atendam em horário complementar à escola.

A Lei nº 12.010, de 03 de agosto de 2009, conhecida como “Lei Nacional de Adoção”, ao introduzir inúmeras mudanças no “Estatuto” priorizou o acolhimento familiar, ao fixar novos limites à institucionalização, impondo avaliações periódicas das crianças e adolescentes acolhidos e convocando a família natural e extensa a assumir suas responsabilidades.

A colocação em família substituta passou a garantir o exercício do direito à convivência familiar, englobando não só os institutos da Guarda, Tutela e Adoção como outras formas de acolhimento que representem para os menores de idade a oportunidade de um convívio familiar e comunitário fundamental.

Apesar de todo esse esforço a “cultura do abandono” ainda representa um desafio às instituições públicas e privadas, convocando o Poder Público e a sociedade à busca de alternativas.

Neste contexto de mudanças, a Adoção consentida não pode ser afastada como possibilidade de proporcionar às crianças e jovens a chance de um acolhimento familiar definitivo, com o efetivo consentimento dos genitores que enxergam na Adoção a oportunidade de proporcionar ao adotando uma vida melhor.

A substituição do *abandono* pela *entrega*, preconizada por Maria Antonieta Pisano Motta, permite uma assistência adequada à gravidez indesejada, razão pela qual, dentre outras medidas, impõe uma pesquisa quantitativa e qualitativa estatal no sentido de identificar o número e o perfil de mulheres grávidas que não desejam se tornar mães. O Estado, portanto, deve oferecer o cuidado necessário à mãe biológica que deseja entregar seu filho. Afinal, “cuidar da mãe significa cuidar da criança”¹⁵.

15 MOTTA, Maria Antonieta Pisano. Programa de atenção à gravidez não desejada – atenção à mulher que pretende entregar seu filho para adoção. In: COUTO, Sérgio; MADALENO, Rolf; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro (coord.). *Família Nota Dez*: Direito de família e sucessões. Sapucaia do Sul: Notadez, 2007. p. 247.

A *entrega* é também enfatizada por Dalva Azevedo Gueiros, que destaca seu efetivo sentido, via de regra associado a um processo de decisão no qual a mãe ou os pais, por razões diversas, se declaram ou se aceitam impossibilitados de criar o filho¹⁶.

Esta modalidade de Adoção não se confunde com as situações indicadas no § 13 do art. 50 do ECA, que se referem expressamente à dispensa do procedimento de habilitação para a concessão da medida. Nas três situações, igualmente, está presente a concordância do(s) genitor(es) ou responsáveis. Porém, essas mesmas hipóteses “legais” não afastam a Adoção consentida, o que tem sido confirmado por nossos Tribunais.

Não se pode excluir a Adoção Consentida do novo sistema introduzido pela Lei nº 12.010/09. O art. 166 do ECA estabeleceu condições próprias para a manifestação do consentimento para a Adoção perante a autoridade judiciária e do representante do Ministério Público, devendo ser tomado por termo as declarações (§ 1º do art. 166 do ECA). Determinou, ainda, que o consentimento dos titulares do poder familiar será precedido de orientações e esclarecimentos prestados pela equipe interprofissional da Justiça da Infância e da Juventude, em especial, no caso de Adoção, sobre a irrevogabilidade da medida (§ 2º do art. 166 do ECA). Este consentimento deve ser colhido pela autoridade judiciária competente em audiência, presente o Ministério Público, garantida a livre manifestação de vontade e esgotados os esforços para manutenção da criança ou do adolescente na família natural ou extensa (§ 3º do art. 166 do ECA). É exigido o consentimento prestado por escrito que não terá validade se não for ratificado na audiência (§ 4º do art. 166 do ECA). Este consentimento é retratável até a data da publicação da sentença constitutiva da Adoção (§ 5º do art. 166 do ECA) e só terá valor se for dado após o nascimento da criança (§ 6º do art. 166 do ECA). Destaca finalmente o § 7º do art. 166 do ECA a necessidade da família substituta receber a devida orientação por intermédio de equipe técnica interprofissional a serviço do Poder Judiciário, preferencialmente com apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar. O parágrafo único do art. 13 do ECA estabelece que as gestantes ou mães que manifestem interesse em entregar seus filhos para Adoção serão obrigatoriamente encaminhadas à Justiça da Infância e da Juventude.

Nessa mesma linha de orientação, a *Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional* – Haia 1993 –, promulgada pelo Brasil através do Decreto nº 3.087/99, ao regulamentar a Adoção Internacional, determina

16 GUEIROS, Dalva Azevedo. *Adoção Consentida: do desenraizamento social da família à prática da adoção aberta*. São Paulo: Cortez, 2007. p. 33.

no art. 4º que devem ser asseguradas efetivas garantias nas manifestações do consentimento para a Adoção¹⁷.

Galdino Augusto Coelho Bordallo alerta que “é importante a aceitação da Adoção *intuitu personae*, pois sua negação fará com que as pessoas tenham medo de comparecer às Varas da Infância para regularizar sua situação com a criança, o que acarretará duas coisas: que permaneçam com a criança de modo totalmente irregular ou que realizem a Adoção ‘à brasileira’”¹⁸.

Sugere, no entanto, Artur Marques da Silva Filho que “o prévio cadastro dos interessados pode ser dispensado, mas não a sua avaliação por uma equipe interprofissional. É levada em consideração a vontade dos genitores que, ouvidos perante o promotor de Justiça, consentirão com a Adoção”¹⁹.

Não se pode falar em “destituição” e, sim, simples “extinção” do poder familiar na Adoção Consentida. A concordância dos pais, relativamente ao encaminhamento do filho à família substituta, nunca estará no mesmo grau da pena de destituição. Uma coisa repele a outra. Depois de colhidas as declarações dos pais, o juiz deverá cumprir as demais exigências previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente até chegar à fase final do procedimento, com a sentença de Adoção²⁰.

Tratando-se de adolescentes, vinculados, portanto, ao poder familiar dos pais, o consentimento ou concordância daqueles para Adoção dos próprios filhos merece efetiva atenção, se tratarem de pessoas que ainda não têm aptidão de fato para reger sua própria pessoa e bens. Para Heloisa Helena Barboza, “não se deve admitir a Adoção de criança ou adolescente, filho de pessoa que não tenha atingido a maioridade civil. Sugere, nesta hipótese, a suspensão ou perda do poder familiar, uma vez verificados

17 Art. 4º do Decreto nº 3.087/99 assegura:

1) que as pessoas, instituições e autoridades cujo consentimento se requeira para a adoção hajam sido convenientemente orientadas e devidamente informadas das consequências de seu consentimento, em particular em relação à manutenção ou à ruptura, em virtude da adoção, dos vínculos jurídicos entre a criança e sua família de origem; 2) que estas pessoas, instituições e autoridades tenham manifestado seu consentimento livremente, na forma legal prevista, e que este consentimento se tenha manifestado ou constatado por escrito; 3) que os consentimentos não tenham sido obtidos mediante pagamento ou compensação de qualquer espécie nem tenham sido revogados, e 4) que o consentimento da mãe, quando exigido, tenha sido manifestado após o nascimento da criança; e, d) tiverem-se assegurado, observada a idade e o grau de maturidade da criança, de: 1) que tenha sido a mesma convenientemente orientada e devidamente informada sobre as consequências de seu consentimento à adoção, quando este for exigido; 2) que tenham sido levadas em consideração a vontade e as opiniões da criança; 3) que o consentimento da criança à adoção, quando exigido, tenha sido dado livremente, na forma legal prevista, e que este consentimento tenha sido manifestado ou constatado por escrito; 4) que o consentimento não tenha sido induzido mediante pagamento ou compensação de qualquer espécie.

18 BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente*. Aspectos teóricos e práticos (Coord. Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 223.

19 SILVA FILHO, Artur Marques. *ADOÇÃO: Regime jurídico – requisitos – efeitos – inexistência – anulação*. São Paulo: RT, 2009. p. 138-139.

20 PEREIRA, Caio Mário da Silva, ob. cit., p. 423.

os seus pressupostos. Considera não ser razoável excepcionar tal entendimento no caso de pais relativamente incapazes, a quem a lei civil confere certo poder de decisão, desde que assistidos, na medida em que se deve proteger seus interesses na fase da vida de notória turbulência psicológica”²¹.

A Lei nº 12.010/09 introduziu o “acolhimento” como novo paradigma de interpretação do direito fundamental à convivência familiar e comunitária, complementado com subsídios interdisciplinares. Ao dar preferência à *família natural* (comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes), a nova lei priorizou a *família ampliada ou extensa*, decorrente do parentesco próximo, mas condicionada aos vínculos de afinidade e afetividade.

Quando a família biológica ou a extensa não é capaz de suprir as necessidades da criança, o acolhimento familiar em lar substituto, sobretudo em Adoção, permite efetivo suporte emocional e material. Numa visão interdisciplinar, já se insere no direito o cuidado como valor e princípio jurídico, refletindo um agir responsável e interativo e o afeto assumidos plenamente²².

“Acolher” é dar atenção, carinho, aconchego; é ajudar a criança e o adolescente a serem capazes de satisfazer as próprias necessidades, tornando-se responsáveis por sua própria vida. Para aquele que acolhe é, sobretudo, dar atenção integral, amparar e aceitar o outro de maneira absoluta; é ouvir, sem julgamento, mesmo que discorde; enfim, é estar presente para o outro, com generosidade e compreensão.

O “cuidado” é a essência do *acolhimento*, abrangendo o conceito desenvolvido por Vera Regina Waldow, ao definir o “cuidado integral” ao ser humano, refletindo “as dimensões físicas, sociais, emocionais e espirituais”²³. A autora destaca a importância de se identificar no processo de *cuidar* as influências ambientais, sociais e culturais, entre outros fatores, envolvendo a diversificação metodológica na sua abordagem²⁴.

Reforça a mesma autora:

“cuidar de uma criança em sentido maior é ajudá-la a crescer e se realizar. Não é um sentimento isolado ou relacionamento temporário, nem mesmo um cuidar de alguém, eventualmente. O cuidado envolve desenvolvimento e crescimento em confiança mútua, provocando uma profunda e qualificativa transformação no

21 BARBOZA, Heloisa Helena. O Consentimento na Adoção de Criança e Adolescente. In: *Revista Forense*, n. 341, p. 75.

22 PEREIRA, Tânia da Silva. Em busca do melhor interesse da criança. In: *Além da Adoção*. Encarte publicado no *Jornal Le Monde Diplomatique – Brasil* – out. 2011, p. 06.

23 WALDOW, Vera Regina. *O cuidado na saúde: a relação entre o eu, o outro e o cosmo*. Petrópolis (RJ): Vozes, 2005. p. 92.

24 WALDOW, Vera Regina, ob. cit., p. 129.

relacionamento. O outro ser é respeitado como ser independente, assim como são respeitadas as suas necessidades, as quais serão satisfeitas com devoção.”²⁵

A *afetividade* compõe a nova estrutura de interpretação do direito à convivência familiar e do acolhimento, a qual se apresenta como imprescindível critério a ser observado na concessão da Adoção. A socioafetividade passou a ser valorizada na normativa vigente, nos tribunais, adquirindo também dimensão política “visto que seu desenvolvimento e manutenção, quando não ocorre na família de origem, necessita de proteção do Estado, no sentido de assegurar essa possibilidade às crianças e adolescentes”²⁶.

Tratar a criança com afeto, carinho e respeito serve de amparo e estímulo, ajudando-a a suportar e enfrentar dificuldades, ao mesmo tempo em que lhe dá inspiração e ânimo para um relacionamento pacífico e harmonioso com os que a cercam. A falta de afeto faz crianças tristes e revoltadas; mostram-se rebeldes, indisciplinadas, ou simplesmente incapazes de agir com segurança e serenidade²⁷.

Para Paulo Lôbo,

“a afetividade, como princípio jurídico, não se confunde com o afeto, como fato psicológico ou anímico porquanto pode ser presumida quando este faltar na realidade das relações; assim a afetividade é dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles. O princípio jurídico da afetividade entre pais e filhos apenas deixa de incidir com o falecimento de um dos sujeitos ou se houver perda do poder familiar²⁸. (...) A força determinante da afetividade, como elemento nuclear de efetiva estabilidade nas relações familiares de qualquer natureza, nos dias atuais, torna relativa e, às vezes, desnecessária a intervenção do legislador.”²⁹

O princípio do “Melhor interesse da criança” e a “Doutrina da proteção integral” têm orientado os compêndios doutrinários e a Jurisprudência no que concerne à Adoção e ao acolhimento familiar ou institucional.

Enfoque especial foi estabelecido na “Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança”, ratificada pelo Brasil (Decreto nº 99.710/90), na qual foi reconhecidamente identificado um princípio especial, o qual, a exemplo dos princípios constitucionais que têm aplicação direta às relações interprivadas, deve ser considerado

25 MAYROFF, M. apud WALDOW, Vera Regina. In: *A ação humanizadora da Enfermagem*. Petrópolis: Vozes, 2006. p. 36.

26 VICENTE, Cenise Monte. O direito à convivência familiar e comunitária: uma política de manutenção do vínculo. In: KALOUSTIAN, Silvio M. (Org). *Família brasileira: a base de tudo*. São Paulo: Cortez, 1998. p. 47-59.

27 DALLARI, Dalmo de Abreu; KORCZAK, Janusz. In: *O Direito das crianças ao respeito* (Trad. Yan Michalski). São Paulo: Sumus, 1986. p. 37.

28 LÔBO, Paulo. In: *Direito Civil: Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 64.

29 LÔBO, Paulo, ob. cit., p. 67.

fonte subsidiária na aplicação da norma. Como princípio, o “melhor interesse” se apresenta em nosso sistema jurídico com seus indicadores próprios.

Inafastável, portanto, o reconhecimento de que os direitos garantidos na Convenção, ao serem recebidos pelo § 2º do art. 5º da CF galgaram o *status* de “direitos fundamentais”, em nosso sistema constitucional. O caráter normativo do princípio do “melhor interesse da criança”, oriundo da ratificação da mesma Convenção, o indica como regedor de toda a forma de tratamento à criança e ao adolescente³⁰.

Luiz Edson Fachin se refere ao princípio do *melhor interesse* como “um critério significativo na decisão e na aplicação da lei. Isso revela um modelo que, a partir do reconhecimento da diversidade, tutela os filhos como seres prioritários nas relações paterno-filiais e não mais apenas a instituição familiar em si mesma”³¹.

Tratando-se de um princípio que traz em seu bojo uma indeterminação, Rodrigo da Cunha Pereira sugere que se considere o caso concreto e as peculiaridades a ele inerentes. “Isto porque os princípios, diferentemente das regras, não trazem em seu bojo conceitos predeterminados. A aplicação de um princípio não o induz à base do tudo ou nada, como ocorre com as regras; sua aplicação deve ser *prima facie*. Os princípios, por serem *standards* de justiça e moralidade, devem ter seu conteúdo preenchido em cada circunstância da vida, com as concepções próprias dos contornos que envolvem aquele caso determinado. Têm, portanto, conteúdo aberto”³².

Não se trata de uma recomendação ética, mas diretriz determinante nas relações da criança e do adolescente com seus pais, com sua família, com a sociedade e com o Estado. O desafio é converter a população infantojuvenil em sujeito de direitos, deixar de ser tratada como objeto passivo, passando a ser, como os adultos, titular de direitos juridicamente protegidos³³.

30 PEREIRA, Tânia da Silva; MELO, Carolina de Campos. Infância e Juventude: os direitos fundamentais e os princípios constitucionais consolidados na Constituição de 1988. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, n. 3. Rio de Janeiro: Padma, 2000, p. 109.

31 FACHIN, Luiz Edson. *Da Paternidade: Relação Biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 98, nota 25. Buscando subsídios na Doutrina Internacional, o Autor enumera alguns fatores a serem considerados na identificação do melhor interesse quando se decide custódia e direitos de visita ou quando se aprova Adoções e Guarda: “o amor e os laços afetivos entre o pai ou o titular da guarda e a criança; a habitualidade do pai ou do titular da guarda de dar à criança amor e orientação; a habilidade do pai ou titular da guarda de prover a criança com comida, abrigo, vestuário e assistência médica (os chamados alimentos necessários); qualquer padrão de vida estabelecido; a saúde do pai ou titular da guarda; o lar da criança, a escola, a comunidade e os laços religiosos; a preferência da criança, se ela tem idade suficiente para ter opinião; a habilidade do pai em encorajar contato e comunicação saudável entre a criança e o outro pai”.

32 PEREIRA, Rodrigo da C. *Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família*. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, 2004, p. 91.

33 PEREIRA, Tânia da Silva. O princípio do melhor interesse da criança: da teoria à prática. In: *Revista Brasileira de Direito de Família*, n. 6. Porto Alegre, jul./set. 2000, p. 36.

A Convenção também consagra a “Doutrina Jurídica da Proteção Integral”, ou seja, que os direitos inerentes a todas as crianças e adolescentes possuem características específicas, devido à peculiar condição de pessoas em vias de desenvolvimento em que se encontram, e que as políticas básicas voltadas para a juventude devem agir de forma integrada entre a família, a sociedade e o Estado. Recomenda que a infância deverá ser considerada prioridade imediata, necessitando de consideração especial, devendo sua proteção sobrepor-se às medidas de ajustes econômicos, sendo universalmente salvaguardados os seus direitos fundamentais.

A *Teoria da Proteção Integral*, sustenta Josiane Rose Petry Veronese, desempenha papel estruturante no sistema na medida em que o reconhece sob a ótica da integralidade, ou seja, o reconhecimento de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana e, ainda, direitos especiais decorrentes da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, que se articulam, produzem e reproduzem de forma recíproca. Os direitos especiais de proteção também estão previstos no art. 227 da Constituição Federal e regulamentados no Estatuto da Criança e do Adolescente, no art. 5º, prevendo que: “nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais”³⁴.

Afirma Mario Volpi que a *Doutrina Jurídica da Proteção Integral*, além de contrapor-se ao tratamento que historicamente reforçou a exclusão social, apresenta-nos um conjunto conceitual, metodológico e jurídico que nos permite compreender e abordar as questões relativas às crianças e aos adolescentes sob a ótica dos direitos humanos, dando-lhes dignidade e o respeito do qual são merecedores³⁵.

O princípio central da estratégia dirigida a implementar uma Proteção Integral dos direitos da infância é restabelecer a primazia das políticas sociais básicas, respeitando a proporção entre estas áreas e as outras políticas públicas previstas na Convenção. Isto significa, em primeiro lugar, que as políticas sociais básicas têm uma função primária e geral e que, com respeito a estas, todas as outras políticas devem ser subsidiárias e residuais; em segundo lugar, que a concepção dinâmica do princípio da igualdade impõe aos Estados membros da Convenção e à comunidade internacional, respectivamente, o respeito de um padrão mínimo de normas do Estado social e de

34 VERONESE, Josiane Rose Petry. Humanismo e infância: a superação do paradigma da negação do sujeito (org. Orídes Mezzaroba). In: *Humanismo Latino e Estado no Brasil*. Florianópolis: Fundação Boiteux, Treviso: Fondazione Cassamarca, 2003. p. 439.

35 VOLPI, Mário. A proteção Integral como contraposição à exclusão social de crianças e adolescentes. Prefácio do livro *Direito Penal Juvenil: adolescente e Ato infracional: Garantias Processuais e Medidas socioeducativas de autoria de João Batista Costa Saraiva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

uma regulação do desenvolvimento econômico que respeite os critérios do desenvolvimento humano e não seja contrário a eles³⁶.

Embora o projeto legislativo que redundou na Lei nº 12.010/09 tenha deixado de acolher a possibilidade de “adesão expressa dos genitores, ou um deles, devidamente justificada”, autorizando o juiz a “determinar diligências necessárias para verificar se os futuros pais adotivos são adequados, se estão aptos e se estão devidamente preparados para a adoção”, podemos afirmar, com segurança, que a Adoção consentida não está afastada do sistema jurídico brasileiro, não tendo sido objeto de qualquer vedação legislativa. Presente o *consentimento* em todas as mudanças legislativas pertinentes à Adoção, o mesmo foi reforçado a partir da ótica do melhor interesse da criança, impondo prioridade nos procedimentos judiciais e administrativos, orientados pelas demais ciências humanas, cujos técnicos devem trabalhar em conjunto com os demais operadores do direito.

3 A ADOÇÃO CONSENTIDA NOS TRIBUNAIS

A Jurisprudência brasileira também tem reconhecido a possibilidade da Adoção *intuitu personae* nos casos em que haja reais vantagens para a criança. A ideia é que o formalismo do cadastro não pode sobrepor-se ao vínculo de afetividade que a criança estabelece com o pretendente, em observância ao princípio do melhor interesse.

O Ministro Massami Uyeda, como relator junto à 3ª Turma do STJ, esclarece que, ao validar a Adoção *intuitu personae*, não se está a preterir o direito de um casal pelo outro, pois o que está em discussão na realidade não consiste no direito destes de adotar, e sim no direito da criança de ser adotada pelo casal com o qual possua laços de afetividade³⁷.

Reitera seu entendimento o mesmo Magistrado do STJ ao afirmar que a existência do cadastro de adotantes tende a observar o princípio do melhor interesse do menor e encerra inúmeras vantagens ao procedimento legal da Adoção, pois é feita uma avaliação prévia dos pretensos adotantes por uma comissão técnica disciplinar, minimizando a possibilidade de eventual tráfico de crianças ou mesmo a Adoção por

36 BARATTA, Alessandro. Infância, Lei e Democracia na América Latina: Análise Crítica do Panorama Legislativo no Marco da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança 1990 – 1998. In: *Infância e Democracia*. (org. Emilio García Mendez, Mary Beloff). Trad. Eliete Ávila Wolff. Blumenau: Edifurb, 2001. v. 1. p. 49.

37 “(...) não se está a preterir o direito de um casal pelo outro, uma vez que, efetivamente, o direito destes não está em discussão. O que se busca, na verdade, é priorizar o direito da criança de ser adotada pelo casal com o qual, na espécie, tenha estabelecido laços de afetividade. Já a aferição da aptidão deste ou de qualquer casal para exercer o Poder Familiar dar-se-á na via própria, qual seja, no desenrolar do processo de adoção.” (STJ, 3ª Turma, AgRg na Medida Cautelar nº 15.097 – MG, Rel. Min. Massami Uyeda, j. 05.03.09)

intermédio de influências escusas, além de propiciar igualdade de condições àqueles que pretendem adotar. No entanto, o mesmo Ministro observa que:

“(...) a preferência das pessoas cronologicamente cadastradas para adotar determinada criança não é absoluta. E nem poderia ser. Excepciona-se tal regramento, em observância ao princípio do melhor interesse do menor, basilar e norteador de todo o sistema protecionista do menor, na hipótese de existir vínculo afetivo entre a criança e o pretendente à adoção, ainda que este não se encontre sequer cadastrado no referido registro.”³⁸

A 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, tendo como Relator o Des. Cláudio Santos, concluiu que, com a Lei nº 12.010/09 (“Nova Lei de Adoção”), passou a existir uma espécie de conflito entre a Adoção Consentida (*intuitu personae*), baseada no art. 166 do ECA, e a Adoção a que faz alusão a nova legislação, com destaque àquela prevista no art. 50, § 13, do ECA, que prevê a obrigatoriedade do Cadastro Nacional. Este dispositivo trouxe como regramento geral a obrigatoriedade do cadastro, excepcionando apenas as três hipóteses expressamente previstas³⁹. “Os candidatos que tiverem o desejo de adotar uma criança, e não estiverem contemplados em qualquer das exceções admitidas pelo legislador, deverão estar previamente inscritos no referido cadastro, e aguardar, por um lapso temporal indefinido, pela pretensa adoção(...)”.

Para o ilustre magistrado, a regra sobre a obrigatoriedade do Cadastro Nacional não deve ser vista de forma absoluta, devendo a lei sofrer flexibilizações para que se alcance o verdadeiro ideal de justiça. Além disso, ele observa que não houve revogação expressa, nem tácita, do disposto no art. 166 do ECA, não tendo a nova lei vedado a Adoção *intuitu personae*. Ele acrescenta, ainda, que o

“ato de consentir de forma livre e espontânea, ou seja, permitir a entrega da criança/adolescente a quem deseja recebê-la, deve ser visto, nestas hipóteses, como a melhor maneira de mitigar os efeitos, muitas vezes traumáticos e dolorosos, decorrentes do afastamento/retirada da criança da sua família natural para a colocação na substituta.”⁴⁰

38 STJ, 3ª Turma, REsp nº 1.172.067 – MG, Rel. Min. Massami Uyeda, j. 18.03.2010.

39 Art. 50, § 13, do ECA: *Somente poderá ser deferida adoção em favor de candidato domiciliado no Brasil não cadastrado previamente nos termos desta Lei quando:*

I – se tratar de pedido de adoção unilateral;

II – for formulada por parente com o qual a criança ou adolescente mantenha vínculos de afinidade e afetividade;

III – oriundo o pedido de quem detém a tutela ou guarda legal de criança maior de 3 (três) anos ou adolescente, desde que o lapso de tempo de convivência comprove a fixação de laços de afinidade e afetividade, e não seja constatada a ocorrência de má-fé ou qualquer das situações previstas nos arts. 237 ou 238 desta Lei.

40 TJ-RN, 2ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 2010.004381-2, Rel. Des. Cláudio Santos, j. 16.11.2010.

O entendimento, portanto, é que o cadastro de crianças e adolescentes a serem adotados e casais interessados na Adoção serve, na verdade, “como orientação aos casais que pretendem adotar”, não se devendo dar a “tal listagem uma importância em si mesma, impedindo que se realizem as adoções”⁴¹.

Nessa mesma linha, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, tendo como Relatora a Des. Maria Elza, aponta para a importância de o julgador nortear sua decisão pelo princípio do melhor interesse, principalmente nos litígios que envolvam pedido de modificação de guarda e de Adoção. Para a relatora,

“Não se olvida que o cadastro de adotantes visa evitar fraudes no processo de adoção bem como a adoção direcionada ou *intuitu personae*. Todavia, o mesmo pode ser mitigado em determinadas situações em virtude da aplicação do princípio da prevalência do interesse do menor, notadamente na hipótese de existência de vínculo afetivo entre a criança e os pretendentes à adoção.”⁴²

A Décima Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, tendo como Relatora a Des. Leila Albuquerque, aponta que “o alcance da lei, no sentido de garantir isenção e impessoalidade na Adoção, não afasta a possibilidade de a mãe biológica, por seus próprios motivos, escolher a quem entregar o filho para adoção”⁴³.

No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, destacam-se duas decisões sob a liderança do Des. Luiz Felipe Brasil Santos. Conclui ele: “entregar um filho para ser criado por um casal responsável, estável e vinculado afetivamente com a família de origem não é o mesmo que abandoná-lo, entregando-o à própria sorte”, não sendo a manutenção do poder familiar com quem reconhecidamente não deseja ou não possui condições de ter consigo a criança compatível com o princípio do melhor interesse⁴⁴. Em decisão esclarecedora, o ilustre magistrado aponta para estudos feitos sobre a conformação psíquica dos bebês, observando que a harmonia e a integração entre a criança e seus cuidadores são de suma importância. Segundo o relator, para os estudiosos, o rompimento desta harmonia

“pode gerar sintomas psicossomáticos da síndrome ‘failure to thrive’ (falha no crescer), que redundam em atraso no desenvolvimento cognitivo e emocional,

41 TJ-RS, 7ª Câmara Cível, Comarca de Santa Maria, Apelação Cível nº 70006597223, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, Julg. 13.08.03.

42 TJ-MG, Comarca de Brumadinho, Agravo de Instrumento Cível nº 1.0090.10.000869-8/001, Rel. Des. Maria Elza, Julg. 15.07.2010.

43 TJ-RJ, Décima Oitava Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 0026403-89.2009.8.19.0000 (2009.002.20364), Rel. Des. Leila Albuquerque, Julg. 01.09.09.

44 TJ-RS, 7ª Câmara Cível, Comarca de São Jerônimo, Apelação Cível nº 70017973348, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, Julg. 14.02.07.

potencialmente gerador da depressão anaclítica descrita por René A. Spitz⁴⁵, que ocorre quando o bebê reconhece o vínculo que tem com a mãe e então ocorre a perda ou o afastamento desta cuidadora.”⁴⁶

Na visão do Des. Licínio Carpinelli Stefani, como Relator na Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Mato Grosso, “a escolha da mãe biológica do futuro casal adotante traz um certo grau de confiabilidade, que não se deve desprezar, pois, visa a proteção de sua prole. Deve se pretender assegurar aos menores um futuro melhor para que as vicissitudes da vida não lhe sejam madrastas”⁴⁷.

O Des. Nagib Slaibi Filho, liderando a Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, ao julgar o recurso de Apelação nº 0006371-74.3009.8.19.0061, afirma, citando Maria Berenice Dias:

“Nada, absolutamente nada, impede que a mãe escolha quem sejam os pais de seu filho. Às vezes é a patroa, às vezes uma vizinha, em outros casos um casal de amigos que têm uma maneira de ver a vida, uma retidão de caráter que a mãe acha que seriam os pais ideais para o seu filho. É o que se chama de adoção *intuitu personae*, que não está prevista na lei, mas também não é vedada.”

Conclui o Magistrado:

“A omissão do legislador em sede de adoção não significa que não existe tal possibilidade. Ao contrário, basta lembrar que a lei assegura aos pais o direito de nomear tutor a seu filho (art. 1.729 do CC). E, se há a possibilidade de eger quem vai ficar com o filho depois da morte, não se justifica negar o direito de escolha a quem dar em adoção.”⁴⁸

O que se conclui com as decisões proferidas pelos diversos tribunais brasileiros é que o princípio do melhor interesse torna possível a flexibilização do cadastro previsto por lei de acordo com a situação fática, prevalecendo a relação de afetividade entre a criança e o pretendente à Adoção. Isto porque separar a criança do pretendente com o qual já estabeleceu vínculos afetivos pode gerar uma série de problemas, o que iria contra o interesse maior da criança.

4 CONCLUSÃO

A Adoção Consentida se concretiza com a entrega do filho por aquele que detém o Poder Familiar à pessoa que elege, sem atender necessariamente a ordem

45 SPITZ, R. A. *O Primeiro Ano de Vida: um Estudo Psicanalítico do Desenvolvimento*. São Paulo: Martins Fontes, 1979.

46 TJ-RS, 7ª Câmara Cível, Comarca de São Jerônimo, Apelação Cível nº 70017973348, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 14.02.07.

47 TJ-MT, Primeira Câmara Cível, Recurso de Agravo de Instrumento 23.469/07, Rel. Des. Licínio Carpinelli Stefani, j. 21.05.07.

48 TJ-RJ, 6ª Câmara Cível, Ap. Cível nº 0006371-74.3009.8.19.0061, Rel. Des. Nagib Slaibi, j. 05.05.2010.

cronológica de inscrição no cadastro de adotantes. A análise acima indica a possibilidade jurídica deste tipo de Adoção afastado de seu conceito qualquer tipo de irregularidade ou ilegalidade.

Esta modalidade não se confunde com a “Adoção à brasileira”, identificada no art. 242 do Código Penal, no qual se pune a ação de “dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo ou alterando direito inerente ao estado civil”. O crime é de ação múltipla, apresentando, portanto, diversas figuras típicas. A primeira figura típica – *dar parto alheio como próprio* – é a mulher que apresenta filho de outrem como sendo seu. Comete crime, também, aquele que *inscreve no registro civil como sendo seu* filho o de outra pessoa, nada impedindo a participação criminosa. Excepcionalmente, é admitida a possibilidade de perdão judicial (extinção de punibilidade) para a hipótese de ter sido o crime praticado por motivo de reconhecida nobreza (parágrafo único do art. 242 do CP).

A forma mais frequente de *Adoção à Brasileira* ocorre quando o casal registra a criança, tida por terceiro como filho, usando declarações falsas das maternidades ou hospitais, ou mesmo usando o artifício da mulher comparecer a cartório acompanhada de duas testemunhas e declarar que teve o filho em casa. Nesta situação, é dispensada a apresentação de qualquer documento oficial, mesmo de um médico. Esta figura criminal conduz a duas situações que violam direitos da criança acolhida: além de impossibilitar a investigação da origem genética, há que se reconhecer que, ao ser registrada como filho biológico do casal, “para todos os efeitos legais, não houve adoção”. Completa Suely Mitie Kusano: a fraude, assim cometida, “além de impossibilitar o conhecimento da origem biológica, não raras vezes causa transtornos emocionais ao acolhido, apresentando-se como o maior problema e o mais grave atentatório aos direitos à dignidade pessoal e à personalidade”⁴⁹.

Tratando-se de Adoção consentida, não se deve dispensar a prévia avaliação psicossocial dos pretendentes imposta pela Lei nº 12.010/09 (art. 50 do ECA), o que deve ser repetido no estágio de convivência, indispensável neste tipo de adoção. Merece referência a decisão da 15ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, tendo como Relator o Des. Celso Ferreira Filho, ao apreciar o indeferimento de uma guarda provisória em um processo de Adoção no qual os requerentes não integravam o Cadastro. Entendeu o ilustre Relator que, diante dos laços afetivos que envolviam os adotantes e a criança, devia ser mantida a guarda provisória, indicando, ainda, que o processo de habilitação devesse ser feito no decorrer da lide, não justificando a remessa da criança para um abrigo⁵⁰.

49 KUSANO, Suely Mitie, ob. cit., p. 65.

50 TJ/RJ, 15ª Câmara Cível, AI. nº 2009.002.39831, Rel. Des. Celso Ferreira Filho, j. 30.03.2010.

O *princípio do melhor interesse* da criança está presente na maioria das decisões acima citadas. Compreendê-lo e aplicá-lo com seu caráter hermenêutico apresenta, para quem julga, uma grande margem de possibilidades, permeada por sua subjetividade, obedecendo a um sistema de crenças e valores culturais da sociedade no qual está inserido, estando também implicados sua personalidade, formação pessoal e acadêmica⁵¹.

Como nos demais tipos de *acolhimento familiar*, também a Adoção Consentida deve priorizar a concessão da medida a alguém que pertença à *família ampliada ou extensa*, indicada no parágrafo único do art. 25 do ECA, com a nova redação da Lei nº 12.010/09, compreendendo “parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade”. Não se trata, portanto, de qualquer parente, mas sim de pessoas do núcleo familiar, entre as quais já existe uma convivência permanente; a *afinidade*, no caso, não se traduz pelo conceito do art. 1.595 do Código Civil como parentesco civil decorrente do casamento e da união estável. Na nova lei traduz identificação e estabilidade afetiva no relacionamento com a criança ou adolescente, bem como compromisso e responsabilidade na convivência familiar ou no acolhimento institucional.

As decisões dos Tribunais acima citadas, no entanto, não estabelecem essa condição e na maioria delas pode-se perceber que o melhor interesse do adotando é o elemento prioritário para a concessão da medida.

Além do liame natural de afeto, fato psicológico e anímico, a nova lei destaca a *afetividade* como um liame de ordem civil que pode ser presumido, mesmo quando este faltar na realidade das relações⁵². Há que se considerar afetividade, não só na relação pai e filho, como também no grupo familiar e social.

A ideia de *acolhimento* envolve, também, a *solidariedade humana*, que traduz o dever de assistência à pessoa em situação de perigo, essência fundante da Declaração dos Direitos do Homem, fixando a responsabilidade de cada um por seu semelhante, princípio da preservação da espécie, objeto primordial de todas as ciências⁵³.

Diante das controvérsias que envolvem a institucionalização, a Adoção consentida pode evitar os efeitos nocivos do abrigo, que deixam na criança ou adolescente inevitáveis sequelas. Tratando-se de adotandos que vivenciaram um período significativo em instituições de acolhimento, eles desafiam os adotantes ao criar novos

51 LOPES, Jaqueline Ferreira. O Melhor Interesse da criança e o cuidado. In: *Cuidado e Responsabilidade* (Coord. Tânia da Silva Pereira e Guilherme de Oliveira). São Paulo: Atlas, 2011. p. 115.

52 PEREIRA, Tânia da Silva. O acolhimento e o melhor interesse da criança como princípios norteadores na proteção da infância e juventude. In: *Aspectos psicológicos na prática jurídica* (org. David Zimerman e Antônio Carlos Mathias Coltro). Campinas: Millennium, 2010. p. 572-573.

53 BARBOSA, Aguida Arruda. Mediação e Princípio da Solidariedade Humana. In: *Família e Solidariedade: Teoria e Prática do Direito de Família* (coord. Rodrigo da Cunha Pereira). Rio de Janeiro: IBDFAM/Lumen Juris, 2008. p. 21.

hábitos, estabelecer limites, verbalizar medos, angústias e dificuldades; são frequentes os confrontos até se consolidarem relações de confiança. Privados do convívio dentro de um grupo familiar ou oriundos de famílias marcadas por violência, privações e negligência, desafiam os adotantes com mecanismos próprios de solução de conflitos.

Na Adoção consentida essas dificuldades podem ser vencidas mais facilmente, nas adoções tardias quando, em algumas hipóteses, permite aos adotantes obter dos genitores ou de seus familiares informações sobre as características próprias dos adotandos. Tratando-se da entrega de crianças muito pequenas, tais dificuldades podem ser evitadas ou amenizadas.

Precisamos vencer o estigma da necessidade de esconder a origem do adotado ou de impor à mulher a obrigação de ficar com o filho, mesmo sem ter condições emocionais, familiares ou socioeconômicas de criá-lo. As mudanças radicais no conceito de família não conseguiram romper com a intolerância em relação às mulheres que manifestam o desejo de entregar o filho à Adoção.

Suely Mitie Kusano destaca a necessidade das avaliações psicológica, social e econômica nas Adoções consentidas; a análise técnica, a intervenção do Ministério Público e a atuação do juiz mais crescente em importância acentuam a perspicácia e experiências profissionais para garantir os prioritários interesses da criança ou do adolescente, sendo mais oportuna e conveniente que as avaliações técnicas sejam feitas, vinculando-se adotante e adotado, analisando-se as compatibilidades necessárias⁵⁴.

O mito do amor materno, muitas vezes, impede de examinar com objetividade e clareza esta grave questão para que se possa encontrar as soluções necessárias e adequadas. “Poucos querem penetrar no mundo sombrio dessas almas para desvendar seus segredos, apurar suas dores e compreender seu desespero, sua loucura e até mesmo sua maldade”. Completa Maria Antonieta Pisano Motta, “julga-se, critica-se a mulher que pare mas que não pode ou talvez não deva mesmo permanecer com o filho que deu à luz”⁵⁵.

A mudança do paradigma do *abandono* para a *entrega* representa a efetiva noção do cuidado como “valor implícito nas normas de proteção de pessoas em estado de vulnerabilidade, apresentando duas faces: o direito de ser cuidado, e o dever de cuidar, ambos fundados na dignidade da pessoa humana”⁵⁶.

54 KUSANO, Suely Mitie, ob. cit., p. 212.

55 MOTTA, Maria Antonieta Pisano. Mães que abandonam e mães abandonadas. In: *Além da Adoção*. Encarte publicado no Jornal *Le Monde Diplomatique – Brasil* – out. 2011, p. 4.

56 DECCHACHE, Lúcia Cristina Guimarães. A vulnerabilidade da criança como pressuposto para o reconhecimento do parentesco socioafetivo. In: *Cuidado e Vulnerabilidade* (Coord. Tânia da Silva Pereira e Guilherme de Oliveira). São Paulo: Atlas, 2009. p. 146.

Nessa redefinição de prioridades o Magistrado, em todas as instâncias jurisdicionais, é o personagem central no contexto de decisões controversas que envolvem a Adoção consentida. Controversas situações humanas exigem *coragem* antes de tudo, mesmo diante de inúmeras formalidades legais. Valendo-se de princípios constitucionais, ele deve gerenciar vaidades e disputas humanas próprias do mundo dos adultos para priorizar, acima de tudo, o melhor interesse da criança.

Apesar dos esforços desenvolvidos nos últimos dois anos ainda é flagrante o número incontável crianças abandonadas e institucionalizadas; cabe aos operadores do direito assumir essa realidade e rever as ideias rígidas e fechadas que têm dominado a compreensão e regulamentação da Adoção. Com Flávio Rodrigo Freire Ferreira, sugiro que se preste mais atenção nas práticas e nos valores que movem os atores sociais envolvidos⁵⁷.

Repita-se à exaustão: deve-se priorizar na Adoção Consentida a efetiva avaliação psicossocial dos genitores e dos pretendentes à Adoção proporcionando-lhes a oportunidade de uma decisão madura e definitiva.

Também devem ser atendidas as exigências do art. 166 do ECA relativas a oitiva judicial dos genitores que pretendem entregar o filho em Adoção, lembrando que na forma do parágrafo único do art. 13 do ECA devem as mães e gestantes que assim desejam “ser obrigatoriamente encaminhadas à Justiça da Infância e Juventude”, incorrendo aqueles que se omitem nesta providência (o médico, enfermeiro ou dirigente de estabelecimento de atenção à saúde de gestante) nas penalidade do art. 258-B do ECA.

Conclui-se, portanto, que a obediência da ordem cronológica das pessoas cadastradas deve ser a regra básica a ser atendida pelo Sistema de Justiça no que concerne à Adoção, admitindo-se, também, a opção lúcida e definitiva dos genitores de entregar o filho à pessoa que para eles representa a oportunidade de uma vida melhor.

Finalmente, entregar um filho em Adoção também é um ato de amor.

Como preconizou o Magistrado Cassiano Marcondes Rangel (TJSP) em decisão precursora datada de 15.06.1948,

“A lei deve ser, nas mãos do seu aplicador, um instrumento de realização do bem social. O rigorismo da interpretação literal dos textos legais pode, muitas vezes, levar-nos ao divórcio da realidade, que significa o primeiro passo para uma injustiça.”⁵⁸

57 FERREIRA, Flávio Rodrigo Freire. A circulação de crianças e a adoção à brasileira. In: *Além da Adoção*. Encarte publicado no Jornal *Le Monde Diplomatique – Brasil* – out. 2011, p. 9.

58 A sentença do Exmo. Sr. Dr. Juiz da Comarca de São Paulo, Dr. Cassiano Marcondes Rangel, datada de 15.06.48, foi confirmada pelo TJSP na Ap. Cível nº 37.992, do mesmo ano.

Agradecimentos especiais às estagiárias Livia Teixeira Leal e Aline Esteves pelo apoio nas pesquisas.

DIREITO À IDENTIDADE DE GÊNERO, REDESIGNAÇÕES IDENTITÁRIAS E O ESTATUTO DA DIVERSIDADE SEXUAL

*Tereza Rodrigues Vieira**

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Identidade de Gênero. 3 Jurisprudência Brasileira. 4 Projeto de Lei – Direito à identidade de Gênero e o Estatuto da Diversidade Sexual. 5 Considerações Finais.

1 INTRODUÇÃO

Em 1996, iniciamos a propositura das primeiras Ações judiciais em defesa do direito à mudança do nome e do sexo do transexual no Registro Civil, objetivando adequar a documentação pessoal à sua verdadeira identidade de gênero. Muitos estudos já comprovaram que a inclusão social só é possível com a nova documentação.

Devido à inexistência de lei específica, tivemos dificuldades em romper preconceitos, mas com apoio no Direito Comparado e na Bioética, explicitamos a cientificidade da questão transexual e conseguimos êxito em todas as Ações propostas, exceto em um processo em que o cliente preferiu não Apelar, por entender ser mais difícil, naquela época, convencer os Desembargadores do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Apesar de termos formado jurisprudência, ainda nos deparamos com uma ou outra sentença desfavorável, obrigando-nos a buscar o reconhecimento do direito à identidade sexual e de gênero em instâncias superiores. Alguns promotores e juízes temem que a nova Certidão possa levar o futuro cônjuge desavisado ao *erro* acerca da identidade anterior do pretendente, vez que defendemos que as anotações concernentes à alteração devem constar apenas no Livro do Registro que se encontra no Cartório. Cabe àquele que se submeteu à cirurgia revelar ou não o seu passado, arcando com as consequências da não revelação. A ética, a lealdade e o respeito devem prevalecer em todas as relações e uniões, fortalecendo o amor.

* Pós-Doutora em Direito pela Université de Montreal (Canadá); Doutora em Direito PUC-SP/Universidade de Paris; Professora do Curso de Mestrado em Direito Processual e Cidadania da UNIPAR (Direito, Tecnologia em Estética e Cosmética e Enfermagem); Consultora nomeada pela Ordem dos Advogados do Brasil para elaboração do Estatuto da Diversidade Sexual.

2 IDENTIDADE DE GÊNERO

Identidade de gênero é uma experiência interna e individual do gênero de cada pessoa, que pode ou não corresponder ao sexo atribuído no nascimento. Trata-se de uma convicção íntima da pessoa em pertencer ao gênero masculino ou feminino. É a percepção que a pessoa tem de si.

Quando o gênero verdadeiro não corresponde ao sexo de nascimento instala-se na pessoa um mal-estar que ocasiona múltiplas dificuldades diárias, sentimento de total inadequação. A discordância entre o papel ou desenvolvimento psíquico e social, com sua identidade de registro, impedem o desenvolvimento de sua personalidade e sua dignidade como pessoa.

Tal indivíduo, desde a infância, mas principalmente na puberdade, assume comportamento pessoal, social e emotivo correspondente ao do gênero oposto. Desenvolve-se em todos os âmbitos da sua vida, seja familiar ou social, como do gênero oposto, exibindo características físicas e vestimentas correspondentes ao que a sociedade atribui ao gênero adverso, relacionando-se com a família, amigos e conhecidos como tal.

Não reconhecer o direito do transexual à adequação do sexo e nome fere os direitos fundamentais à dignidade da pessoa e o livre desenvolvimento da personalidade, intimidade, igualdade, honra, imagem, à proteção à saúde etc. Ademais, as normas devem ser interpretadas de conformidade com a realidade social.

O livre desenvolvimento da personalidade se projeta em sua imagem e se desenvolve dentro de um âmbito privativo, no qual não se deve tolerar invasões. O transexual tem direito à liberdade de espírito. Age e pensa de acordo com o que aceita ser e julga ser. O que parece dissonante aos outros, é harmônico a ele próprio, à sua personalidade.

A Medicina descreve o transtorno de identidade de gênero como o desejo de viver e ser aceito como pessoa do sexo oposto (gênero), acompanhado por sentimento de inadequação social e psicológica ao seu próprio sexo anatômico.

Assim, o transtorno de identidade de gênero está caracterizado na Classificação Internacional de Doenças, CID 10, F 64.0, embora haja um forte movimento mundial para retirar a transexualidade do rol de doenças, como ocorreu com a homossexualidade na CID anterior. Esta não mais integra a lista de patologias.

3 JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Em nome do princípio da dignidade da pessoa humana, os tribunais nacionais vêm reconhecendo unanimemente nossa tese de que não deve haver nenhuma menção ao nome e estado anterior do transexual na Certidão de Nascimento, devendo esta se restringir ao Livro de Registro.

Não é justo impor ao transexual constrangimentos decorrentes da exibição de seu prenome e documentos pessoais que não se harmonizam com sua designação física e psicológica.

O Superior Tribunal de Justiça tem seguido o nosso entendimento. A Ministra Fátima Nancy Andrighi, *in verbis*:

“DIREITO CIVIL. Recurso especial. Transexual submetido à cirurgia de redesignação sexual. Alteração do prenome e designativo de sexo. Princípio da dignidade da pessoa humana. Sob a perspectiva dos princípios da Bioética – de beneficência, autonomia e justiça –, a dignidade da pessoa humana deve ser resguardada, em um âmbito de tolerância, para que a mitigação do sofrimento humano possa ser o sustentáculo de decisões judiciais, no sentido de salvaguardar o bem supremo e foco principal do Direito: o ser humano em sua integridade física, psicológica, socioambiental e ético-espiritual. A afirmação da identidade sexual, compreendida pela identidade humana, encerra a realização da dignidade, no que tange à possibilidade de expressar todos os atributos e características do gênero imanente a cada pessoa. Para o transexual, ter uma vida digna importa em ver reconhecida a sua identidade sexual, sob a ótica psicossocial, a refletir a verdade real por ele vivenciada e que se reflete na sociedade. A falta de fôlego do Direito em acompanhar o fato social exige, pois, a invocação dos princípios que funcionam como fontes de oxigenação do ordenamento jurídico, marcadamente a dignidade da pessoa humana – cláusula geral que permite a tutela integral e unitária da pessoa, na solução das questões de interesse existencial humano. Em última análise, afirmar a dignidade humana significa para cada um manifestar sua verdadeira identidade, o que inclui o reconhecimento da real identidade sexual, em respeito à pessoa humana como valor absoluto. Somos todos filhos agraciados da liberdade do ser, tendo em perspectiva a transformação estrutural por que passa a família, que hoje apresenta molde eudemonista, cujo alvo é a promoção de cada um de seus componentes, em especial da prole, com o insigne propósito instrumental de torná-los aptos de realizar os atributos de sua personalidade e afirmar a sua dignidade como pessoa humana.”

Continua, mais adiante:

“Vetar a alteração do prenome do transexual redesignado corresponderia a mantê-lo em uma insustentável posição de angústia, incerteza e conflitos, que inegavelmente atinge a dignidade da pessoa humana assegurada pela Constituição Federal. No caso, a possibilidade de uma vida digna para o recorrente depende da alteração solicitada. (...) Deve, pois, ser facilitada a alteração do estado sexual, de quem já enfrentou tantas dificuldades ao longo da vida, vencendo-se a barreira do preconceito e da intolerância. O Direito não pode fechar os olhos para a realidade social estabelecida, notadamente no que concerne à identidade sexual, cuja realização afeta o mais íntimo aspecto da vida privada da pessoa. E a alteração do designativo de sexo, no registro civil, bem como do prenome do operado, é tão importante quanto a adequação cirúrgica, porquanto é desta um desdobramento,

uma decorrência lógica que o Direito deve assegurar. Assegurar ao transexual o exercício pleno de sua verdadeira identidade sexual consolidada, sobretudo, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, cuja tutela consiste em promover o desenvolvimento do ser humano sob todos os aspectos, garantindo que ele não seja desrespeitado tampouco violentado em sua integridade psicofísica. Poderá, dessa forma, o redesignado exercer, em amplitude, seus direitos civis, sem restrições de cunho discriminatório ou de intolerância, alcançando sua autonomia privada em patamar de igualdade para com os demais integrantes da vida civil. A liberdade se refletirá na seara doméstica, profissional e social do recorrente, que terá, após longos anos de sofrimentos, constrangimentos, frustrações e dissabores, enfim, uma vida plena e digna.”

Ressalta ainda Andrighi argumentação por nós defendida no campo da bioética, nossa área de atuação profissional,

“negar a pretensão do transexual de ter alterado o designativo de sexo e nome, subjaz o perigo de estímulo a uma nova prática de eugenia social, objeto de combate da Bioética, que deve ser igualmente combatida pelo Direito, não se olvidando os horrores provocados pelo holocausto no século passado. Recurso especial provido.” (cf. REsp 1.008.398/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 15.10.09, DJe 18.11.09).

No mesmo sentido, entendeu o Ministro Otávio de Noronha:

“REGISTRO PÚBLICO. MUDANÇA DE SEXO. EXAME DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. (...) 4. A interpretação conjugada dos arts. 55 e 58 da Lei nº 6.015/73 confere amparo legal para que transexual operado obtenha autorização judicial para a alteração de seu prenome, substituindo-o por apelido público e notório pelo qual é conhecido no meio em que vive. 5. Não entender juridicamente possível o pedido formulado na exordial significa postergar o exercício do direito à identidade pessoal e subtrair do indivíduo a prerrogativa de adequar o registro do sexo à sua nova condição física, impedindo, assim, a sua integração na sociedade. 6. No livro cartorário, deve ficar averbado, à margem do registro de prenome e de sexo, que as modificações procedidas decorreram de decisão judicial.” (REsp 737.993/MG, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, j. 10.11.09, DJe 18.12.09)

Os magistrados de primeira instância seguem referidas decisões. Vejamos:

“Após o trânsito em julgado, expeça-se mandado de averbação, consignando-se que no livro cartorário, à margem do registro das retificações de prenome e de sexo do requerente, deve-se averbar que as aludidas alterações decorreram de sentença judicial em ação de retificação de registro civil. Entretanto, *referida averbação deve constar apenas do livro de registros*, não podendo constar nas certidões do registro público competente, consoante entendimento do Egrégio Superior Tribunal de

Justiça (Recurso Especial nº 737.993), sob pena de se ensejar a manutenção de situações constrangedoras e discriminatórias.” (Juíza de Direito Daniela Maria Cilentto Morsello da 1ª Vara da Família e Sucessões do Foro Regional XI Pinheiros, São Paulo, em 22.12.2010, seguindo entendimento da promotora e, corroborando entendimento atual do STJ)

Também:

“Isto posto, *julgo procedente* a presente ação, para determinar a *retificação* do registro civil do requerente, alterando seu prenome, de L. para P., e ainda, alterando o seu sexo, de MASCULINO para FEMININO, permanecendo o restante INALTERADO. Expeça-se mandado de averbação, *sem registro da decisão judicial na Certidão de Nascimento da requerente, mas apenas no livro de registros.*” (008.08.104225-7, 09.12.2009. Foro Regional do Tatuapé, 2ª Vara da Família e Sucessões, São Paulo. Da Obra *Nome e Sexo*, Tereza Rodrigues Vieira)

Ainda:

“Com o trânsito em julgado, expeça-se mandado de averbação, consignando-se que, no livro próprio, à margem dos registros de retificação de prenome e do sexo da requerente, deve-se averbar que as aludidas alterações decorreram de sentença judicial em ação de retificação de registro civil. No entanto, *referida alteração deve constar apenas do livro de registros*, não podendo constar nas certidões de registro público competente, consoante entendimento do egrégio Superior Tribunal de Justiça (Recurso Especial nº 737.993), sob pena de ensejar a manutenção de situações discriminatórias.” (Juiz de Direito Alexandre Dartanhan de Mello Guerra, 6ª Vara Cível da Comarca de Sorocaba, aos 31.08.2011. Da Obra *Nome e Sexo*, Tereza Rodrigues Vieira)

Cumpre aqui citar importante decisão da 10ª Turma do TJSP que autorizou a adequação de nome e de sexo a pessoa que possuía anterior envolvimento criminal. Segundo o erudito relator, Maurício Vidigal, poderiam ser expedidos ofício aos órgãos de registro das cidades ou estados onde residiu o requerente para atualização dos registros criminais. Eis a ementa:

“REGISTRO CIVIL. Nome. Mudança de prenome e de sexo. Transexual que se submeteu a ablação do órgão externo masculino. Retificação do registro deferida. Apelação do Ministério Público. Desnecessidade de conversão do julgamento em diligência, em face da existência de anterior envolvimento criminal. Impossibilidade de aceitação de que alguém pudesse se submeter a cirurgia castradora apenas para poder mudar de nome e escapar ao registro de antecedentes criminais. Possibilidade de expedição de ofício aos órgãos de registro das cidades ou estados onde residiu o requerente para atualização dos registros criminais. Proibição de mudança do prenome que não é absoluta. Neurodiscordância de gênero que pode induzir situações de constrangimento no dia a dia e que podem ser resolvidas com a retificação do

registro civil. Recurso desprovido.” (TJSP. Ap. Cível nº 427.435-4/3. São José do Rio Preto. 10ª Câmara de Direito Privado. Relator Maurício Vidigal. J. 11.11.08, V.u. In: Jurid Premium, Ementário Cível, v. XVI. Apud VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Nome e sexo*. São Paulo: Atlas, 2012.).

Vencido o relator, em 06.03.09, decidiu a 7ª Turma Cível do TJMG, dando provimento ao recurso, reconhecendo ao transexual a redesignação do estado sexual e do prenome no assento de seu nascimento. Vejamos a ementa:

“RETIFICAÇÃO DE REGISTRO DE NASCIMENTO. TRANSEXUAL. CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO JÁ REALIZADA. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. MUDANÇA DE NOME. NECESSIDADE PARA EVITAR SITUAÇÕES VEXATÓRIAS. INEXISTÊNCIA DE INTERESSE GENÉRICO DE UMA SOCIEDADE DEMOCRÁTICA À INTEGRAÇÃO DO TRANSEXUAL. A força normativa da constituição deve ser vista como veículo para a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, que inclui o direito à mínima interferência estatal nas questões íntimas e que estão estritamente vinculadas e conectadas aos direitos da personalidade. Na presente ação de retificação não se pode desprezar o fato de que o autor, transexual, já realizou cirurgia de transgenitalização para mudança de sexo e que a retificação de seu nome evitar-lhe-á constrangimentos e situações vexatórias. Não se deve negar ao portador de disforia do gênero, em evidente afronta ao texto da lei fundamental, o seu direito à adequação do sexo morfológico e psicológico e a consequente redesignação do estado sexual e do prenome no assento de seu nascimento. V.V.”

(Ap. Civ. nº 1.0024.05.778220-3/001, TJMG, vencido o relator Edivaldo George dos Santos. Apud VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Nome e sexo*. São Paulo: Atlas, 2012.)

Assim, embora inexista lei específica tutelando o direito do transexual em adequar seu Registro Civil, no tocante à mudança do nome e do sexo, a questão tem sido solucionada pelas vias constitucionais, princípios gerais de direito previstos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), Lei dos Registros Públicos e na conveniência e oportunidade previstas no Código de Processo Civil.

O princípio constitucional disposto no art. 1º, III, de forma sintética, prevê que o Brasil é um Estado Democrático de Direito e tem como fundamento: “a dignidade da pessoa humana”, portanto, é digno ao transexual, como qualquer pessoa, ter um nome conforme o seu gênero, que expresse a sua realidade e aparência, cessando assim os constrangimentos constantes.

4 PROJETO DE LEI – DIREITO À IDENTIDADE DE GÊNERO E O ESTATUTO DA DIVERSIDADE SEXUAL

Considera-se diversidade sexual as várias maneiras de se expressar a sexualidade humana. No Brasil, as minorias sexuais sempre foram marginalizadas pela sociedade

e pelos Poderes Públicos, sendo-lhes negado acesso aos direitos essenciais previstos para os heterossexuais.

No último quinquênio, a comunidade LGBT (lésbicas, *gays*, bissexuais, travestis e transexuais), esquecida pelo Legislativo, tem merecido, paulatinamente, atenção do Judiciário no tocante ao reconhecimento de alguns direitos. Contudo, não são suficientes para coibir a violência gerada pela homofobia, flagrante violação do princípio da igualdade.

Através da Portaria nº 016/2011, a Ordem dos Advogados do Brasil-Federal, criou Comissão Especial da Diversidade Sexual para elaboração do Estatuto da Diversidade Sexual com o objetivo de tratar dos direitos da população LGBT. Tal comissão é presidida por Maria Berenice Dias e integrada por Adriana Galvão M. Abílio (SP), Jorge Marcos Freitas (DF), Marcos Vinicius Torres Pereira (RJ), Paulo Mariante (SP), Daniel Sarmento (RJ), Luís Roberto Barroso (RJ), Rodrigo da Cunha Pereira (MG) e por mim, Tereza Rodrigues Vieira (SP). Diversos profissionais, militantes, além da comissão, também opinaram e enviaram sugestões à Presidente da Comissão, tendo sido muitas delas incorporadas ao texto.

Após diversas reuniões, presenciais e virtuais, chegou-se a um texto do anteprojeto que instituiu o Estatuto da Diversidade Sexual e altera diversas Leis. Referido anteprojeto, com 111 artigos, foi entregue no dia 23 de agosto de 2011 pela Comissão ao Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, Ophir Cavalcante, ao Presidente da Câmara Federal, Marco Maia e ao Presidente do Senado, José Sarney. A Comissão também entregou Proposta de Emenda Constitucional.

O Pleno do Conselho Federal da OAB aprovou projeto de Proposta de Emenda à Constituição (PEC), que prevê alteração do art. 3º, inciso IV, da CF, que defende como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: “IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, etnia, raça, sexo, gênero, *orientação sexual ou identidade de gênero*, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

O envio da proposta teve ainda o objetivo de manifestar ao Parlamento que a OAB exerce pressão legítima por uma demanda da sociedade, ao requerer aprovação de lei de proteção aos direitos de homossexuais, lésbicas, bissexuais, transexuais, travestis, transgêneros e intersexuais.

Reconhece referido estatuto igual dignidade jurídica a heterossexuais, homossexuais, bissexuais, transexuais, travestis, transgêneros, intersexuais, individualmente, em comunhão e nas relações sociais, respeitadas as diferentes formas de conduzirem suas vidas, de conformidade com sua orientação sexual ou identidade de gênero.

Nossa maior contribuição para este Estatuto da Diversidade Sexual concerne, principalmente, aos aspectos que envolvem os transexuais. Travestis, transexuais, transgêneros e intersexuais têm direito à livre expressão de sua identidade de gênero.

Deve ser assegurado aos transexuais e intersexuais o acesso, particular ou pelo SUS, aos procedimentos médicos, cirúrgicos e psicológicos destinados à adequação do sexo morfológico à identidade de gênero.

Os transexuais poderão realizar as cirurgias de adequação sexual somente a partir dos 18 anos de idade. É reconhecido aos transexuais e intersexuais o direito à retificação do nome e da identidade sexual, para adequá-los à sua identidade psíquica e social, independentemente de realização da cirurgia de transgenitalização. A sentença de adequação do nome e sexo dos transexuais será averbada no Livro de Registro Civil de Pessoas Naturais, sendo também assegurada a retificação em todos os outros registros e documentos, sem qualquer referência à causa que ensejou a mudança. Nas certidões não podem constar quaisquer referências à mudança levada a efeito, a não ser a requerimento da parte ou por determinação judicial.

O direito ao uso do nome social é garantido aos transexuais, travestis e intersexuais que possuam identidade de gênero distinta do sexo morfológico, pelo qual são reconhecidos e identificados em sua comunidade: I – em todos os órgãos públicos da administração direta e indireta, na esfera federal, estadual, distrital e municipal; II – em fichas cadastrais, formulários, prontuários, entre outros documentos do serviço público em geral; III – nos registros acadêmicos das escolas de ensino fundamental, médio e superior.

Cumpra aqui lembrar que o art. 72 assegura aos transexuais, travestis, transgêneros e intersexuais, o registro do nome social na Carteira de Trabalho e nos assentamentos funcionais, devendo assim serem identificados no ambiente de trabalho.

Quanto ao uso de banheiros, em todos os espaços públicos e abertos ao público, é assegurado o uso das dependências e instalações correspondentes à identidade de gênero.

Considera-se direitos sociais aqueles que visam garantir aos cidadãos as condições materiais imprescindíveis para o pleno gozo dos seus direitos, ou seja, saúde, educação, previdência social, trabalho e moradia. Assim, o Estatuto proíbe qualquer discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero em hospitais, ambulatórios, postos de saúde e consultórios médicos. Sou contrária ao disposto no art. 48 do presente Estatuto no que concerne a inclusão obrigatória do quesito “orientação sexual” nos formulários e prontuários de informação nos sistemas hospitalares públicos e privados. Isto é uma questão íntima e pessoal, que não precisa ser exarada em formulário algum. Se a pessoa quiser, menciona esta particularidade ao médico,

mas isto cabe exclusivamente a ela decidir. Ademais, *orientação sexual* não é doença e o organismo do homossexual não é diferente do heterossexual ou do bissexual.

Os leitos de internação hospitalar devem respeitar e preservar a identidade de gênero dos pacientes.

Veda o Estatuto o oferecimento de tratamento de reversão da orientação sexual ou identidade de gênero, bem como promessas de cura.

No que concerne aos direitos previdenciários, são estes garantidos a todas as pessoas, independentemente da orientação sexual ou identidade de gênero. No tocante ao direito à educação, prevê o estatuto que os estabelecimentos de ensino devem coibir, no ambiente escolar, situações que visem intimidar, ameaçar, constranger, ofender, castigar, submeter, ridicularizar, difamar, injuriar, caluniar ou expor aluno a constrangimento físico ou moral, em decorrência de sua orientação sexual ou identidade de gênero.

Cabe ao poder público promover a capacitação dos professores para uma educação inclusiva, bem como ações com o objetivo de elevar a escolaridade de homossexuais, bissexuais, transexuais, travestis e intersexuais, de modo a evitar a evasão escolar.

Nas escolas de ensino fundamental e médio e nos cursos superiores é assegurado aos transexuais, travestis, transgêneros e intersexuais, no ato da matrícula, o uso do nome social o qual deverá constar em todos os registros acadêmicos.

No que diz respeito ao direito ao trabalho, o Estatuto veda inibir o ingresso, proibir a admissão ou a promoção no serviço privado ou público, em função da orientação sexual ou identidade de gênero do profissional. Configura discriminação demitir, de forma direta ou indireta empregado, em razão da orientação sexual ou identidade de gênero.

A administração pública e a iniciativa privada devem promover campanhas com o objetivo de elevar a qualificação profissional de travestis e transexuais, transgêneros e intersexuais.

No tocante ao direito à moradia, é proibida qualquer restrição à aquisição ou à locação de imóvel em decorrência da orientação sexual ou identidade de gênero do adquirente ou locatário.

Estabelece o Estatuto que as demandas que tenham por objeto os direitos decorrentes da orientação sexual ou identidade de gênero devem tramitar em segredo de justiça.

As ações não criminais são da competência das Varas de Família e os recursos devem ser apreciados por Câmaras Especializadas em Direito de Família dos Tribunais de Justiça, onde houver.

É assegurada visita íntima nos presídios, independente da orientação sexual ou identidade de gênero do preso. O encarceramento no sistema prisional deve atender à identidade sexual do preso, ao qual deve ser assegurada cela separada se houver risco à sua integridade física ou psíquica.

O Estatuto da Diversidade Sexual prevê o *crime de homofobia*. Incorre nas sanções do art. 100, aquele que praticar condutas discriminatórias ou preconceituosas previstas no Estatuto em razão da orientação sexual ou identidade de gênero. A pena será a de reclusão de dois a cinco anos. Incidirá na mesma pena toda a manifestação que incite o ódio ou pregue a inferioridade de alguém em razão de sua orientação sexual ou de identidade de gênero.

Passará a ser crime deixar de contratar alguém ou dificultar a sua contratação, quando atendidas as qualificações exigidas para o cargo ou função, motivado por preconceito de sexo, orientação sexual ou identidade de gênero. A pena será a reclusão de um a três anos. Tal pena é aumentada de um terço se a discriminação se dá no acesso aos cargos, funções e contratos da administração pública.

Aquele que, durante o contrato de trabalho ou relação funcional, discrimina alguém motivado por preconceito de sexo, orientação sexual ou identidade de gênero, incorrerá nas mesmas penas.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É dever do Estado e da sociedade garantir a todos o pleno exercício da cidadania, a igualdade de oportunidades e direitos objetivando a inclusão social dos transexuais e intersexuais.

A nosso ver, dia chegará em que o próprio transexual procurará o Cartório munido de um laudo de um médico credenciado e demandará a adequação dos seus documentos, sem necessidade de um processo judicial. Haveria recurso ao tribunal somente na hipótese de manifestação de um terceiro.

Ao se admitir a adequação dos documentos, o Estado reconhece ao transexual o direito a contrair matrimônio. Em geral, as tendências transexuais são anteriores ao matrimônio. Apesar disso, entendemos que o celibato não deve ser imposto como condição para a realização da cirurgia, muito menos para a adequação dos documentos. A sentença que ordena a adequação de sexo possui efeitos *ex nunc*, no entanto,

não está o transexual isento da obrigação de prestar alimentos ao ex-cônjuge e aos filhos, caso os tenha.

A transexualidade por si só não retira do indivíduo a idoneidade e a aptidão para guarda ou adoção de uma criança, por entendermos que este possui a capacidade de dar à criança a família que lhe falta.

Destarte, esperamos que o Estatuto da Diversidade Sexual vislumbre a efetivação no Brasil da promoção da cidadania e do combate ao preconceito, à vulnerabilidade e à discriminação por orientação sexual e por identidade de gênero. Enfim, que as pessoas possam viver e ser reconhecidas como realmente são, sem medo de mostrar a cara. Chega de se esconder! Afinal, como diz o cantor e compositor Guilherme Arantes: “Apesar da dor que ficou, mais feliz é quem não se guardou”.

AVANÇOS E DESAFIOS PARA OS DIREITOS HUMANOS DA COMUNIDADE LGBT NO BRASIL

*Toni Reis**

SUMÁRIO: Avanços Mais Antigos. Alguns Princípios. Situação-Problema dos Direitos Humanos da População LGBT no Brasil. Avanços Mais Recentes – Movimento LGBT e Políticas Públicas Específicas. Desafios. Conclusão. Referências.

AVANÇOS MAIS ANTIGOS

No Brasil, segundo as fontes que prevalecem, o início do movimento em prol da igualdade de direitos de lésbicas, *gays*, bissexuais, travestis e transexuais (LGBT) ocorreu por volta de 1978. Isso por si só representa um avanço significativo. Marcos importantes neste sentido foram o surgimento do Grupo Somos de Afirmação Homossexual, em São Paulo, entre 1978 e 1983, o Grupo Gay da Bahia, em 1980, entre outros grupos, bem como o lançamento do jornal *Lampião da Esquina* e sua circulação entre 1978 e 1981 (GRUPO SOMOS, 1981; LAMPIÃO DA ESQUINA, 1978-1981).

Apesar do surgimento concomitante da epidemia da aids e seu impacto inicial na população *gay* – com reflexos graves no recém-surgido Movimento Homossexual Brasileiro –, houve dois marcos particularmente significativos em relação aos direitos humanos das pessoas LGBT no Brasil na década de 1980. Em 9 de fevereiro de 1985 o Conselho Federal de Medicina transferiu o diagnóstico de Homossexualidade [código 302.0] da categoria de Desvios e transtornos sexuais para a de Outras circunstâncias psicossociais, todos da Classificação Internacional de Doenças (CID, 9ª revisão, 1975, apud OLIVEIRA, 1985). Nisto, o Brasil antecedeu em cinco anos a aprovação em 17 de maio de 1990, pela 43ª Assembleia Geral da Organização Mundial da Saúde (OMS), da retirada do código 302.0 da Classificação Internacional de Doenças. A nova classificação da OMS, a CID 10, entrou em vigor entre os países-membros das Nações Unidas em 1993, pondo fim à patologização da homossexualidade. A posição

* Presidente da Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais – ABGLT, gestão 2010-2012.

vanguarda do Conselho Federal de Medicina do Brasil ocorreu em decorrência de uma mobilização liderada principalmente pelo ativista João Antonio Mascarenhas, em atuação conjunta com o Grupo Gay da Bahia (CONSELHO, 1985).

Outro fato, embora não tivesse tido êxito, é emblemático até hoje do ativismo pelos direitos humanos das pessoas LGBT, como também é representativo da oposição de fundamentalistas religiosos à igualdade de direitos das pessoas LGBT. Trata-se da tentativa de incluir na redação do art. 5º da Constituição Federal de 1988 a expressão proibição da discriminação por motivo de orientação sexual¹. Novamente, João Antonio Mascarenhas esteve à frente dessa empreitada. O ativista foi ao Congresso Nacional defender a proposição e registrou em publicação específica a votação a respeito da mesma: 130 a favor; 317 contra; 14 em branco; 60 não foram ao plenário; 38 estavam ausentes do Congresso (MASCARENHAS, 1997, p. 89-106). A votação também ficou registrada pela Folha de São Paulo (1987, p. A-5):

“Os parlamentares evangélicos monopolizaram as discussões ontem durante a reunião matutina da Comissão da Soberania e dos Direitos do Homem e da Mulher do Congresso constituinte. Travaram um acirrado debate em torno da situação dos homossexuais no contexto da nova Constituição. A discussão chegou a tal ponto que o deputado Costa Ferreira (PFL-MA), de centro, ameaçou de ‘maldição e castigo’ os constituintes que ‘forem tolerantes com os homossexuais.’”

ALGUNS PRINCÍPIOS

Neste momento é oportuno refletir sobre o que a nova Constituição de 1988 significou para o subsequente avanço dos direitos humanos no Brasil no período pós-ditadura. Pode-se afirmar que vários dos Princípios Fundamentais e vários dos Direitos e Garantias Fundamentais contidos na Constituição de 1988 tiveram sua inspiração na Declaração Universal de Direitos Humanos.

Entre outras disposições, a Declaração Universal estabelece que “todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos” (art. 1º); que “toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição” (art. 2º); que “toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal” (art. 3º); e que “todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei” (art. 7º) (ONU, 1948).

1 Embora haja divergências, o termo orientação sexual geralmente é considerado como se referindo essencialmente a três formas de atração sexual, emocional e afetiva: heterossexual (por pessoas do sexo oposto); homossexual (por pessoas do mesmo sexo); e bissexual (por pessoas de ambos os sexos), podendo, além da atração, envolver relações íntimas e sexuais (PRINCÍPIOS de Yogyakarta, 2007, p. 7).

Por sua vez, a Constituição de 1988 estabelece como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, inciso IV), e afirma que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade (...)” (art. 5º) (BRASIL, 2008a).

Embora haja diversos outros princípios contidos na Constituição que fundamentam os direitos humanos, os citados acima estão entre os mais significativos. Outro princípio imprescindível ao tratar dos direitos humanos das pessoas LGBT é a laicidade do Estado, no sentido de haver separação entre o Estado e as religiões. No Estado laico é garantida a liberdade de crenças e de cultos. No entanto as religiões não devem interferir nas decisões governamentais.

No Brasil, o Estado laico foi estabelecido pelo Decreto nº 119-A, de 07 de janeiro de 1890. Embora tenha sido revogado pelo Decreto nº 11, de 18 de janeiro de 1991, o Estado laico voltou a vigorar com a sanção do Decreto nº 4.496, de 04 de fevereiro de 2002 (BRASIL, 1890; 1991; 2002). A separação do Estado das religiões também é garantida pelo inciso I do art. 19 da Constituição: “É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I – estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público” (BRASIL, 2008a).

A importância da laicidade do Estado, no que diz respeito à formulação de políticas públicas afirmativas voltadas para a garantia dos direitos humanos da população LGBT, se encontra no fato de que têm sido as convicções religiosas mais fundamentalistas e dogmáticas que se posicionam contrárias às manifestações da homossexualidade. Isto pode ser testemunhado de forma extrema em países islâmicos onde a prática de atos homossexuais é punida com a pena de morte, como também, de forma mais moderada, porém prejudicial para o avanço da garantia da igualdade de direitos, no Brasil, nos debates no Congresso Nacional e na sociedade quanto à proposição que visa à criminalização da violência e discriminação homofóbicas. Os parlamentares de base religiosa fundamentalista têm sucessivamente impedido a aprovação desta proposição, bem como qualquer outra voltada para a garantia dos direitos da população LGBT, desde a Constituinte.

Especificamente em relação à população LGBT, outra área de relevância são os direitos sexuais e reprodutivos, uma vez que sua sexualidade diferente da convencionalmente aceita é um fator que pode deixar as pessoas LGBT suscetíveis à discriminação e à violação de seus direitos. A Conferência Internacional das Nações Unidas sobre População e Desenvolvimento, realizada no Cairo em 1994, estabele-

ceu uma Plataforma de Ação, que versa sobre os direitos reprodutivos e sexuais da seguinte maneira:

“Os direitos reprodutivos abrangem certos direitos humanos já reconhecidos em leis nacionais, em documentos internacionais sobre direitos humanos, em outros documentos consensuais. Esses direitos se ancoram no reconhecimento do direito básico de todo casal e de todo indivíduo de decidir livre e responsabilmente sobre o número, o espaçamento e a oportunidade de ter filhos e de ter a informação e os meios de assim o fazer, e o direito de gozar do mais elevado padrão de saúde sexual e reprodutiva. Inclui também seu direito de tomar decisões sobre a reprodução, livre de discriminação, coerção ou violência.” (apud BRASIL, 2006a, p. 7)

Direitos reprodutivos e direitos sexuais são inseparáveis, já que garantem o livre exercício da sexualidade e a autonomia para as decisões das pessoas no que se refere à vida sexual e à reprodução, bem como assumir a responsabilidade dessas decisões (DÍAZ et al., 2004). Os direitos sexuais incluem, entre outros, o direito de viver e expressar livremente a sexualidade sem violência, discriminações e imposições, o direito de expressar livremente a orientação sexual: heterossexualidade, homossexualidade, bissexualidade, e o direito à informação e à educação sexual e reprodutiva (BRASIL, 2006a).

Os princípios dos direitos reprodutivos e os direitos sexuais também têm seu alicerce nos preceitos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, baseando-se, entre outros, no direito à igualdade, à liberdade, à dignidade, à educação, à saúde, ao bem-estar e ao livre-arbítrio. Como Estado-membro das Nações Unidas (ONU) e signatário da Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Brasil encontra-se na obrigação de fazer cumprir os princípios contidos no mesmo, assim como também implementar as recomendações das instâncias da ONU que o país tenha adotado. Conforme informa o Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos:

“A Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU), de 1948, desencadeou um processo de mudança no comportamento social e a produção de instrumentos e mecanismos internacionais de direitos humanos que foram incorporados ao ordenamento jurídico dos países signatários². Esse processo resultou na base dos atuais sistemas global e regionais de produção dos direitos humanos.” (BRASIL, 2009a, p. 21)

2 São exemplos relevantes as Convenções de Genebra; a Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados; o Pacto dos Direitos Civis e Políticos; o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas e Degradantes; a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial; a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher; a Convenção dos Direitos da Criança; a Declaração e Programa de Ação de Viena; a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência; Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento – Eco92; Conferência Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável – Rio+10; entre outras (BRASIL, 2009a, p. 21).

Desta forma, percebe-se a importância que a Organização das Nações Unidas tem para o avanço dos direitos humanos em seus Estados-Membros, inclusive o Brasil.

SITUAÇÃO-PROBLEMA DOS DIREITOS HUMANOS DA POPULAÇÃO LGBT NO BRASIL

Diversas pesquisas realizadas no Brasil desde o ano 2000 apontam para a existência de um fenômeno conhecido de forma generalizada como “homofobia”. Entre as diversas definições encontradas na literatura, a que segue fornece uma visão abrangente das várias dimensões que a homofobia pode assumir:

“Um conjunto de emoções negativas (tais como aversão, desprezo, ódio, desconfiança, desconforto ou medo), que costumam produzir ou vincular-se a preconceitos e mecanismos de discriminação e violência contra pessoas homossexuais, bissexuais e transgêneros (em especial, travestis e transexuais) e, mais genericamente, contra pessoas cuja expressão de gênero não se enquadra nos modelos hegemônicos de masculinidade e feminilidade. A homofobia, portanto, transcende a hostilidade e a violência contra LGBT e associa-se a pensamentos e estruturas hierarquizantes relativas a padrões relacionais e identitários de gênero, a um só tempo sexistas e heteronormativos.”³ (JUNQUEIRA, 2007)

O termo genérico “homofobia” às vezes é desmembrado, de modo a contemplar suas especificidades. Nesta acepção, a palavra homofobia se aplica ao homossexual masculino, enquanto a lesbofobia diz respeito à hostilidade contra mulheres lésbicas. A bifobia é a discriminação de pessoas bissexuais e traz implícita a ideia de que todas as pessoas devem situar-se nos extremos do par binário heterossexual-homossexual. A transfobia é a rejeição específica a pessoas transgênero, sobretudo travestis e transexuais.

Os desdobramentos da homofobia são múltiplos e sempre prejudiciais para quem a sofre, variando desde a agressão verbal e psicológica, passando pela exclusão, até a agressão física, o assassinato e o suicídio (BLUMENFELD, 2007; BORRILLO, 2001; 2009; MOTT, 2009).

Pesquisas realizadas nas Paradas LGBT no Rio de Janeiro (2004), São Paulo (2005) e Pernambuco (2006) revelaram que 56% dos LGBT entrevistados sofreram agressão verbal e 19% agressão física em algum momento. Um total de 69% já sofreu discriminação por ser LGBT. As travestis e transexuais foram aquelas que mais sofreram violência física (72%), seguido dos *gays* (22%) e das lésbicas (9%). 32% dos

3 Por “heteronormatividade entende-se a capacidade da heterossexualidade apresentar-se como norma, a lei que regula e determina a impossibilidade de vida fora dos seus marcos” (BENTO, 2008, p. 80)

gays, 32% das lésbicas e 26% das *trans* sofreram discriminação no ambiente familiar (CARRARA, 2005; 2006).

Na pesquisa de opinião pública “Diversidade Sexual e Homofobia no Brasil: intolerância e respeito às diferenças sexuais”, realizada em 2008, em média 91,6% das pessoas entrevistadas pertencentes à população em geral afirmaram ter a percepção de que existe preconceito na sociedade contra *gays* (92%), lésbicas (92%), bissexuais (90%), travestis (93%) e transexuais (91%) (FUNDAÇÃO Perseu Abramo, 2010).

A pesquisa “Juventudes e Sexualidade”, realizada pela Unesco no ano 2000 e publicada em 2004, foi aplicada em 241 escolas públicas e privadas em 14 capitais brasileiras. Foram entrevistados 16.422 estudantes, 3.099 educadores(as) e 4.532 pais e mães de estudantes. Na pesquisa, 39,6% dos estudantes masculinos não gostariam de ter um colega de classe homossexual, 35,2% dos pais não gostariam que seus filhos tivessem um colega de classe homossexual, e 60% dos professores afirmaram não ter conhecimento o suficiente para lidar com a questão da homossexualidade na sala de aula (ABRAMOVAY et al., 2004, p. 277-304)⁴.

Entre as consequências mais horripilantes da homofobia no Brasil são os assassinatos de pessoas LGBT. Segundo dados do Grupo Gay da Bahia, obtidos através do monitoramento dos meios de comunicação e, portanto, provavelmente subnotificados, 3.446 homossexuais foram assassinados no Brasil entre 1980 e 2010 pelo mero fato de serem LGBT. Destes, 260 casos ocorrerem apenas no ano de 2010, representando uma média de um assassinato a cada um dia e meio.

O conjunto dos fatores negativos resumidos acima faz com que uma parcela significativa da população LGBT não goze da plenitude dos direitos humanos assegurados pela Constituição Federal, chegando não raras vezes a tê-los violados, por ato ou por omissão.

AVANÇOS MAIS RECENTES – MOVIMENTO LGBT E POLÍTICAS PÚBLICAS ESPECÍFICAS

Os anos 1990 foram testemunha do crescimento considerável no número de organizações LGBT atuantes no Brasil. Em junho de 1992, segundo o primeiro informativo do Grupo Dignidade havia apenas dezesseis desses grupos no país in-

4 Além da pesquisa “Juventudes e Sexualidade”, outras pesquisas realizadas em escolas brasileiras na primeira década do século XXI trouxeram dados parecidos em relação ao grau de homofobia existente no ambiente escolar. Entre estas tem-se: a pesquisa “Preconceito e Discriminação no Ambiente Escolar”, realizada em parceria entre a Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas – FIPE, o Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais – INEP e o Ministério da Educação (MAZZON, 2009); a pesquisa “Revelando Tramas, Descobrendo Segredos: Violência e Convivência nas Escolas” (ABRAMOVAY et al., 2009); e o “Estudo qualitativo sobre a homofobia no ambiente escolar em 11 capitais brasileiras”. Campinas: Reprolatina, 2009 (no prelo).

teiro (FOLHA DE PARREIRA, 1992). Além do crescimento no número de grupos, também ocorreu na mesma década uma mobilização para criar uma entidade LGBT de caráter nacional e fortalecer o movimento LGBT. Em 31 de janeiro de 1995, em Curitiba, 31 grupos – a maioria dos existentes à época – fundaram a então denominada Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Travestis – ABGLT⁵. Em 2002 o número de organizações afiliadas à ABGLT havia aumentado para 76 e agora em 2011 são 256.

Hoje há diversas redes LGBT nacionais, mas a formação da ABGLT em 1995 representou um marco importante na história do movimento LGBT brasileiro, porque possibilitou a criação da primeira instância de abrangência nacional de representação com capacidade e legitimidade para levar as reivindicações do segmento até o Governo Federal, o que até então havia sido impossível. Antes não existia diálogo entre o movimento LGBT e o Governo Federal, com a única exceção do Programa Nacional de DST e Aids do Ministério da Saúde, que assumiu um papel pioneiro de parceria com o movimento. Levou mais de uma década para a maioria dos demais órgãos do governo chegar ao mesmo patamar. Assim, havia uma quase total ausência de políticas públicas para a população LGBT. A criação da ABGLT foi uma estratégia que, ao mesmo tempo, ajudou o movimento LGBT a se organizar no país e também deu uma voz a um segmento da sociedade tradicionalmente marginalizado, contribuindo assim para a promoção de seus direitos humanos.

Outra estratégia importante do movimento no Brasil foi a decisão tomada em 1997 de realizar Paradas do Orgulho LGBT de maneira organizada em todo o país. Embora houvesse algumas passeatas notáveis anteriores a esta data, o ano de 1997 marcou o início de uma estratégia planejada. Além da 1ª Parada LGBT de São Paulo, em 28 de junho de 1997, também foram realizadas paradas em outras capitais, como Rio de Janeiro e Curitiba. Iniciando com pouca participação, as paradas cresceram e se transformaram em eventos de visibilidade massiva em todo o país, um momento de reivindicação política, porém com características peculiares à população LGBT: uma manifestação “alegre”. Em 2010 houve mais de 200 paradas e eventos de comemoração do orgulho LGBT em todo o país, com uma tendência marcada à “interiorização” e nos últimos anos a parada de São Paulo tem atraído sucessivamente mais de três milhões de participantes. Sem dúvida, a visibilidade trazida pelas paradas tem contribuído para a mudança da postura dos governos e o estabelecimento de políticas públicas afirmativas para a população LGBT.

Em 1996 tem-se um dos primeiros marcos, ainda que tímido, nesse processo de contemplação da população LGBT nas políticas públicas. Trata-se da publicação do I Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH). Em relação à população

5 O nome da ABGLT vem sendo modificado à medida que o movimento se desenvolve. Atualmente é chamada Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais.

LGBT, o Programa estabeleceu apenas duas ações: “Apoiar programas para prevenir a violência contra grupos em situação mais vulnerável, caso de crianças e adolescentes, idosos, mulheres, negros, indígenas, migrantes, trabalhadores sem terra e *homossexuais*” (BRASIL, 1996, sem paginação, grifo meu); e “Propor legislação proibindo todo tipo de discriminação, com base em origem, raça, etnia, sexo, idade, credo religioso, convicção política ou *orientação sexual*, e revogando normas discriminatórias na legislação infraconstitucional, de forma a reforçar e consolidar a proibição de práticas discriminatórias existentes na legislação constitucional” (ibid., grifos meus).

No período em que o Programa vigorou, de 1996 a 2002, não se pode afirmar que houve avanços nem com a prevenção da violência contra pessoas LGBT e nem com legislação proposta pelo governo para combater a discriminação contra esta população. Uma deficiência do Programa é que não estabeleceu órgãos responsáveis para sua consecução. O mesmo ocorre com o PNDH II, lançado em 2002.

Contudo, o PNDH II representa um avanço no que diz respeito à abrangência das ações propostas para a população LGBT. Há um total de dezenove ações, distribuídas entre as seguintes áreas: “Garantia do Direito à Liberdade: Orientação Sexual”; “Garantia do Direito à Igualdade: Crianças e Adolescentes”; “*Gay*, Lésbicas, Travestis, Transexuais e Bissexuais – GLITB”⁶; “Garantia do Direito à Saúde, à Previdência e à Assistência Social”; e “Garantia do Direito ao Trabalho” (BRASIL, 2002).

Algumas das ações do PNDH II foram ou vêm sendo cumpridas, incluindo: o apoio do governo ao reconhecimento da união estável entre casais homoafetivos (por meio da Advocacia-Geral da União e da Procuradoria-Geral da República); a modificação do censo demográfico para obter dados a respeito da população LGBT; o combate à violência e a proteção e promoção dos direitos humanos, através dos Centros de Referência LGBT; iniciativas para sensibilização de profissionais da educação quanto à diversidade sexual, como o curso Gênero e Diversidade na Escola; ações na área da prevenção, tratamento e atenção ao HIV/aids; e o estímulo à “formulação, implementação e avaliação de políticas públicas para a promoção social e econômica da comunidade LGBT” (ibid.).

O Programa Brasil Sem Homofobia marcou o início do fortalecimento das políticas públicas afirmativas para a população LGBT. Construído em conjunto entre o governo e a sociedade civil no decorrer de 2003 e lançado em 25 de maio de 2004, o Programa tem 53 ações envolvendo 18 ministérios e divididas entre as seguintes

6 No dia 08 de Junho de 2008, durante a I Conferência Nacional GLBT, promovida pelo Governo Federal, envolvendo mais de 10 mil pessoas em conferências estaduais e 1.200 delegados/as nacionais, reunidos em Brasília, decidiu-se pelo uso da terminologia LGBT para identificar a ação conjunta de lésbicas, *gay*, bissexuais, travestis e transexuais, no Brasil, deixando de usar a sigla GLBT ou GLITB, embora o uso de dois Ts na sigla ainda esteja preferido por alguns/algumas militantes (ABGLT, 2010, p. 15).

áreas: direitos humanos; legislação e justiça; cooperação internacional; segurança; educação; saúde; trabalho; cultura; juventude; mulheres; racismo e homofobia (CONSELHO, 2004).

Alguns dos ministérios contemplados pelo Programa, em especial os ministérios da Saúde, Cultura e Educação, criaram logo depois do seu lançamento grupos de trabalho compostos por representantes do governo e da sociedade civil, para orientar e acompanhar a implementação do mesmo, com notáveis avanços nas políticas públicas voltadas para a população LGBT como, por exemplo, a elaboração do Plano Nacional de Saúde Integral de LGBT e o financiamento de projetos na área da educação e da cultura. Em 2006, a Secretaria de Políticas para as Mulheres lançou o Plano Nacional de Políticas para as Mulheres, substituído pelo 2º Plano em 2008. O 2º Plano é bastante abrangente em termos da contemplação das mulheres lésbicas e bissexuais, bem como o combate ao sexismo e à lesbofobia (BRASIL, 2006b; BRASIL, 2008b). Outros ministérios demoraram mais para dar início à implementação do Programa, talvez em parte devido à ausência de orçamento, como também à ausência da definição de responsabilidades específicas e prazos, lacuna esta que viria a ser preenchida pelo Plano Nacional de Promoção da Cidadania e Direitos Humanos de LGBT. Em 2008, foi realizada a I Conferência Nacional LGBT, convocada pelo Presidente da República. A Conferência foi precedida de conferências estaduais nas 27 unidades da federação e mais de 100 conferências municipais e/ou regionais. A sistematização das deliberações da Conferência (BRASIL, 2008c) resultou no Plano Nacional de Promoção da Cidadania e Direitos Humanos de LGBT, com 180 ações e lançado em 14 de maio de 2009 (BRASIL, 2009b). No final do mesmo ano foi criada, dentro da estrutura da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, a Coordenação-Geral de Promoção dos Direitos de LGBT. Entre suas atribuições, a Coordenação-Geral deve promover articulações interministeriais para garantir a implementação e execução do Plano Nacional LGBT.

A instância de controle social das políticas públicas federais para a população LGBT se concretizou quando tomaram posse, no dia 30 de março de 2011, os(as) trinta conselheiros(as) do Conselho Nacional de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais, na ocasião de sua primeira reunião ordinária. São quinze conselheiros(as) do governo e quinze da sociedade civil. A principal finalidade do Conselho é formular e propor diretrizes de ação governamental, em âmbito nacional, voltadas para o combate à discriminação e para a promoção e defesa dos direitos das pessoas LGBT. Além disso, o Conselho deve fazer o diálogo entre a sociedade civil organizada e o governo federal, monitorando e realizando o controle social das políticas públicas.

Esta mobilização dos governos e da sociedade civil, impulsionada pelas Conferências LGBT, em torno do segmento LGBT numa escala jamais vista, vem tendo

importantes e positivas repercussões para a promoção da cidadania LGBT em todo o país. Vários estados também já têm seu “tripé da cidadania LGBT”: Planos, Coordenações e Conselhos LGBT, como Goiás, Rio de Janeiro, São Paulo, Pará e Mato Grosso do Sul. Espera-se que o atual ciclo de conferências municipais e estaduais e a 2ª Conferência Nacional LGBT a ser realizada em dezembro de 2011 possam dar ainda mais ímpeto a este processo, de modo que gradativamente se amplie para o país inteiro. Além disso, a 2ª Conferência Nacional LGBT está sendo estruturada para ser um momento de prestação de contas e transparência quanto ao progresso alcançado na implementação do Plano Nacional LGBT, bem como a identificação do rumo a seguir no fortalecimento das políticas públicas para este segmento.

Além da Conferência Nacional LGBT, várias outras conferências nacionais temáticas, como a cultura, igualdade racial, pessoa idosa, segurança pública, etc., têm aprovado deliberações específicas quanto à população LGBT. De especial significância para o avanço do respeito à diversidade sexual são as deliberações aprovadas pelas Conferências Nacionais de Educação. A Conferência Nacional de Educação Básica, realizada em 2008, aprovou várias deliberações dentro do eixo temático de Inclusão e Diversidade na Educação Básica, cinco das quais especificamente relacionadas à educação sobre diversidade sexual (BRASIL, 2008d).

Além disso, em 2010 a Conferência Nacional de Educação aprovou vinte e cinco deliberações em relação a gênero e diversidade sexual. Espera-se que as deliberações possam traduzir-se no desenvolvimento das políticas nacionais de educação, em especial no que diz respeito à formação inicial e continuada dos(das) profissionais da educação nesses temas, à reorganização da proposta curricular nacional, voltada para uma educação não sexista, tendo o estudo de gênero, identidade de gênero, orientação sexual, diversidade sexual, educação sexual, como disciplina obrigatória, e à atuação preventiva por parte dos sistemas educacionais para evitar a evasão escolar motivada por homofobia (BRASIL, 2010a).

Outro avanço significativo para a população LGBT no Brasil foi a Resolução nº 001/99 do Conselho Federal de Psicologia. A Resolução corrobora e até amplia a CID 10 no sentido de a homossexualidade não ser mais considerada doença, estabelecendo “normas de atuação para os psicólogos em relação à questão da Orientação Sexual” (CONSELHO, 1999, p. 1), inclusive determinando que “os psicólogos não exercerão qualquer ação que favoreça a patologização de comportamentos ou práticas homoeróticas, nem adotarão ação coercitiva tendente a orientar homossexuais para tratamentos não solicitados” (ibid., p. 2). Por outro lado, dentro dos segmentos que compõem a sigla LGBT, pessoas travestis e transexuais continuam a ser patologizadas pela CID 10, perpetuando e incentivando sua estigmatização.

Também de significância para a promoção da cidadania da população LGBT é o Programa Nacional de Direitos Humanos III (PNDH III), lançado em dezembro de 2009. O Programa tem um Objetivo Estratégico com oito ações programáticas específicas visando à “garantia do respeito à livre orientação sexual e identidade de gênero”, dentro da meta de “universalizar direitos em um contexto de desigualdades” (BRASIL, 2010b, p. 120-122). O Programa também é permeado por outras ações programáticas também alusivas ao tema da orientação sexual e identidade de gênero, incluindo o acesso universal a um sistema de saúde de qualidade (ibid., p. 62); a proteção e defesa dos direitos de crianças e adolescentes em maior vulnerabilidade, inclusive com vistas à erradicação da violência na escola (ibid., p. 77, 80); a realização de campanhas e ações educativas para desconstrução de estereótipos (ibid., p. 92) e; políticas de prevenção da violência (ibid., p. 115, 116).

2011 tem sido um ano de conquistas para a população LGBT inimagináveis até pouco tempo atrás. No dia 5 de maio o Supremo Tribunal Federal votou unanimemente a favor da equiparação da união estável homoafetiva à união estável entre casais heterossexuais, e em 25 de outubro a quarta turma do Superior Tribunal de Justiça votou por quatro votos contra um a favor da conversão da união estável de um casal de mulheres lésbicas em casamento, abrindo um precedente ímpar.

DESAFIOS

Um desafio é garantir que as políticas afirmativas para a população LGBT construídas democraticamente no decorrer da última década sejam implementadas plenamente. Estas políticas incluem as disposições específicas do PNDH III; o Plano Nacional de Cidadania e Direitos Humanos de LGBT; o Plano Nacional de Políticas para as Mulheres; a Política Nacional de Saúde Integral de LGBT; o Plano Nacional de Enfrentamento da Epidemia de Aids e das DST entre Gays, HSH e Travestis; e o Plano Nacional de Enfrentamento da Feminização da Aids e outras DST.

A plena implementação dessas políticas requer planejamento específico nas repartições públicas, com programas diretores ou equivalentes, com orçamento, prazos, responsáveis, indicadores, monitoramento, avaliação e controle social. Nesse sentido, as organizações LGBT da sociedade civil também precisam garantir sua sustentabilidade e, principalmente, a qualificação dos/das militantes para intervirem efetivamente nos espaços de controle social e realizar ações de *advocacy* e para garantir a implementação, a manutenção e o fortalecimento das políticas públicas afirmativas nesta área.

O movimento LGBT também precisa interiorizar mais suas ações, ampliar o leque de parcerias com outros movimentos, potencializar mais a mobilização gerada

pelas paradas e eventos LGBT e encontrar meios de investir na formação de lideranças jovens LGBT para dar continuidade e ampliar ainda mais os avanços conquistados.

O terceiro grande desafio é o Legislativo, em especial o Congresso Nacional. Apesar de ser uma área que poderia colaborar em muito para incidir sobre a violação dos direitos humanos de LGBT, o Legislativo não avança em compasso com a sociedade, com o Executivo ou com o Judiciário. Conforme já mencionado, em mais de vinte anos desde a Constituinte, o Congresso Nacional não aprovou sequer uma lei que promova os direitos humanos das pessoas LGBT. Por outro lado, é alentadora a mobilização feita pela Ordem dos Advogados do Brasil, em criar comissões da diversidade sexual em todas as seccionais e elaborar e apresentar em 2011 a proposta do Estatuto da Diversidade Sexual. Espera-se que o Estatuto possa vir a ser aprovado pelo Congresso Nacional e finalmente dar início a um processo em que o Legislativo federal contribua para cumprir os preceitos constitucionais da igualdade, da não discriminação, da liberdade, entre outros, inclusive para a população LGBT.

CONCLUSÃO

Em pouco mais de trinta anos, mudou-se de um cenário de ditadura militar e um ambiente desfavorável para a promoção dos direitos humanos, em que quase não existiam grupos LGBT organizados e certamente não havia políticas públicas afirmativas para esta população, para uma situação em que há centenas de grupos LGBT atuando no país inteiro, diálogo entre estes e o governo, bem como a construção conjunta de políticas públicas, com instâncias específicas de controle social. O Judiciário também vem contribuindo cada vez mais para garantir que o princípio da igualdade de direitos se torne efetivo para a população LGBT. O Legislativo federal, em função de alguns setores, não acompanha o progresso que tem caracterizado os outros dois Poderes. A violência e a discriminação contra a população LGBT ainda ocorrem em níveis inaceitáveis que somente poderão ser reduzidos por um conjunto de fatores, que incluem medidas legislativas e, principalmente, o fortalecimento da educação para o respeito à diversidade. Apesar dos desafios, não sobra dúvida de que o Brasil tem avançado a passos largos rumo à cidadania plena da população LGBT.

REFERÊNCIAS

ABGLT – Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais. *Manual de Comunicação LGBT: Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais*. Curitiba: ABGLT, 2010.

ABRAMOVAY, M.; CASTRO, M. G.; SILVA, L. B. *Juventudes e sexualidade*. Brasília: UNESCO Brasil, 2004.

ABRAMOVAY, M. (coord.); CUNHA, A.; CALAF, P. *Revelando tramas, descobrindo segredos: violência e convivência nas escolas*. Brasília: Rede de Informação Tecnológica Latino-americana – RITLA, Secretaria de Estado de Educação do Distrito Federal – SEEDF, 2009.

BENTO, B. A. de M. *O que é transexualidade?* São Paulo: Brasiliense, 2008 (Primeiros Passos, n. 328).

BLUMENFELD, W. J. *Homofobia internalizada: manifestações*. Disponível em: <<http://homofobia.com.sapo.pt/definicoes.html>>. Acesso em 28 jun. 2007.

BORRILLO, D. *Homofobia*. Espanha: Bellaterra, 2001.

BORRILLO, D. A homofobia. In: LIONÇO, T.; DINIZ, D. (org.). *Homofobia e educação: um desafio ao silêncio*. Brasília: Letras Livres, 2009.

BRASIL. Decreto nº 119-A, de 07 de janeiro de 1890. Proíbe a intervenção da autoridade federal e dos Estados federados em matéria religiosa, consagra a plena liberdade de cultos, extingue o padroado e estabelece outras providências. Pub. Clbr. 1890 v. 001. p. 000010. col. 1. *Coleção de Leis do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D119-A.htm>. Acesso em: 28 out. 2011.

_____. Decreto nº 11, de 18 de janeiro de 1991. *Aprova a Estrutura Regimental do Ministério da Justiça e dá outras providências*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0011.htm>. Acesso em: 28 out. 2011.

_____. Ministério da Justiça. *Programa Nacional de Direitos Humanos I*. Brasília, 1996. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/dados/pp/pndh/textointegral.html>>. Acesso em: 27 out. 2011.

_____. Decreto nº 4.496, de 04 de fevereiro de 2002. Exclui o Decreto nº 119-A, de 7 de janeiro de 1890, do Anexo IV do Decreto nº 11, de 18 de janeiro de 1991. *Diário Oficial da União*, Brasília, 05 dez. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4496.htm>. Acesso em: 28 out. 2011.

_____. Ministério da Justiça. Secretaria de Estado dos Direitos Humanos. *Programa Nacional de Direitos Humanos II*. Brasília, 2002.

_____. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. *Direitos sexuais, direitos reprodutivos e métodos anticoncepcionais*. Brasília: Ministério da Saúde, 2006a.

_____. Presidência da República. Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres. *Plano Nacional de Políticas para as Mulheres*. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2006b.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais ns. 1/92 a 56/07 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão ns. 1 a 6/94. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2008a.

_____. Presidência da República. Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres. *II Plano Nacional de Políticas para as Mulheres*. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2008b.

_____. Presidência da República. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. *Trabalhos dos Grupos Temáticos e Resultados (1ª Conferência Nacional LGBT)*. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2008c.

_____. Ministério da Educação. *Conferência Nacional da Educação Básica*. Documento Final. Brasília: Presidência da República, Ministério da Educação, Secretaria Executiva, Secretaria Executiva Adjunta, Comissão Organizadora da Conferência Nacional da Educação Básica, 2008d.

- _____. Comitê Nacional de Educação em Direitos Humanos. *Plano nacional de educação em direitos humanos*. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, Ministério da Educação, Ministério da Justiça, UNESCO, 2009a.
- _____. Presidência da República. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. *Plano Nacional de Promoção da Cidadania e dos Direitos Humanos de LGBT*. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2009b.
- _____. Comissão Organizadora Nacional da Conferência Nacional de Educação. *Documento Final*. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria Executiva, 2010a.
- _____. Presidência da República. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. *Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3)*. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2010b.
- CARRARA, S. *Política, direitos, violência e homossexualidade*. Pesquisa 9ª Parada do Orgulho GLBT – Rio 2004 / Sérgio. Rio de Janeiro: CEPESC, 2005.
- _____. *et al. Política, Direitos, Violência e Homossexualidade*. Pesquisa 9ª Parada do Orgulho GLBT – São Paulo 2005. Rio de Janeiro: CEPESC, 2006.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Ofício nº 163/85 ao Prof. Dr. Luiz Mott*. Rio de Janeiro, 06 mar. 1985. 2 f.
- CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. *Resolução nº 001/99*. Brasília, 1999.
- CONSELHO NACIONAL DE COMBATE À DISCRIMINAÇÃO. *Brasil Sem Homofobia: Programa de combate à violência e à discriminação contra GLTB e promoção da cidadania homossexual*. Brasília: Ministério da Saúde, 2004.
- DÍAZ, M; CABRAL, F; SANTOS, L. Os direitos sexuais e reprodutivos. In: Ribeiro C. & Campos MTA. *Afinal, que paz queremos?* Lavras: UFLA, 2004. 222 p.
- FOLHA DE PARREIRA. Curitiba: Grupo Dignidade, n. 1, jun. 1992. 2 p.
- FOLHA DE SÃO PAULO. São Paulo, 10 jun. 1987, p. A-5
- FUNDAÇÃO Perseu Abramo. *Diversidade Sexual e Homofobia no Brasil: intolerância e respeito às diferenças sexuais*. Disponível em: <<http://www.fpabramo.org.br/pesquisa/1-percepcao-de-preconceito-contralgbtmudancas-na-situacao-de-nao-heterossexuais-no-brasil>>. Acesso em: 28 jul. 2010.
- GRUPO SOMOS. *Crono “Somos”: fatos / acontecimentos*. São Paulo: Grupo Somos, jun. 1981.
- JUNQUEIRA, R. D. O reconhecimento da diversidade sexual e a problematização da homofobia no contexto escolar. In: RIBEIRO, P. R. C.; SILVA, M. R. S.; SOUZA, N. G. S.; GOELLNER, S. V. e SOUZA, J. F. (Org.). *Corpo, gênero e sexualidade: discutindo práticas educativas*. Rio Grande: FURG, 2007, p. 59-69.
- LAMPIÃO DA ESQUINA. Rio de Janeiro, 1978-1981.
- MASCARENHAS, J. A. de S. *A tríplex conexão: machismo, conservadorismo político, falso moralismo*. Rio de Janeiro, 2 AB Editora, 1997.
- MAZZON, J. A. (Coord.). *Principais resultados: projeto de estudo sobre ações discriminatórias no âmbito escolar, organizadas de acordo com áreas temáticas, a saber, étnico-racial, gênero, geracional, territorial, necessidades especiais, socioeconômica e orientação sexual*. São Paulo: Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas, Ministério da Educação, Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais, 2009.
- MOTT, L. *Assassinatos GLBT 2008 por estado*. [mensagem pessoal]. Mensagem recebida por: <tonidavid@avalon.com.br>. Em: 07 jan. 2009.

OLIVEIRA, F. d'. No Brasil, homossexualismo não é mais uma “doença”. *Diário de Pernambuco*, Recife, 15 abr. 1985. Seção B, p. 1.

ONU – Organização das Nações Unidas. Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 28 out. 2011.

PRINCÍPIOS de Yogyakarta. *Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero*. 2007.