

REPENSANDO O DIREITO DE FAMÍLIA
ANAIS DO I CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA

Coordenador: RODRIGO DA CUNHA PEREIRA

REPENSANDO O DIREITO DE FAMÍLIA

ANAIS DO I CONGRESSO BRASILEIRO
DE DIREITO DE FAMÍLIA

IBDFAM
Instituto Brasileiro de Direito de Família



Belo Horizonte – 1999

R332

Repensando o direito de família/coordenador: Rodrigo da Cunha Pereira. – Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
532p. 15,5 x 22,5 cm.

ISBN 85-7308-268-2

Trabalhos apresentados no I Congresso Brasileiro de Direito de Família, realizado em Belo Horizonte, de 2 a 25/10/97.

1. Direito de família – Brasil – Congressos. I. Pereira, Rodrigo da Cunha.

CDD-346.81015

DIRETORIA DA OAB/MG

Presidente

MARCELO LEONARDO

Vice-Presidente

JOSÉ MAURO CATTAL PRETA LEAL

Secretário-Geral

HERMES VILCHEZ GUERRERO

Secretária-Geral Adjunta

MARIA APARECIDA DO NASCIMENTO

Diretor-Tesoureiro

SÉRGIO MURILO DINIZ BRAGA

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
SEÇÃO DE MINAS GERAIS

Rua Albita, 250 – Bairro Cruzeiro – 30310-160
Tel: (031) 289.5800 – Fax: 289.5884

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA – IBDFAM
Av. Augusto de Lima, 479 – Conj. 1505/1507 – Centro
CEP 30190-000 – Tel: (031) 222-2908 – Fax: 274-4045

Agradecimentos

Os promotores e organizadores agradecem a todos que participaram e contribuíram para a realização desse Congresso, aos que apoiaram financeiramente e, especialmente, o apoio da Livraria Del Rey Editora e o patrocínio do Banco do Brasil, na pessoa do Conselheiro Federal – OAB/MG, João Otávio de Noronha, que, sem sua contribuição e atenção, não teria sido possível a realização deste importante evento.

Apresentação

A Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Minas Gerais – OAB/MG promoveu em Belo Horizonte, de 2 a 25/10/97, o I Congresso Brasileiro de Direito de Família – 20 anos de divórcio – 80 anos CCB. Considerado um marco histórico para o Direito de Família pátrio, estiveram reunidos neste evento os grandes profissionais da área, de todo o Brasil, onde se instalou um rico e profundo debate com a participação de 23 Estados do Brasil. A programação científica foi cuidadosamente elaborada para atender à demanda de informações e reflexões sobre as várias questões do Direito de Família.

A iniciativa da OAB/MG, inédita no País, adveio da necessidade de se repensar o Direito de Família, uma vez que os novos modelos e as novas representações sociais da família já não encontram resposta na ordenação jurídica calcada no nosso Código Civil, cujas concepções assentam-se nos valores morais do século passado.

As transformações econômicas e sociais, especialmente a partir da segunda metade deste século, redirecionaram os ordenamentos jurídicos, repercutindo principalmente na família. Estes reflexos ficaram registrados na Constituição da República de 1988, que, sem dúvida alguma, fez uma revolução no Direito de Família, desencadeando um verdadeiro processo de reforma. Diante destas transformações e por estarmos inseridos neste processo, talvez não tenhamos nos dado conta da profundidade destas reformas. Estamos vivendo, portanto, um momento histórico de mudanças, uma vez que os paradigmas estruturadores da família já não são mais os mesmos daqueles em que se estruturou o Direito de Família.

Um evento de tamanha importância como este não poderia deixar de ser registrado em linguagem escrita. Estão aí, portanto, os anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família, que também foi uma justa homenagem ao grande civilista mineiro que muito contribuiu para a evolução da ciência jurídica, Professor Caio Mário da Silva Pereira.

Faz-se necessário fazer alguns esclarecimentos sobre o conteúdo destes anais. O primeiro é que, em razão da extensão dos trabalhos, não foi possível registrar, em forma de texto, os debates havidos em cada painel. Entretanto, a memória destes debates está registrada em vídeo, disponível na OAB/MG. Segundo, a revisão dos textos não foi submetida aos seus respectivos autores. Terceiro, por uma questão de espaço e para tornar a leitura mais agradável, foram suprimidos os agradecimentos, e feitas pequenas, mas necessárias adaptações para que fosse possível a publicação em forma de estrutura de anais. Mas, de forma alguma foi feita qualquer interferência no conteúdo desses textos. Quarto, nem todos os palestrantes entregaram seus textos, o que nos obrigou, infelizmente, a suprimir alguns temas, ou, enviaram-nos em forma de poema como o fez Adélia Prado. Quinto, os trabalhos selecionados, e aqui publicados ao final, foram escolhidos pela comissão científica da organização do Congresso. Sexto, alguns depoimentos e outros campos do conhecimento estiveram presentes nesse Congresso, com a intenção de trazer para a cena jurídica os sujeitos dos quais falamos sobre eles, como, por exemplo, o depoimento de uma ex-interditada, proporcionando-nos uma revisão conceitual sobre a curatela.

Para continuar este processo de reforma foi criado, ao final do Congresso, o Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, hoje com diretorias em todos os Estados brasileiros. Ele veio preencher uma lacuna, e é uma entidade de articulação nacional do Direito de Família no Brasil, de caráter científico-político, cuja parceria se faz presente para a publicação destes anais.

Assim, cumprindo mais uma missão, fazendo circular o pensamento dos palestrantes que participaram deste Congresso, esperamos estar contribuindo para a evolução do conhecimento jurídico e dando um passo adiante na compreensão das várias formas e representações sociais da família e em direção à liberdade e à cidadania.

Marcelo Leonardo

Presidente da OAB/MG 1998/2000

Raimundo Cândido Júnior

Presidente da OAB/MG 1992/1997

Rodrigo da Cunha Pereira

Coordenador do I Congresso Brasileiro de Direito de Família
Presidente do IBDFAM

Sumário

Abertura	
REPENSANDO O DIREITO DE FAMÍLIA	
<i>João Baptista Villela</i>	15

Temário I AS VÁRIAS FORMAS E MODELOS DE FAMÍLIA PARA O DIREITO

1 CASAMENTO	
<i>Adélia Prado/MG</i>	33
2 CONCUBINATO - UNIÃO ESTÁVEL	
<i>Sérgio Gischkow Pereira/RS</i>	35
3 EFEITOS PATRIMONIAIS DAS RELAÇÕES DE AFETO	
<i>Maria Berenice Dias/RS</i>	53
4 DIREITO DE FAMÍLIA E A NECESSIDADE DE ALTERAÇÃO NO DIREITO SUCESSÓRIO	
<i>Zeno Veloso/PA</i>	59
5 BREVE ESTUDO SOBRE AS ENTIDADES FAMILIARES	
<i>Ricardo César Pereira Lira/RJ</i>	81

Temário II NOVOS PARADIGMAS PARA O DIREITO DE FAMÍLIA

1 CURATELA, INTERDIÇÃO E OS LOUCOS DE TODO GÊNERO	
<i>Marco Aurelio da S. Viana/MG</i>	99
2 PARA UMA NOVA HERMENÊUTICA DOS INTERVALOS LÚCIDOS	
<i>Julio Alberto Díaz/MG</i>	107

3	DEPOIMENTO/CURATELA <i>Maria da Graça Dias Fernandes/RJ</i>	117
4	A NOVA FILIAÇÃO – CRISE E SUPERAÇÃO DO ESTABELECIMENTO DA PATERNIDADE <i>Luiz Edson Fachin/PR</i>	123
5	NOVAS RELAÇÕES DE FILIAÇÃO E PATERNIDADE <i>Heloísa Helena Barboza/RJ</i>	135
6	PROCRIAÇÕES ARTIFICIAIS: BIOÉTICA E BIODIREITO <i>Eduardo de Oliveira Leite/PR</i>	143
7	A DESIGUALDADE DOS GÊNEROS, O DECLÍNIO DO PATRIARCALISMO E AS DISCRIMINAÇÕES POSITIVAS <i>Rodrigo da Cunha Pereira/MG</i>	161
8	OS DIREITOS DA MULHER NAS CONVENÇÕES INTERNACIONAIS – SUA INTEGRAÇÃO NOS MECANISMOS DOS DIREITOS HUMANOS <i>Florisia Verucci/SP</i>	175

Temário III

VINTE ANOS DE DIVÓRCIO NO BRASIL – OITENTA ANOS DE CÓDIGO CIVIL – UM CÓDIGO DE FAMÍLIA?

1	O PAPEL DA CULPA NA SEPARAÇÃO E NO DIVÓRCIO <i>Gustavo Tepedino/RJ</i>	191
2	SEPARAÇÃO E DIVÓRCIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E COMPARADO <i>Renan Lotufo/SP</i>	207
3	GUARDA COMPARTILHADA <i>Waldir Grisard Filho/PR</i>	213
4	O DIREITO DE FAMÍLIA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA <i>Sálvio de Figueiredo Teixeira/MG</i>	225
5	O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE INOVANDO O DIREITO DE FAMÍLIA <i>Tânia da Silva Pereira/RJ</i>	227
6	DIRETRIZES PARA UM CÓDIGO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA <i>César Augusto de Castro Fiuza/MG</i>	237

Temário IV
DIREITO DE FAMÍLIA E SUA CONEXÃO COM OUTROS
CAMPOS DO CONHECIMENTO

1 DIREITO E PSICANÁLISE: BREVES APONTAMENTOS ACERCA DO ESTATUTO DA LEI <i>Jeanine Nicolazzi Philippi/SC</i>	249
2 DIREITO PENAL: O CRIME DE ABANDONO MATERIAL, AS CRIANÇAS E ADOLESCENTES INFRATORES <i>Ronaldo Garcia Dias/MG</i>	261
3 TRANSFORMACIONES FAMILIARES (1976-1983) <i>Deborah Fleischer/Argentina</i>	267
4 PSICANÁLISE: OPERADORES DO SIMBÓLICO - CLÍNICA DAS TRANSFORMAÇÕES FAMILIARES <i>Célio Garcia/MG</i>	285
5 TRANSFORMAÇÕES FAMILIARES <i>Irlene Peixoto Moraes de Azevedo/MG</i>	305
6 DIREITO CONSTITUCIONAL: A EFICÁCIA DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO APÓS A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 <i>Francisco Amaral/RJ</i>	309
7 EDUCAÇÃO: O ENSINO DO DIREITO DE FAMÍLIA NO BRASIL <i>Paulo Luiz Netto Lôbo/AL</i>	325
8 ENGENHARIA GENÉTICA - DNA: A TESTEMUNHA MAIS CONFIÁVEL EM DETERMINAÇÃO DE PATERNIDADE <i>Sérgio Danilo J. Pena/MG</i>	343

Temário V
DIREITO DE FAMÍLIA E PROCESSO

1 MEDIAÇÃO E AS NOVAS TÉCNICAS DE DIRIMIR CONFLITOS <i>Maria de Nazareth Serpa/MG</i>	355
2 POR UMA ÉTICA DA MEDIAÇÃO <i>Ciro Marcos da Silva/MG</i>	395
3 AS EXECUÇÕES EM DIREITO DE FAMÍLIA: ALIMENTOS E PRISÃO, GUARDA E VISITAS <i>Francisco Figueiredo/MG</i>	405
4 A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NOS PROCESSOS JUDICIAIS DE FAMÍLIA <i>Ana Maria de Oliveira/CE</i>	419

5	PSICOLOGIA JURÍDICA NA REFORMA DO DIREITO DE FAMÍLIA – LEGALIDADE DA SUBJETIVIDADE?	
	<i>Fernanda Otoni de Barros/MG</i>	427
6	A LEGALIDADE DA SUBJETIVIDADE	
	<i>Israel Carone Rachid/MG</i>	455

TRABALHOS APRESENTADOS

1	INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE: PECULIARIDADES, PANORAMA ATUAL, FUTURO	
	<i>Fernando Simas Filho/PR</i>	463
2	A PROPÓSITO DO ADOLESCENTE INFRATOR	
	<i>Fabiola Vasconcelos Barbosa Nunes</i> <i>Mônica Drummond Guimarães</i> <i>Terezinha de Oliveira Lima Rocha</i> <i>Cristina S. Pinelli Nogueira/MG</i>	469
3	LEGISLANDO SOBRE O AFETO: QUESTÕES SOBRE A FAMILIARIDADE NO BRASIL	
	<i>Marcos Antônio P. Colares/CE</i>	473
4	O PAPEL JURÍDICO DO AFETO NAS RELAÇÕES DE FAMÍLIA	
	<i>Silvana Maria Carbonera/PR</i>	485
5	INSTITUTO DO DIREITO MUÇULMANO E SEU RECONHECIMENTO PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DO BRASIL	
	<i>Carlos Eduardo Abreu Boucault/SP</i>	513
6	EXERCÍCIO DO PÁTRIO PODER NO DIREITO COMPARADO SUL-AMERICANO	
	<i>Sérgio Matheus S. Garcez/SP</i>	525

Abertura

REPENSANDO O DIREITO DE FAMÍLIA

João Baptista Villela

Professor Titular na Universidade Federal de Minas Gerais

“O Senhor Deus disse:

‘Não é bom que o homem esteja só. Vou dar-lhe uma auxiliar que lhe seja semelhante’” (Gên., 2, 18).

Assim se lançava, na tradição cultural judaico-cristã, as bases da família. Por muito variadas que tenham sido as formas do agregado familiar, as transformações por que passou, as expressões que assumiu, as demandas sob que se curvou, os interesses que acolheu, o papel maior ou menor que representou – não há antropólogo que não veja no impulso gregário do homem a origem de sua experiência amorosa regular.

Alguns episódios políticos de grande impacto, dos quais destaco a formação do Estado nacional, a Reforma Protestante, a Contra-Reforma Católica e sua expressão emblemática, que foi o Concílio de Trento, o constitucionalismo moderno, impregnaram de tal modo a vida cultural do Ocidente que criaram o vazo da leitura social refratária.

Explico-me. Diz a Física que a refração consiste “no desvio de um raio luminoso ou de uma onda eletromagnética, que percorre a superfície de separação de dois meios, nos quais se propagam com velocidades diferentes”¹.

Estado e Igreja, de um lado, família de outro – transposto o símile da Física para o Direito ou, mais amplamente, da Natureza para a Cultura – são meios diversos, de tal sorte que, lançada nossa visão sobre a última a partir dos primeiros, a representação que se alcança sofre os desvios próprios da refração. A refração, porém, que é a verdade da natureza, é, ao mesmo tempo, a falsidade da representação. Isto é, a representação que fazemos da realidade a partir da refração só é exata se corrigida com a diversidade dos meios por onde caminham nossos exercícios perceptivos do mundo.

1 ROBERT, Paul. *Dictionnaire alphabétique & analogique de la langue française*. 20. éd., Paris: Dictionnaire Le Robert, 1975, *réfraction*.

Já se terá alcançado aonde quero chegar. Dada a força dos fenômenos políticos a que chamei de “grande impacto”, sua dimensão macrocós mica e seu alto poder de impregnação, perdemos a capacidade de ler a família fora da ótica do Estado e da Religião. No entanto, a família não só precede ao Estado e à Religião², como é dotada de um dinamismo que dispensa um e outra para se constituir e para sobreviver.

Foi o poder político e a ordenação do culto que estenderam seus braços sobre a família e a reconduziram para os seus quadros, impondo-lhe regras, redesenhando-lhe o perfil e submetendo-a a um preordenamento transcendental. *Transcendental*, esclareça-se, no prosaico sentido de que estivesse sobposta a interesses que *transcendiam* a seus próprios, vale dizer, interesses externos ou alheios.

Convém, aqui, evitar a confortável, mas apressada e, quem sabe, leviana conclusão de que Estado e Igreja, nessa operação de envolvimento estivessem movidos por uma espécie de fagocitose imperialista. Refoge ao âmbito de minhas preocupações, ao fazer o registro nessa oportunidade, especular sobre a inspiração fundamental que originou a politização e a sacralização da família. Trata-se muito provavelmente do resultado de um concurso de forças e circunstâncias culturalmente complexo e incoercível nos seus efeitos.

O que, sim, importa no caso sublinhar é que nossa visão de *família* hoje está profundamente permeada não por aquilo que ela é, em sua essência, senão por aquilo que o sagrado e o político tentaram e tentam dela fazer. É muito do nosso gosto de juristas distinguir entre o *fato* e a *versão do fato*. Pois bem: há o *fato* da família e há a *versão* da família. O que chamamos *direito de família* é, na verdade, *direito da versão de família*: um construto elaborado sob a filtragem política e sagrada sob que captamos a instituição.

Foi paradoxalmente o desenvolvimento do capitalismo moderno, um produto só tornado possível no Estado nacional, e o depuramento da fé religiosa, que criaram o caldo de cultura sob o qual a família começou a se libertar das forças extrínsecas de domínio e opressão. *From institution to companionship*, que marcaria a obra fundamental de Burgess & Locke³,

2 Refiro-me à *religião*, aqui, enquanto organismo assemblear ou eclesiástico, não no sentido de experiência interior da divindade.

3 BURGESS, Ernest & LOCKE, Harvey J. *The Family: From Institution to Companionship*. New York: American Book, 1945 ©.

constitui o arco de uma evolução ainda não acabada e na qual a família inicia o grande processo de reconquista de uma identidade perdida.

A despedida do *ancien régime* é também a despedida da ordem monolítica onde a família constituía, por assim dizer, um bizarro *shopping center* de funções. Desde logo, ali estava o organismo provedor de recursos humanos com que se compunham os exércitos e se repunham os contingentes dizimados pelas epidemias. Nela se cumpria todo o ciclo econômico que vai da produção ao consumo. Era, enfim, no seu espaço, que se ensinavam as artes e se aprendiam os ofícios. A criação de escolas, associações, sindicatos e partidos políticos convoca e leva para o espaço público muitas das atividades que se concentravam na família.

De outra parte, a doutrina agostiniana, que considerava a prática do sexo *remedium aegrotis*, “medicina para os fracos”⁴, entra em crise. Mais grave ainda: a finalidade procriativa do matrimônio perde terreno e vai atingir, possivelmente, sua mais perfeita reinterpretação, já neste século, com os trabalhos de Herbert Doms, Dieter von Hildebrand e Bernhardin Krempel. Estes teólogos, retomando uma percepção que remonta a Hugo de São Vítor (1096-1141)⁵, voltaram as costas à visão demonizada do sexo⁶ e souberam,

4 AUGUSTINUS, Aurelius. *Opera Omnia, De Genesi ad Litteram* 9, 7, 12. In: MIGNE, J.-P. (acc.). *Patrologia Latina*. T. 34, Parisiis: Migne, 1865, p. 397.

5 Cf. DOMS, Herbert. *Vom Sinn und Zweck der Ehe*. Breslau: Ostdeutsche Verlagsanstalt, 1935; HILDEBRAND, Dietrich. *Die Ehe*. München: Ars Sacra, 1929; KREMPEL, Bernhardin. *Die Zweckfrage der Ehe in neuer Beleuchtung*. Einsiedeln – Zürich – Köln: Benziger, 1941. Já bem antes, Koch, então professor em Tübingen, admitindo embora que a comunhão natural de sexo, com vistas à procriação e à disciplina da concupiscência, constituísse também fim do casamento, considerava como sua finalidade “suprema” ou “principal” a “indivisa comunidade de vida entre homem e mulher”: KOCH, Anton. *Lehrbuch der Moraltheologie*. 3. Aufl., Freiburg i. Br.: Herdersche Verlagshandlung, 1910, S. 632.

6 A sexualidade estava tão fortemente limitada à procriação no pensamento teológico, que somente no século XIV e início do século XV se teria começado a admitir como *amplamente* legítima a cópula entre o marido e sua mulher. Observa Otto que esta mudança de paradigma se explicita claramente no tratamento da questão que se punha de se saber se a relação sexual poderia ocorrer, estando a mulher menstruada. Johannes Gerson (1363-1429), um dos mais importantes teólogos da Baixa Idade Média, iria sustentar a legitimidade do sexo sem prole com base nos riscos de que a satisfação fosse buscada fora do casamento. Parece, portanto, que, no fundo, subsistia a antiga visão negativista, a mesma que levaria Giovanni di Fidanza (1221-1274), na vida eclesiástica chamado Bonaventura, a descrever a libido como *lapsus naturae*, nada menos que uma *doença* que se *curava* com o casamento, o qual por isso era proposto como *remedium contra libidinis morbum*: cf. OTTO, Jochen. *Zwang zur Ehe: Andreas Alciat (1492-1550) und die klandestine Ehe*. Darmstadt: Copy Shop, 1987, S. 35-39.

com extraordinária argúcia, redescobrir o papel fundamental e positivo do impulso erótico e da conjugalidade. Algo de extraordinário está para ocorrer. “A libido se degela”, poder-se-ia bem repetir, ambientando para o interior do casamento, uma expressão de Charles Chauvin aplicada ao amor romântico do século XVIII⁷.

Produzia-se, então, o mais espetacular fenômeno em toda a história da família: sua passagem de unidade institucional a núcleo de companheirismo. A este fenômeno, sobre que tanto se escreveu, caracterizou-se na literatura de espaço alemão como *Funktionsverlust*, “perda de funções”, ou *Funktionsentlastung*, “desencargo de funções”⁸. Uma e outra designação querem sublinhar a descompressão de que se beneficiou a família ao se desvençillar da imensa carga de atribuições que se lhe tinham imposto. A designação, se é expressiva nesse sentido, é pobre e talvez mesmo equívoca na medida em que acentua antes a perda do que o ganho, menos a libertação do que o desapossamento. Por isso, verdadeiramente genial aqui foi a fórmula de MacIver. Para MacIver, a família, “perdendo função após função, acabou por encontrar a sua própria”, que é ser *locus* de amor, sonho, afeto e companheirismo⁹. Estes são os dons da família, aquilo que se poderia qualificar, com René König, como “suas prestações específicas”¹⁰.

A descompressão da família, porém, não se fez sem custos. Sob a estrutura institucionalista, o controle social externo proporcionava garantia contra o exercício arbitrário do poder no interior do grupo. Restituída a

7 La quête du bonheur. *Esprit*, Paris, sept. 1978, p. 119.

8 Cf. a propósito: ARIÈS, Philippe. *The Family and the City*. *Daedalus*, Cambridge, Mass., Spring 1977, p. 227-235; BURGESS & LOCKE. *Op. cit.*, passim; FRÖHNER, Rolf et alii. *Familie und Ehe: Probleme in den deutschen Familien der Gegenwart*. Bielefeld: Stackelberg, 1956, passim; MACKENROTH, Gerhard. *Bevölkerungslehre: Theorie, Soziologie und Statistik der Bevölkerung*. Berlin: Springer-Verl., 1953, S. 361 et seq.; MICHEL, Andrée. *Modèles sociologiques de la famille dans les sociétés contemporaines*. *Archives de philosophie du droit*, Paris, t. 20, 1975, p. 131; MITTERAUER, Michael & SIEDER, Reinhard. *Vom Patriarchat zur Partnerschaft: Zum Strukturwandel der Familie*. München: Beck, 1977, passim; SCHELISKY, Helmut. *Wandlungen der deutschen Familie in der Gegenwart*. 3. Aufl., Stuttgart: Enke, 1955, passim; WEIL, Norman. *Die Ehe in der Industriegesellschaft*. In: WEIL, Norman et alii. *Zum Thema Ehescheidung*. Stuttgart: KBW, 1970 ©, S. 12 et seq.; WURZBACHER, Gerhard. *Leitbilder gegenwärtigen deutschen Familienlebens*. 2. Aufl., Stuttgart: Enke, 1954, S. 115 et seq. Vista a transformação da família por outros ângulos, fala-se também em “processo de desinstitucionalização” (*De-Institutionalisierungsprozeß*) e em “processo de individualização” (*Individualisierungsprozeß*): cf. NAVE-HERZ, Rosemarie. *Familie heute*. Darmstadt: Wissenschaftl. Buchgesellschaft, 1994 ©, S. 3.

9 MACIVER, R. M. *The Elements of Social Science*. 9. ed., rev., London: Methuen, 1949, p. 154.

10 *Materialien zur Soziologie der Familie*. Bern: Francke, 1946, S. 79.

si própria, a família passou a ter seu equilíbrio dependente da capacidade de autocomposição de seus membros. Fragilizados, os laços ganharam em poder de expressão afetiva, mas perderam em capacidade de sustentação, o que faz nascer uma nova dimensão para o problema da violência na família, de que são vítimas preferenciais – sabe-se bem – a mulher e os menores¹¹.

O descompasso entre o que é a família e o que dela fizeram ou pretendiram fazer revela-se particularmente dramático na persistência do resíduo que a vê como produto do direito estatal ou do direito eclesiástico. A família não é criação do Estado ou da Igreja. Tampouco é uma invenção do direito como são, por exemplo, o *leasing*, a sociedade por cotas de responsabilidade limitada, o mandado de segurança, o aviso prévio, a suspensão condicional da pena ou o devido processo legal. Estes institutos são produtos da cultura jurídica e foram criados para servir a sociedade. Mas a família antecede ao Estado, preexiste à Igreja e é contemporânea do direito. Pela ordem natural das coisas, não está no poder de disposição do Estado ou da Igreja desenhar, ao seu arbítrio, o perfil da família. O poder jurídico de um e de outra relativamente à família não pertence à ordem da atribuição. Pertence, ao contrário, à ordem do reconhecimento. Pode-se observar, de resto, que, ao longo da História, a autoridade intrínseca da família impõe-se aos poderes sacros e profanos com um silencioso *noli me tangere!* Lucy Mair registra, a propósito, que nem os governos de tendência coletivista mais exacerbada chegaram a cogitar de abolir a família, ainda quando tenham enfraquecido os laços do matrimônio e encorajado os filhos a delatar os pais por subversão política¹².

Ao Estado, assim como à Igreja, compete em grau a um só tempo eminente e inabdicável reconhecer a família. Reconhecer a família, contudo, não é apenas abrir-lhe espaço nas constituições e nos códigos, para, ao depois, sujeitá-la a regras de organização e funcionamento. É, antes, assegurar sua faculdade de autonomia e, portanto, de auto-regramento. O casamento e a família só serão o espaço do sonho, da liberdade e do amor à condição de que os construam os partícipes mesmos da relação de afeto.

Mas falar de sonho, de liberdade e de afeto soa quase estranho a quem tenha sob os olhos as leis, a literatura e a jurisprudência de direito de

11 Cf. CORRERA, Michele M. & MARTUCCI, Pierpaolo. *La violenza nella famiglia: La sindrome del bambino maltrattato*. Padova: CEDAM, 1988, p. 11-13.

12 Cf. *Marriage*. Harmondsworth – Baltimore – Ringwood: Penguin Books, 1971, p. 211.

família. Já notaram os senhores o quão pouco se fala de amor em sede de direito de família, como se este não fosse seu ingrediente fundamental? O amor está para o direito de família assim como o acordo de vontades está para o direito dos contratos. Curiosamente, contudo, enquanto o acordo de vontades constitui a figura central da teoria dos contratos, em torno da qual tudo pivota e tudo se esclarece, parece haver, em direito de família, no mínimo, um bem disfarçado pudor de explicitar a matéria de que ele é feito e sem a qual sua razão de ser não se sustenta e se esboroa. Certo, o discurso do direito de família não deve fazer concessões à pieguice, mas não tem por que ser árido, asséptico, frio e insensível. Quando fazemos direito de família, o fazemos para quem está buscando a realização de seus mais inefáveis anelos de felicidade ou, ao contrário, para quem se vê, no comum das vezes, submergido nos obscuros poços do desespero. Casamento, quando não o assola o vírus do tédio e da indiferença, é sempre algo que oscila entre o êxtase e a tragédia. Em qualquer das três hipóteses, lidamos com valores graves e complexos da alma humana. Do êxtase não cuida o direito, propriamente, mas deve concorrer para que os parceiros de uma união o possam encontrar. E se não os pode vacinar contra os riscos da tragédia – que nos espreitam dissimulados em cada esquina da vida – pode muito bem oferecer-lhes os caminhos de uma reconstrução. Que dizer, enfim, do tédio e da indiferença? Mal insidioso e sorrateiro, câncer invisível e indolor, refoge à prevenção do direito e se instala sem que os mesmos parceiros tomem consciência. Poucos o terão descrito com o rigor poético e o desnudamento incomplacente de um Mia Couto:

“Entre marido e mulher o tempo metera a colher, rançoso roubador de espantos. Sobrara o pasto dos cansaços, desnamoros, ramerrames. O amor, afinal, que utilidade tem?”¹³.

Que utilidade tenha, cabe aos amantes mesmos descobrir ou redescobrir. Certo é, porém, que o colapso do encantamento há de poder encontrar remédio também no direito e não apenas quando ateste a falência definitiva de um empreendimento amoroso. Não se pretende que o direito de família se substitua à psicoterapia, mas seria redução imperdoável de suas virtualidades concebê-lo ou praticá-lo com exclusão do aconselhamento preventivo e reparatório, assim como da mediação extrajudicial. Merece, no míni-

13 *Estórias Abensonhadas: Contos*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1996, p. 31.

mo, observação e estudos um movimento que nos Estados Unidos levaria à criação da atívisima *Academy of Family Mediators* e que, na Inglaterra, associou juristas na experiência conhecida por *Solicitors in Mediation*, a qual, por sua vez, desembocaria, em 1988, na *Family Mediators Association*. A avaliação crítica da experiência de mediação tem mostrado seus limites. E é natural que ela os tenha. Contudo, parece definitivo o seu espaço enquanto ela se revelar fiel à divisa que lhe propôs Irène Théry:

“A Justiça se ocupa do passado e do presente, a mediação se ocupa do futuro”¹⁴.

Perder, assim e em resumo, esta perspectiva – a de que o direito de família está preordenado ao bem-estar pessoal – é fazer do homem instrumento, e não fim, do ordenamento jurídico.

Mas o discurso envergonhado e distante não é tudo e pode bem se explicar, em parte, pelas erráticas orientações do conjunto normativo de que se entretece o direito positivo na matéria.

Uma análise ainda que perfunctória de nossa produção em direito de família irá mostrar, com efeito, que o parasitam traços de marcada hostilidade à nossa capacidade de nos exprimirmos a nós mesmos, no espaço das relações amorosas.

Não creio laborar em equívoco ou exagero, se disser que o direito de família brasileiro é procriacionista, autoritário, determinista, substitutivista, invasivo e extremamente guloso.

Abstenho-me de descrever em pormenor as configurações que revelam cada um desses desvios aberrantes de uma ordem familiar saudável. Evoco, porém, a título de exemplo, alguns nichos onde decididamente a dogmática, a interpretação ou a aplicação se põem ao desserviço das pessoas nas situações de família, seja esta de direito ou de fato.

Procriacionista manifesta-se, por exemplo, o direito brasileiro quando a Constituição da República defere o planejamento familiar à “livre decisão do casal”. Está certíssima a Constituição em vedar “qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais e privadas”, mas é retrógrada e omissa ao

14 *Le démariage: Justice et vie privée*. Paris: Éd. Odile Jacob, 1995, p. 331.

silenciar quanto aos recursos da sanção premial, dentro da técnica política que na obra de Bobbio constitui a *função promocional do direito*¹⁵. Para agravar a debilidade do texto constitucional, juízes da infância e da juventude criam obstáculos a bem dizer insuperáveis para a prática da adoção, especialmente a adoção por estrangeiros. Para procriar tudo é permitido. Para dar pais a quem não os tem tudo é dificultado. Função social não é um predicado apenas da propriedade. Também a compete ao contrato, à personalidade jurídica, ao tributo, etc. E, não em grau inferior, à procriação.

São autoritárias nossas leis de família sempre que retiram às pessoas as faculdades inerentes à capacidade negocial que se lhes reconhece. Assim, não há razão de lógica, justiça ou bom-senso para o art. 256 do Código Civil, que subtrai aos cônjuges a possibilidade de alterar o regime de bens que hajam estabelecido. Ou para o art. 258, parágrafo único, que impõe o regime da separação aos maiores de 60 e às maiores de 50 anos¹⁶.

A súmula 379 do Supremo Tribunal Federal é arrogante ao substituir-se ao cônjuge que, no exercício natural da sua capacidade de exercício, renuncia aos alimentos no acordo de separação. Nada mais prosaico e menos extravagante que a renúncia, por quem seja plenamente capaz, dos direitos patrimoniais de que seja titular. Esta súmula, sem embargo de sua aparente neutralidade, ao pretender, de fato, amparar a mulher, suposta vítima de acordos lesivos, restaura, sob maldisfarçada roupagem, a velha

15 Cf. BOBBIO, Norberto. *Dalla struttura alla funzione: Nuovi studi di teoria del diritto*. Milano: Ed. di Comunità, 1977 ©, passim, especialmente p. 13-121.

16 Sobre uma e outra limitação da autonomia dos nubentes e cônjuges cf.: VILLELA, João Baptista. *La contrainte comme forme de violence dans l'organisation juridique de la famille*. Belo Horizonte: éd. A., 1977, p. 5-7; VILLELA, João Baptista. *Natureza do Regime de Participação Final nos Aqüestos e Fins do Casamento*. Belo Horizonte: ed. A., 1977, p. 15-18; VILLELA, João Baptista. *Liberdade e Família*. Belo Horizonte: Fac. Direito UFMG, 1980, p. 33-36; VILLELA, João Baptista. *Liberdade "versus" Autoridade no Estatuto Patrimonial do Casamento*. Belo Horizonte: ed. A., 1984, passim; VILLELA, João Baptista. *Regime de Bens no Casamento: Revogabilidade e Segurança de Terceiros*. In: FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL. *Estudos de Direito Brasileiro e Alemão/Studien zum brasilianischen und deutschen Recht*. Porto Alegre, 1985, passim; VILLELA, João Baptista. *O Direito de Família no Senado: Emendas ao Projeto de Código Civil*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 1985, p. 28-31. Quanto à intervenção corretiva da jurisprudência e da Lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977, no caso de regime obrigatório de separação por força da idade, cf. VILLELA, João Baptista. *Die vermögensrechtlichen Beziehungen der Ehegatten im brasilianischen Recht*. In: SAMTLEBEN, Jürgen (Hrsg.). *Erbfolge, Güterrecht und Steuer in deutsch-brasilianischen Fällen*. Frankfurt a.M. - Bern - New York: Peter Lang, 1986, S. 5-6.

incapacidade por enfermidade do sexo. Quando vamos compreender que a tão proclamada igualdade entre homem e mulher não se alcança a golpes de papel e tinta, senão com vontade política, determinação, coragem e audácia?

Arrogante também e desdenhosa dos direitos da personalidade é a Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992, quando defere ao Ministério Público o poder de investigar a paternidade, independentemente do assentimento da mãe, expondo-a ao vexame de ter sua vida íntima devassada e exposta. Incorreu o legislador aqui no grave equívoco de tomar questões de estado (civil) por questão de Estado (político)¹⁷.

Especialmente grave tem sido nos últimos anos o furor regulamentatório da República em matéria das chamadas *uniões estáveis*. Não há na Constituição uma só palavra de onde se possa derivar a suposta necessidade de submeter essas formações espontâneas à cravelha da lei. O que quis e quer a Constituição é, por óbvias razões de justiça social, estender a tais construções informais o manto protetor da lei, especialmente os benefícios da seguridade social.

Não posso, aqui e agora, senão confirmar o que, de outra feita, assina-lei quanto ao patológico pendor nacional para a regulamentação:

“Em sua crônica obstinação de navegar na contracorrente da história, o Brasil insiste em impor normas para tudo, quando a consciência dos novos tempos e a superação de paradigmas positivistas apontam para a *desregulamentação*. A *bulimia normativa* constitui um dos traços mais persistentes e autoritários de nossa cultura: legisla-se sempre, e cada vez mais, sobre o imaginável e o inimaginável, como se a regra do Estado apusesse aos assuntos uma espécie de selo de qualidade”¹⁸.

Disse “patológico pendor nacional”? *Patológico*, sim, sempre. *Nacional*, nem tanto. Ou, pelo menos, *não só nacional*. Pode-nos servir de consolo ou de alívio ao sentimento de auto-estima saber que do mesmo mal se queixa também fora do Brasil. E não apenas juristas. Muito explicável, de resto, pois não

17 Para uma crítica mais circunstanciada da Lei n. 8.560, de 29 de dezembro de 1992, cf. VILLELA, João Baptista. O Reconhecimento da Paternidade entre o Pós-Moderno e o Arcaico: Primeiras Observações sobre a Lei n. 8.560/92. *Repertório IOB de Jurisprudência*, São Paulo, n. 04/93, 2. quin. fev. 1993, cad. 3:76-71.

18 VILLELA, João Baptista. Família Hoje. In: BARRETTO, Vicente (org.). *A Nova Família: Problemas e Perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 80.

somos os únicos a experimentar as perturbações provocadas pelo fenómeno. Dir-se-á até que os juristas temos como melhor nos proteger da incontinência legislativa. Em entrevista sobre temas variados, o cientista Reinhard Kurth, que dirige o Instituto Robert Koch, em Berlim – uma organização no ramo das doenças infecciosas –, perguntado o que faria em primeiro lugar, se lhe fosse dado governar por um dia a Alemanha, respondeu:

“Uma lei contra a fúria regulamentatória”¹⁹.

Os custos da contínua e crescente usurpação de nossa liberdade de auto-regramento por parte do Estado são múltiplos e elevados. Ela começa por nos desqualificar como sujeitos. Depois “alimenta a *infantilização* das pessoas individualmente consideradas e a *castração* da sociedade civil. É como se umas e outra fossem incapazes de adotar, por si mesmas, regras de convivência e de composição dos seus interesses. E, portanto, devessem estar sob a permanente tutela de uma superorganização, o Estado, supostamente tão sábio, arguto, sensível e prudente, que lhes devesse ditar até mesmo como viver uma experiência amorosa. Na verdade, o casamento ou qualquer outra forma de associação íntima entre pessoas só interessa ao Estado sob dois estritos aspectos: a proteção dos filhos menores e a adequada liquidação de um eventual patrimônio promíscuo que se tenha formado. E quanto a isso, seja dito de passagem em favor de nossos tribunais, as questões suscitadas pelo concubinato vinham encontrando soluções armadas com habilidade, imaginação e arte. Tudo o mais, isto é, fora as questões de menores e divisão de patrimônio, depende antes das pessoas em cada caso envolvidas. Mais precisamente, de seus sonhos, de seus gostos, de suas inclinações e até mesmo de seus caprichos e idiossincrasias. Para resumir: o par que opta por não se casar (podendo fazê-lo gratuitamente quantas vezes queira) e escolhe outra forma de união, o faz porque, definitivamente, não se quer pôr sob o regime que a lei estabelece. Portanto, haveria que deixá-lo em paz, vivendo seu próprio e personalíssimo projeto de vida amorosa. Mas nas estruturas autoritárias de poder isso é impensável: há que regulamentar, regulamentar, regulamentar. Na hipótese concreta, o delírio normativista do Estado traduz-se, por assim dizer, em casar *ex officio* quem não quis casar *motu proprio*. Ou seja, submeter compulsoriamente ao regime legal do casamento, tanto quanto possível, aqueles que deliberadamente fizeram a opção

19 Fragebogen. *Die Woche*, Hamburg, Nr. 16, 11. Apr. 1997, S. 40.

pelo *não-casamento*. Tanto a Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994”, quanto a mais recente “Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996, aplicaram o quanto puderam de casamento a todas as formas de convivência”²⁰.

A intervenção na esfera da privacidade amorosa chegou a tal ponto que um diário abriu espaço para que se questionasse “se ainda faz sentido celebrar o dia dos namorados, já que, em rigor, até mesmo esta instituição, a um só tempo, natural, alegre, espontânea, saudável e indescritível, que é o namoro, parece ter-se convertido em modalidade de casamento”²¹.

Nos Estados Unidos galanteio virou assédio sexual, enquanto no Brasil namorar cria direitos e deveres de estado. Tristes tempos estes em que o mundo vai perdendo o sentido do lúdico, a descontração se torna suspeita, a responsabilidade civil mora em cada esquina e o convívio humano é antes uma usina de riscos do que uma fonte de prazer...

Impõe-se compreender que a produção do direito não é monopólio do Estado.

“O que, sim, é monopólio do Estado é a imposição do direito pela força. De resto, quanto mais evoluída é uma sociedade, tanto menos carece ela do emprego da violência para ver cumpridas suas regras. Retornando à questão fundamental: o direito é um produto cultural da vida em sociedade. Há mesmo um aforismo latino que expressa essa verdade de forma sintética e elegante: *ubi societas, ibi jus*, ou seja, onde está a sociedade, aí está também o direito. A razão é simples: nenhuma sociedade, por mais elementar e primitiva que seja, consegue sobreviver sem regras de conduta. Portanto, é um erro primário supor que as pessoas que mantinham entre si uma convivência amorosa à margem do casamento civil, vivessem sob regime de completa anomia. Não viviam. Só que suas regras tinham isto de particular, que as fazia especialmente adequadas: eram o produto do consentimento único e irrepitível dos parceiros. Uma roupa sob medida, malcomparando, ao invés de uma roupa adquirida pronta. E assim como tais regras eram feitas por eles, por eles eram permanentemente refeitas, revigoradas, alteradas ou revogadas. Sem maiores formalidades ou qualquer burocracia. O que acontecia, por exemplo, quando um relacionamento entre companheiros, por qualquer mo-

20 VILLELA. Família Hoje..., cit., p. 80-81. O trecho transcrito contém ligeira alteração relativamente ao original indicado.

21 VILLELA. Família Hoje..., cit., p. 81-82.

tivo, não mais lhes convinha ou não convinha a qualquer um deles? Separavam-se, simplesmente. Cada um tomava seu rumo. *Ciao e bença*. Agora não: o relacionamento deve ser objeto de *rescisão*, um conceito nada pacífico em direito. Há mesmo quem afirme que *rescisão* supõe culpa. A ser assim, já não se pode separar só porque a *affectio maritalis* chegou ao fim. Ou pela simples convicção íntima de que a união perdeu sentido. Há nisso tudo um grande paradoxo: a coexistência de expressões convivenciais distintas, uma característica das sociedades pluralistas e dessacralizadas, resulta negada na prática quando todas elas se submetem às mesmas regras. Quem, podendo casar, prefere a união livre, deveria ter o direito de viver segundo suas próprias regras e não segundo aquelas que deliberadamente rejeitou. Mas, se é verdade, que tudo na vida tem seu lado *bom*, o desta política parece estar em melhorar o já próspero mercado dos advogados, dos cartórios e dos despachantes... A *Folha de S. Paulo* do dia 11 de agosto de 1996 noticiava que um só advogado, do Rio de Janeiro, já tinha sido procurado por 350 pessoas, intranquílias com as conseqüências da Lei n. 9.278, [então] recém-editada, sobre suas vidas”²².

Assinalo como ilusória e perversa a euforia que tomou conta de uma parte da doutrina e dos tribunais brasileiros com respeito aos progressos da biologia genética e sua aplicação para determinar a paternidade. Falo – sabem todos – do DNA.

No século XVII, com a obra de Grotius (1583-1645), Pufendorf (1632-1694) e outros, floresceu na Europa uma vertente do pensamento jusnaturalista que alimentou a pretensão tão ambiciosa quanto irrealizável de estabelecer *more geometrico* – isto é, observados os princípios da Matemática –, as leis ideais da convivência social. Seu exercício intelectual deu no único resultado que podia dar: o mais consumado fracasso. O sujeito das relações jurídicas não é um puro produto da razão, senão um ser histórico e cultural, enraizado no seu tempo e no seu espaço.

Não posso senão imaginar uma comunhão de origem e propósitos entre aquele colapso do bom-senso e o glamurizado controle da paternidade pelo DNA. O desprezo da misteriosa e complexa realidade antropológica do homem, assim como produziu o teratológico jusnaturalismo de base racionalista, ameaça substituir ao sentido cultural e axiológico da relação entre pais e filhos uma technicalista paternidade biogenética.

22 VILLELA. Família Hoje..., cit., p. 82-83.

“A consangüinidade tem, de fato e de direito, um papel absolutamente secundário na configuração da paternidade. Não é a derivação bioquímica que aponta para a figura do *pai*, senão o amor, o desvelo, o serviço com que alguém se entrega ao bem da criança”²³.

Repetirei aqui o que tenho dito tantas vezes:

“A verdadeira paternidade não é um fato da biologia, mas um fato da cultura. Está antes no devotamento e no serviço do que na procedência do sêmen”²⁴.

Ao Código Civil só se deve render homenagem pelo tratamento que deu ao tema, acolhendo a regra *pater is est quem nuptiae demonstrant* e levando-a, com determinação e conseqüência, ao ponto de mantê-la até mesmo ante o adultério confesso da mulher (cf. art. 343). Fica evidente que a exclusão da regra, quando ocorre, tem fundamento último no juízo personalíssimo do marido – ato soberano de liberdade – e não em imposição de determinismos biológicos. A regra *pater is est* constitui, pois, na verdade, o triunfo da vontade sobre a causalidade física. O marido que exercita a ação negatória de paternidade não está, na lógica da lei, demonstrando, primariamente, a impossibilidade de ter gerado. Esta impossibilidade é apenas o pressuposto para que se possa ajuizar a ação. O que, no fundo, aos olhos da lei o marido revela, deduzindo sua pretensão em juízo, é a insuportabilidade de uma situação para a qual materialmente não concorreu. Ora, o juízo de insuportabilidade não é nada menos que o termo de um processo anímico e, portanto, produto da liberdade pessoal. Ninguém, senão o próprio marido, pode dar-lhe a conseqüência jurídica gravíssima de excluir uma paternidade, que a lei presume em razão dos vínculos que o ligam à sua mulher. Assim como pode, só ele, fazer sua uma paternidade que não tem apoio na causalidade biológica e afirmar, por esse modo, a transcendência do espírito sobre a matéria.

Não são muitos, hoje, os que entendem a construção axiológica do Código Civil. Ela se tornou, subitamente, adiantada demais para um tempo em que a aceleração da ciência faz esquecer que o destino do homem não está ligado ao conhecimento que detém sobre a natureza, mas ao uso que faz de sua liberdade. Quando abdica da liberdade, o homem assume com a

23 VILLELA. Família Hoje..., cit., p. 85.

24 VILLELA. Família Hoje..., cit., p. 85.

ciência uma relação que, sendo mítica, e não crítica, acaba conduzindo à superstição e favorecendo o obscurantismo. É a superstição da ciência que alimenta a idéia de uma paternidade fundada na herança genética.

Não há dúvida de que é bem cômodo pedir a uma seqüência de reações químicas que nos aponte quem é pai ou quem é mãe. Muito menos complexo e inseguro, decerto, que situar a questão em termos de amor, serviço, devotamento. Estes *componentes* escapam à leitura e à mensuração objetivas. Não cabem nas análises laboratoriais. Nem há *software* que os controle. Também aqui – está-se vendo –, o conflito é um embate entre segurança e liberdade. Preferir a primeira à segunda, é preferir o caminho confortável da sujeição. A paternidade pelo DNA – não há dúvida – é uma paternidade de sujeição.

O velho Código Civil continua, pois, dando uma lição de jovialidade e frescor: “já em 1916 muito mais moderno e avançado do que os arrogantes anúncios de laboratórios que hoje prometem determinar a *paternidade* pelo DNA... Determinam, se tanto, uma relação de causalidade genética. Mas a paternidade é muito mais do que isso”²⁵.

O que nos faz a nós – e especialmente o que nos faz nas relações de família – é a nossa capacidade de dar e receber amor. Não a matéria de que nossos corpos são feitos ou o sangue que por ela circula. Foi precisamente quando punha a nu os equívocos da família assentada na consangüinidade que David Cooper deixou escapar uma afirmação forte, dura mesma – direi – mas, quem sabe, tornada necessária pelos equívocos que culminariam na *cultura* do DNA. “O sangue” – disse Cooper – “é mais espesso que a água apenas porque se constitui na corrente energizadora de uma certa estupidez social”²⁶.

Chamei de *guloso* o direito de família. De que outra forma poderia qualificar a tendência de reconduzir às varas de família questões que de família nada têm? A liquidação de um patrimônio comum entre conviventes, onde não estejam envolvidos incapazes, nada tem de específico que

25 VILLELA. Família Hoje..., cit., p. 86. Para um tratamento mais analítico do pensamento não-biológico da paternidade cf. VILLELA, João Baptista. Desbiologização da Paternidade. *Revista da Faculdade de Direito [da] Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, a. 27 (n.f.), n. 21, maio 1979:401-419.

26 *The Death of the Family*. London: The Penguin Press, 1971, p. 30.

imponha o especial apetrechamento do juízo de família. Trata-se de pura questão patrimonial para cuja solução é mesmo de se supor que estejam mais bem aparelhadas as varas cíveis comuns, às quais deve ser levada. Isto, claro, quando não a possa resolver extrajudicialmente os próprios sócios ou condôminos. *Condôminos*, sim, pois que a liquidação de uma sociedade de fato não passa de uma dissolução de condomínio.

A Justiça de Família, tal qual a própria família, só pode ganhar em concentrar-se no que constitui o seu fazer específico. Se MacIver pôde dizer, com luminoso acerto, que a família, abdicando sucessivamente de outras funções, acabou por encontrar a sua mesma, não há erro em antecipar que a aplicação das varas de família às questões de seu específico interesse institucional importará tratamento mais adequado dos problemas submetidos à sua jurisdição.

Competindo ao juiz sempre ouvir as partes com atenção e equanimidade, situações há, contudo, em que este dever assume um caráter de todo fundamental para a sorte dos feitos e a crença no poder da Justiça. Elas estão implicadas sempre que o processo envolve a privação da liberdade ou a restrição ao convívio – perdas que cortam na alma, ainda quando deixam intacto o patrimônio. A crise do processo penal e a crise do processo de família é, sobretudo, uma crise de escuta. O acusado quer ser ouvido. E não só sobre as circunstâncias próximas da conduta incriminada, sendo certo que seu eventual desvio de comportamento não o faz perder o direito à interlocução. As crianças e os adolescentes, cujos conflitos os tenham levado à presença do juiz, têm o sagrado direito de encontrar na pessoa do magistrado o pai ou a mãe que não puderam ter ou que, se tiveram, não souberam ou não puderam bem exercer as suas funções. Ora, ser pai ou ser mãe é, em larga medida, saber ouvir. Finalmente, quanto aos cônjuges desavindos: se há algum sentido em que compareçam perante a autoridade judiciária, só pode ser o de que nela identifiquem os ouvidos atentos da empatia e a voz serena do bom conselho.

Como se chegar, porém, a esse ideal de escuta e de expressão, se o magistrado não dispõe de tempo, porque os autos se empilham sobre sua mesa e as partes se acotevelam na ante-sala das audiências?

Não serve, pois, à Justiça de Família uma política expansionista. De resto, também nisto vale o símile da gula: o guloso é basicamente alguém

que perdeu o sentido do gosto e que, portanto, sacrifica o *bom* em favor do *muito*, vale dizer, sobrepõe a quantidade à qualidade.

Senhoras e Senhores:

O grande movimento que Sir Henry Maine descreveu no seu clássico *Ancient Law* como a passagem de uma ordem fundada no regulamento para uma ordem fundada no contrato, e que caracteriza a transformação das sociedades que evoluem²⁷, encontraria, um século depois, em Michel Vasseur curiosa e feliz replicação. Para Vasseur, assistimos hoje ao deslocamento progressivo de uma sociedade fundada no unilateral imposto para uma sociedade que se inspira no bilateral negociado²⁸.

Quem fala bilateral negociado, fala em espaço para a expressão das individualidades e, portanto, em recuo dos atos de autoridade. Se em “Direito de Família” quero ver o direito que se impõe à família e não o direito que a família se autoconfere, e se na família está o dinamismo criador de nossos sonhos, diria que a aplicação das geniais formulações de Maine e Vasseur está em diminuir o coeficiente de direito – leia-se: de autoridade, invasão e arbítrio – e elevar o de família – leia-se: de liberdade e de criação. Se assim for, penso que continuará sendo uma santa receita que ao homem (assim como à mulher) não é bom viver só.

27 Cf. MAINE, Henry Sumner. *Ancient Law: Its Connection with the Early History of Society, and its Relation to Modern Ideas*. New York: Scribner, 1870, p. 164-165.

28 Cf. VASSEUR, Michel. Un nouvel essor du concept contractuel: Les aspects juridiques de l'économie concertée et contractuelle. *Revue trimestrielle de droit civil*, Paris, janv.-mars 1964:5-48.

Temário I

**AS VÁRIAS FORMAS E MODELOS
DE FAMÍLIA PARA O DIREITO**

1

CASAMENTO

Adélia Prado

Professora licenciada em Filosofia
Escritora

Há mulheres que dizem:
Meu marido, se quiser pescar, pesque,
mas que limpe os peixes.
Eu não. A qualquer hora da noite me levanto,
ajudo a escamar, abrir, retalhar e salgar.
É tão bom, só a gente sozinhos na cozinha,
de vez em quando os cotovelos se esbarram,
ele fala coisas como 'este foi difícil'
'prateou no ar dando rabanadas'
e faz o gesto com a mão.
O silêncio de quando nos vimos a primeira vez
atravessa a cozinha como um rio profundo.
Por fim, os peixes na travessa,
vamos dormir.
Coisas prateadas espocam:
somos noivo e noiva.

2

CONCUBINATO – UNIÃO ESTÁVEL

Sérgio Gischkow Pereira

Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
Professor na Escola Superior da Magistratura do Ministério Público (RS)

Sumário

1. Introdução.
2. A exigência de tempo médio mínimo para que se tenha como configurada a união estável.
3. O problema da culpa na responsabilidade alimentar entre companheiros.
4. Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

Este painel sobre “concubinato – união estável” se insere no 1º temário deste Congresso, que tem a ver com as várias formas e modelos de família para o Direito.

Sem dúvida, muito feliz o temário escolhido, pois, desde logo, acena para a multiplicidade de constituições familiares. Não poderia ser diferente quando o Direito de Família evolui para um estágio em que as relações familiares se impregnam de autenticidade, sinceridade, amor, compreensão, diálogo, paridade, realidade. Trata-se de afastar a hipocrisia, a falsidade, o fingimento, o obscurecer dos fatos sociais, fazendo emergir as verdadeiras valorações que orientam as convivências grupais. O regramento jurídico da família não pode insistir, em pernicioso teimosia, no obsessivo ignorar das profundas modificações consuetudinárias, culturais e científicas; petrificado, mumificado e cristalizado em um mundo irreal, sofrerá do mal da ineficácia. Por isto, proclamou o Mestre *Orlando Gomes* que é no Direito de Família que mais se faz sentir a necessidade de modernização do nosso ordenamento jurídico.¹

1 *O novo direito de família*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1984, p. 8.

Uma família que experimente a convivência do afeto, da liberdade, da veracidade, da responsabilidade mútua, haverá de gerar um grupo familiar não fechado egoisticamente em si mesmo, mas, sim, voltado para as angústias e problemas de toda a coletividade, passo relevante à correção das injustiças sociais. Se a família estiver estruturada e funcionalizada para transmitir aos seus componentes os valores superiores de convivência, um passo formidável terá sido dado no escopo de se constituir uma sociedade mais justa, fraterna e solidária. Aliás, objetivo urgente, em uma época na qual tende a prevalecer um pensamento socioeconômico que diviniza o lucro e sacraliza a competição e a concorrência, incentivando o que há de destrutivo e de instinto de morte no ser humano, situando como escopo maior de vida o consumismo e a acumulação de riquezas! É um pensamento perigosíssimo, pois capaz de esfacelar com toda a solidariedade, o que, a longo prazo, pode comprometer irreversivelmente o desiderato de uma sociedade em que a dignidade humana não seja valor retórico, mas realidade cotidiana.

A renovação saudável dos vínculos familiares, estruturados na afeição concreta e na comunicação não opressiva, produzirá número muito menor de situações psicopatológicas, originadas de ligações inadequadas, quer pela dominação prepotente, quer pela permissividade irresponsável.

A sociologia e a história mostram a família como entidade mutável e nem poderia ser diferente, pois a família não é supracultural ou algo fora da história. A família sempre mudou através dos tempos e continuará a se modificar. Grandes transformações socioeconômicas alteram as estruturas familiares e criam novas formas e modalidades, que precisam ser acatadas pela legislação, de molde a evitar um grave descompasso entre o Direito de Família e a realidade familiar da população.

Exemplo característico é o prestígio constitucional dado ao concubinato, sob a denominação de união estável.² Trata-se de levar em conta uma realidade vivida por milhões de pessoas e que nossa lei civil insistia em ignorar.

2 Não vejo motivo para distinguir entre concubinato, companheirismo e união estável, apesar de conhecer e respeitar as opiniões divergentes. Em qualquer deles se trata de viverem homem e mulher como se casados fossem. Basta verificar que grandes obras tradicionais da doutrina brasileira, como de *Edgard de Moura Bittencourt (Concubinato)*, de *Adahyl Lourenço Dias (A Concubina e o Direito Brasileiro)*, de *Mário Aguiar Moura (Concubinato)*, sempre utilizaram a expressão concubinato com o sentido hoje empregado para a união estável. Assim também o fizeram os cursos de Direito Civil adotados em nossas faculdades, além de milhares e milhares de acórdãos.

Se existe amor, convivência, assistência recíproca, desvelo, não deve o sistema jurídico deixar de lado este fenômeno, apenas porque ausente o papel formalizador de um casamento. Por isto, assevera *Eduardo de Oliveira Leite*³ que

“o casamento, para o casal atual, não muda nada, nem deve mudar, porque nada mais é do que uma formalidade administrativa, exterior à realidade do casal. Se, para as gerações anteriores, esta formalidade tinha o condão de garantir a união, hoje, ela não passa de um elemento formal e exterior que não tem o poder de garantir a intensidade, nem tampouco, a duração da união. Esta continua dependendo do valor das intenções.”

Como bem sintetiza *Luiz Edson Fachin*,⁴ “A família, ao transformar-se, valoriza as relações afetivas entre seus membros”.

Coerente com esta orientação, passei, após a Constituição Federal de 1988, a sustentar, mesmo antes das leis específicas sobre o tema, que era possível haver alimentos entre companheiros e que era lícito aplicar, na união estável, analogicamente, o regime de bens da comunhão parcial. Apenas no campo hereditário me parecia indispensável lei infraconstitucional para que se pudesse admitir sucessão entre companheiros.

Apesar de gravíssimos defeitos técnicos, as Leis n. 8.971/94 e n. 9.278/96 tiveram a importantíssima vantagem de implantarem alimentos entre os concubinos, de tornarem a sistemática patrimonial análoga, no companheirismo, ao regime de comunhão parcial vigente para o casamento e de permitirem a sucessão entre os integrantes da união estável. Com isto, encerraram-se vastas e intermináveis discussões, geradoras de profunda incerteza e variação jurisprudencial, com o correspondente prejuízo ao povo.

Agora tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei n. 2.686/96, que regulamenta o § 3º do art. 226 da Constituição Federal e dispõe sobre o Estatuto da União Estável. É de notar que resolve problema muito sério, o qual preocupa os intérpretes e aplicadores do Direito, qual seja o da eficácia do regramento patrimonial dos companheiros perante terceiros, pois que permite que escritura pública de atribuição de titularidade de bens e obrigações seja registrada no registro de imóveis. Ademais, protege-se claramente o

³ *Tratado de direito de família*. Curitiba: Juruá, 1991, v. I, p. 365.

⁴ *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1992, p. 15.

direito de terceiros de boa-fé. Apenas cabe registrar, assunto ao qual retornarei, que mais do que nunca, com este acréscimo do Projeto, fica a união estável igual ao casamento em seus efeitos, pelo menos no tocante aos companheiros; diferença importante persiste, é evidente, no respeitante aos filhos.

A imensa gama de assuntos que pode ser abordada, em sede de concubinato ou união estável ou companheirismo, aliada ao curto espaço de tempo para a presente exposição em painel, conduz a que selecione duas matérias para análise, as quais reputo das mais significativas: a questão da exigência de um tempo mínimo de convivência, para fins de reconhecimento da união estável, e a questão do elemento culpa para a fixação da responsabilidade alimentar entre os companheiros.

2 A EXIGÊNCIA DE TEMPO MÉDIO MÍNIMO PARA QUE SE TENHA COMO CONFIGURADA A UNIÃO ESTÁVEL

Muito refleti sobre a matéria e já tive pensamento diverso. Porém, convenci-me de que se deve exigir o tempo mínimo de cinco anos, podendo haver compreensão diversa em hipótese de existência de prole ou de ocorrência de vida sob o mesmo teto, acompanhada de elementos probatórios que demonstrem a intenção de se unir estavelmente. Se assim não for, a consequência poderá ser extremamente perniciososa a médio e longo prazos, *com a quebra de toda a espontaneidade nas relações erótico-afetivas!* Os seres humanos se aproximarão uns dos outros em busca de vantagens financeiras e econômicas, vendo no seu semelhante apenas um cifrão. Mais se reforçará a nociva e violenta monetarização das relações sociais, hoje assistida dramaticamente. Estar-se-á derrubando um dos pilares do Direito de Família ocidental moderno, que é constituído pela revalorização do elemento afetivo, em detrimento das hipocrisias, fingimentos e falsidades. Não se pode transformar a proteção ao companheirismo ou união estável ou concubinato em uma “indústria”, um “comércio”, mercantilizando o assunto. O mesmo desvirtuamento sucede, aliás, na indenização por dano moral, tema sublime e que vem, lamentavelmente, muitas vezes, servindo como tentativa de ganho indevido à custa do semelhante. Da mesma forma, é outro exemplo, quando, em matéria de inseminação artificial, fertilização assistida, e questões correlatas, se busca tratar o assunto no campo do direito das obrigações, a ponto do absurdo de se discutir se cessão do útero, para fertilização assistida, é contrato de locação de coisa ou de locação de serviços!!

Sei que minha tese aparenta conservadorismo, contrário ao meu discurso costumeiro. Tentarei demonstrar que não é disto que se trata, mas, sim, de apontar criticamente o que é, na verdade, uma falsa evolução, um retrocesso. A pretexto de avançar mais, na proteção aos concubinos, o que se está fazendo é involuir e buscar a monetarização de todos os relacionamentos humanos e o aprisionamento destes em moldes legislativos e jurídicos, engessando-os e fossilizando-os. Lutei pelos direitos dos companheiros, enquanto via nisto um avanço; agora já não mais vejo assim, mas, sim, vejo o início da regressão. Um exemplo de como continuo com minhas convicções é que não hesito em apoiar plenamente o projeto de lei sobre parceria entre pessoas do mesmo sexo, pois este significa um avanço real, um progresso inegável; porém, também neste tema poderá se atingir o momento em que os excessos legislativos ou as interpretações equivocadas precisem ser combatidos. Escolhi, consciente dos riscos, um assunto muito polêmico, mas que me parecia mais adequado a um Congresso deste porte, quando não me soa mais adequado ficar apenas abordando, em quantidade, vários aspectos exegéticos das leis postas.

Importante notar que respeitável linha de pensamento sequer admite que o Estado queira se intrometer em todas as relações humanas no plano amoroso e sexual. Consideram eles que, se as pessoas optaram por não casar, não pode a lei criar um verdadeiro casamento coativo. Expressivo pronunciamento a respeito foi feito pelo ilustre jurista e Professor *João Baptista Villela*.⁵ Diz ele:

“A um tempo em que tanto se fala de *cidadania* e em que a autonomia individual se vê, de alguma forma, redescoberta e tão ampla como justamente exaltada, a Lei n. 8.971 retira dos domiciliados no País a faculdade de organizarem, a seu modo, a convivência amorosa que pretendam estabelecer. Ou seja, restringe-se, em ponto grave, o poder de autodefinição pessoal e sacrifica-se, pois, os limites da cidadania. Casar-se ou concubinar-se configuram hoje ações tendencialmente equivalentes quando podiam ser formas diferenciadas, entre as quais os interessados pudessem eleger a que melhor correspondesse a seu projeto de vida em comum.”

5 Alimentos e sucessão entre companheiros: apontamentos críticos sobre a Lei n. 8.971/94. *Repertório IOB de Jurisprudência*, n. 7/95, p. 119-118, abril de 1995.

Mostra o Mestre a reação contra o caráter paradoxal inerente ao disciplinamento legal da união *livre*, revelado em publicação que reúne trabalhos da Terceira Conferência Mundial da Sociedade Internacional de Direito de Família, levada a cabo em Upsala, durante a primavera de 1979. Conclui o jurista:

“Mais uma vez o Estado brasileiro exhibe traços de sua vocação autoritária e de sua crônica incapacidade de confiar no auto-regramento dos interesses. Cedendo ao apetite intervencionista, a Lei n. 8.971 andou na contramão da história. E, se tem visos de modernidade, está, de fato, a serviço de uma concepção arcaica das relações entre o Estado e o indivíduo.”

Não concordo com a opinião do ilustre jurista, com toda a vênua, quando se revela contra a existência de quaisquer leis que regulem o companheirismo ou união estável ou concubinato (esclareço que vejo estas expressões como sinônimas, mesmo reconhecendo a divergência que impera quanto a esta terminologia; porém, não é momento para que demonstre minha tese a respeito). Afinal, o objetivo destas leis seria atender a situações de injustiça, que, aliás, levaram os tribunais a construir, colimando amparar os concubinos (assinalo também que vejo com restrições sua sacralização do individualismo, à medida que não me parece seja o caminho para um sociedade mais fraterna e solidária; de qualquer forma, este aspecto não invalida suas ponderações sobre o risco de exacerbada interferência estatal na vida íntima das pessoas, o que vale igualmente para o Estado enquanto Poder Judiciário). Assim, por exemplo, assegurando o direito alimentar e o direito hereditário, que, segundo doutrina e jurisprudência absolutamente dominantes no Brasil, não poderiam existir no companheirismo se não houvesse lei expressa concedendo tais direitos. Em contraposição, aceito seus argumentos como reforço para minha posição de evitar os excessos e demasias que vêm caracterizando muitos pleitos judiciais entre companheiros. Nem tanto nem tão pouco.

E fico bastante à vontade para fazê-lo, dado que fui favorável a alimentos entre companheiros antes mesmo da Lei n. 8.971/94. E também defendi a tese de que se deveria aplicar à união estável, analogicamente, o regime de bens de comunhão parcial, previsto para o casamento, novamente mesmo antes da lei referida. Enfim, sempre muito me preocupei com a proteção dos concubinos ou companheiros.

Tudo isto, todavia, é muito diferente de partir para o exagero de tomar qualquer relacionamento afetivo, de curta duração, como união estável. Um dos resultados negativos, entre muitos outros, é que as pessoas estão se aproximando com medo, com pavor, com pânico, com constante precaução, a espera do golpe monetário. Romances precisam ser ocultados, viagens não podem ser realizadas, é preciso evitar de circular em público, cartas e cartões não podem ser remetidos, flores somente sem documento que identifique o remetente, fotos são perigosíssimas, etc., etc. Jamais foi este quadro o que almejaram os tribunais, quando estabeleceram as construções jurisprudenciais favoráveis aos concubinos.

Certamente por tais razões os tribunais, sabiamente, tinham como parâmetro o prazo médio de cinco anos de concubinato, para reconhecê-lo como tal. Analogicamente, raciocinavam com o prazo quinquenal da previdência social, para fins de direitos ao companheiro, e com o prazo de mesma extensão do imposto de renda, para fins de admissão de companheiro como dependente. Com cinco anos de duração, a convivência se solidifica, se aprofunda, adquire real seriedade, permitindo vislumbrar a intenção de vida em comum com permanência, como se casados fossem, nada impede que se prossiga com esta espécie de fundamentação. Neste sentido, a idéia, entre outros, de *Basílio de Oliveira*.⁶ Cita o jurista que no Panamá a exigência legal é de dez anos, o que, a meu pensar, constitui exagero.

Esclareço, apesar de primário, que a toda evidência só o tempo não será suficiente para que se admita caracterizada uma união estável. Pode a união de duas pessoas se estender por dez anos, por exemplo, mas faltarem elementos de prova que convençam de uma intenção de viverem como se fossem casados ou de realidade de viverem como se casados fossem, principalmente se não residirem juntos e não tiverem filhos. Tudo se trata de enfocar adequadamente, sem extremismos ou radicalismos ou dogmas, os diferentes aspectos que permitem se reconheça uma união estável ou companheirismo ou concubinato, ou seja, o tempo, a vida sob o mesmo teto, a existência de filhos, além de toda uma forma de viver indicativa de estar o casal vivendo como se casado fosse e de desejar que assim continue. Inviável pretender soluções abstratas dogmáticas, pois em muito influem as circunstâncias do caso concreto. O próprio parâmetro do lapso temporal é posto apenas em tese, em abstrato, aprioristicamente, como uma orientação valorativa geral, admitin-

6 *Concubinato, novos rumos* - Direitos e deveres dos conviventes na união estável (Leis n. 8.971/94 e 9.278/96). Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997, p. 7-8.

do, é óbvio, visão diversa diante das peculiaridades de determinado caso concreto. Por isto, o equívoco do legislador em tentar sempre definir união estável, trabalho que deve ficar para os doutrinadores e os tribunais. Daí a crítica severa e correta de *Francisco José Cahali*,⁷ quando disserta sobre a impropriedade de o legislador pretender definir a união estável ou entidade familiar e destaca que o elenco de condições previstas na lei

“deve ser considerado como referência legal aos elementos valorativos da relação a qualificá-la como união estável; ou seja, os requisitos trazidos na norma não são rígidos, absolutos, mas apenas parâmetros qualitativos da relação.”

Lógico que não é diferente quanto ao requisito de cinco anos, seja legal, seja doutrinário, seja jurisprudencial.

Mais motivo tenho para assim resolver porque não entendo se possa *exigir* o requisito de vida sob o mesmo teto para ter como existente a união estável. Neste sentido, a posição de *Zeno Veloso*,⁸ com a ressalva de que é mais rigoroso em sua visão da matéria. Pode até ser elemento quase decisivo em situações de convivência inferior a cinco anos, mas não que deva ser reclamado como requisito inafastável, sob pena de absurdos como não considerar união estável uma vida em comum de, por exemplo, 30 anos, como se casados fossem somente porque não residem sob o mesmo teto.

Não se justifica o temor de alguns de que haveria injustiças em casos de rupturas de uniões que já estão quase atingindo o prazo de cinco anos.

Tudo está em os tribunais saberem ponderar as peculiaridades de cada caso concreto, como, por exemplo, quando um dos companheiros desfaz a vida em comum porque, comprovadamente, queria evitar se atingisse o período de cinco anos, o que se pode ter como provado por sua conduta a partir de certo instante e da forma como vinha transcorrendo a convivência.

Estou buscando um meio-termo entre a posição sintetizada pelo Professor *João Baptista Villela* e os excessos que vêm aparecendo nos pedidos levados ao Poder Judiciário, que poderia conduzir a antes apontada quebra de espontaneidade das relações amorosas, evento gravíssimo e que por nin-

7 *União estável e alimentos entre companheiros*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 165, 166 e 169.

8 *União estável* (Doutrina – Legislação – Direito Comparado – Jurisprudência). Belém: CEJUP, 1997, p. 71.

guém pode ou deve ser desejado. Esta solução intermediária parece ser constituída pela exigência de um prazo maior para se ter como caracterizada a união estável. Assim se começará novamente a proteger quem deve ser protegido e não simplesmente se estará criando um novo casamento, o que não pode ser o escopo do legislador. Como está se encaminhando o tema, teremos apenas duas formas de casamento e nada mais, o que nada tem a ver com proteção legal a companheiros.

O fato de residir sob o mesmo teto, por outro lado, não pode consistir, por si só, em fator para se ter como comprovada a união estável, apesar de consistir, sem dúvida, em fortíssimo elemento de prova, pois inúmeras razões íntimas respeitáveis podem ter conduzido a esta espécie de convivência, sem que isto forçosamente tenha a ver com vontade de formar união estável. Afasta-se, exemplificativamente, a possibilidade de as pessoas tentarem uma experiência de viver sob o mesmo teto. Elide-se também, pois haveria sério risco, a conveniência de residirem sob o mesmo teto por dificuldades de ordem econômico-financeira. E assim por diante. Além da vida em comum sob o mesmo teto, é necessário pesquisar outros dados probatórios que convençam da real intenção do casal de constituir o que se denomina de união estável ou concubinato ou companheirismo, isto é, convençam que o casal vive e quer viver como se estivessem casados. De qualquer forma, como já adiantei, admito que a convivência sob o mesmo teto, acompanhada da referida prova de intenção e demonstração de viverem como se casados fossem, pode conduzir a que se dispense, em certos casos, a exigência de duração média de cinco anos. Da mesma forma, a este resultado pode levar, é óbvio, a existência de filhos; claro que o fato de ter um filho não significa união estável, pois que pode ele resultar de um único encontro apenas sexual; tudo está em sempre exigir a prova de união com caráter de estabilidade; a existência de filho serviria, isto sim, para reduzir a exigência temporal, ou seja, admitir união estável mesmo com tempo de convivência inferior a cinco anos.

Nem é por outro motivo que o projeto que atualmente tramita no Congresso Nacional, sobre união estável, retorna à exigência de cinco anos. Deploro é que também reclame vida sob o mesmo teto, requisito que só poderá ser considerado em termos e relativamente, pois seria inimaginável negar uma união estável quando há 50 anos de convivência, somente porque as pessoas não residem sob o mesmo teto! Nem é preciso exagerar tanto o exemplo, bastando prazos bem menores.

A proteção dos companheiros não pode e não deve consistir em um empreendimento em que vários queiram auferir vantagens pecuniárias, sejam quais forem estas pessoas.

3 O PROBLEMA DA CULPA NA RESPONSABILIDADE ALIMENTAR ENTRE COMPANHEIROS

Trata-se de problema, sem dúvida, complexo e que vem provocando muita polêmica. Aliás, não hesito em afirmar que se cogita do tema que continua sendo o mais difícil no Direito de Família brasileiro, com o que novamente entro em zona de alto risco, da qual certamente sairei ferido. Contudo, insisto em que não se pode confundir indispensável avanço no Direito de Família com imposição de opinião de poucos a toda a população. Prestigiei e lutei pelas conquistas dos companheiros porque o concubinato era e é uma realidade vivida por milhões e milhões de brasileiros e que a lei teimava em ignorar. No tema da culpa nos alimentos é muito diferente, pois o povo ainda não dissocia a obrigação alimentar da idéia de culpa, como buscarei mostrar.

Em primeiro lugar, é conveniente assentar que a obrigação alimentar no casamento⁹ já não tem o alcance, sentido e automaticidade de antes. Acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo bem revelou os novos rumos, quando ressaltou que, em face da Constituição de 1988, a mulher auto-suficiente em termos econômico-financeiros não pode exigir alimentos; a mulher não mais pode invocar dependência como que presumida em relação ao homem, pois revogado o art. 233, IV, do Código Civil; é dela, por igual, o dever de sustento da família; persiste é o direito de mútua assistência, prevista no art. 231, III, do Código Civil, mas com incidência condicionada à necessidade concreta do cônjuge.

Em segundo lugar, é oportuno relembrar a discussão importantíssima sobre a responsabilidade alimentar no divórcio direto. Como é cediço, não há qualquer novidade na hipótese de alimentos independentemente da idéia de culpa, tanto em outros países como no Brasil. O Professor *Meulders-Klein*¹⁰ refere-se à prática européia a respeito. *Doris Jonas Freed* e *Henry H.*

9 RT, 647/86.

10 Societé de Législation Comparée. *Revue Internationale de Droit Comparé*. France, quarante-et-unième année, n. 1, p. 44, jan./mars, 1989.

11 Family law in the fifty states: an overview. *Family Law Quaterly*, XVII/365 a 447, n. 4, 1984.

*Foster*¹¹ informam como em vários Estados norte-americanos a culpa não é levada em conta para efeitos de pensão alimentar. O Professor *Clóvis do Couto e Silva*, ao elaborar seu anteprojeto para a parte de Direito de Família, visando o novo Código Civil, incluiu a possibilidade de alimentos até para o cônjuge culpado, ainda que dentro de critério estrito de necessidade; é do conhecimento geral que a Câmara dos Deputados aprovou o projeto, mantendo a sugestão do ilustre jurista gaúcho; na sua Exposição de Motivos, o Professor *Clóvis* narra como outros países abandonam o fator culpa para fixação da responsabilidade alimentar, entre outras razões porque os estudos psicológicos comprovam a enorme dificuldade de se apurar quem realmente foi culpado. Com efeito, muitas vezes a “má conduta” de um dos cônjuges pode ser ditada pelo comportamento do outro, não detectável publicamente (exemplo: infidelidade conjugal motivada pela frieza sexual do parceiro de casamento; é fácil provar a infidelidade, mas em geral impossível comprovar a negativa de relações sexuais no matrimônio).

No caso brasileiro, com intensas discussões doutrinárias, a orientação que prevaleceu entre juristas e juízes, no tocante à responsabilidade alimentar no divórcio, que era fundado no art. 40, *caput*, e § 1º, combinados com o art. 5º, § 1º, ambos da Lei n. 6.515/77, foi de atribuir aquela responsabilidade de maneira objetiva, ou seja, a quem postulasse a dita modalidade de divórcio direto. A propósito, é valiosa a síntese feita por *Yussef Said Cahali*.¹² Também assim no caso do § 2º do art. 5º referido. Com o advento da Constituição Federal, que para o divórcio direto apenas exigiu o requisito de dois anos de separação fática e nada mais, novamente se pôs o gravíssimo tema da responsabilidade alimentar. A orientação que passou a dominar foi a de que a responsabilidade alimentar emergia de forma objetiva para aquele que houvesse requerido o divórcio, pelo simples fato de ter ajuizado a demanda, colimando a ruptura do casamento, sem que se devesse fazer qualquer perquirição sobre a culpa dos cônjuges. Outra vez aparece o ilustre Mestre *Yussef Said Cahali* resumindo com correção os principais argumentos desta posição largamente majoritária.¹³ Era bastante difícil construir pelo pensamento oposto, uma vez que a própria Constituição Federal era categórica em somente reclamar o requisito de dois anos de separação de fato para

12 *Dos alimentos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 315 a 318.

13 *Op. cit.*, 2. ed., 1993, p. 349-356.

que fosse obtido o divórcio denominado de direto, ou seja, abstraía completamente qualquer idéia de culpa. Ademais, havia um critério legal em que se basear para a atribuição da responsabilidade alimentar (ainda que controvertido e capaz de conduzir a salientes injustiças em determinados casos concretos), qual fosse o de ter sido o responsável pelo divórcio por tê-lo promovido em juízo.

E no caso de união estável? O problema surge desde logo, porque aqui não há como se adotar o critério de responsabilidade decorrente de uma postulação judicial para obtenção de ruptura de união estável, pois óbvio que não há necessidade alguma de tal ação para que seja rompido o companheirismo.

Desde o início inclinei-me, em face do Direito brasileiro, pela solução de considerar responsável pelos alimentos, quando da ruptura da união estável, aquele que houvesse sido “responsável” pela mencionada ruptura, em face de uma conduta que a provocou. Atingi esta fórmula até por raciocínio mediante exclusão, pois não localizei outro critério no sistema jurídico-positivo brasileiro. Era imprescindível retornar ao critério da culpa, apesar das desvantagens que apresenta e antes arroladas e mesmo que reconheça não ser a maneira mais progressiva e avançada de equacionar a matéria. Sucede que, além do problema legislativo, é forçoso admitir que o critério da culpa está mais em conformidade com a moral e costume médios do povo brasileiro.

O tema, como não podia deixar de ser, dividiu os juristas.

*Yussef Said Cahali*¹⁴ entende que é necessário pesquisa sobre a culpa, por analogia com o art. 19 da Lei n. 6.515/77 e porque “entendimento diverso representaria estímulo à imoralidade e guindaria a companheira a uma posição bem mais vantajosa que a própria esposa, o que não deixa de ser pelo menos chocante”.

Igual é a opinião de *Francisco José Cahali*,¹⁵ o qual salienta que provocaria, o entendimento diverso, uma contrariedade a toda a evolução doutrinária, jurisprudencial e legislativa, que busca identidade de efeitos entre casamento e união estável, pois que ficaria a relação concubinária em vantagem no pertinente ao casamento.

14 TUBENCHLAK, James, BUSTAMANTE, Ricardo (Coord.). *Livro de Estudos Jurídicos*. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1995, v. 10, item 9, p. 91 e 92.

15 *Op. cit.*, p. 100.

Em posição diferente, *João Baptista Villela*,¹⁶ que destaca não ser lícito cogitar de culpa se a lei não a prevê (recordo que escrevia ele sob a égide da Lei n. 8.971/94). Prossegue o Professor:

“E, para que os companheiros não tenham melhor regime que os casados, a solução está não em introduzir a culpa na separação concubinária, o que seria arbitrário, mas em entendê-la dispensada, com fundamento na *Meistbegünstigungsklausel* (cláusula de maior favorecimento), para fins de atribuição do direito a alimentos na separação conjugal. Com isso, ganha o casamento e ganha o concubinato, desatrelados da equívoca postura de fazer depender o direito a alimentos da boa conduta de quem os reclama. Um raciocínio que, a ser procedente, deveria levar o Estado a negar comida aos encarcerados, porque se o são é porque delinqüiram e, portanto, não tiveram bom comportamento. De resto, é um dos mais constrangedores sinais de atraso da legislação brasileira sobre divórcio, conter ainda regras baseadas no princípio da culpa (*Verschuldensprinzip*).”

Em outro trecho de seu trabalho explicou *João Baptista Villela* como a “cláusula de maior favorecimento”, usual no comércio internacional,¹⁷ é a única maneira de se atingir uma interpretação conforme a Constituição Federal, à medida que esta situa o casamento com precedência sobre a união estável. Cumpre conceder ao casamento todas as vantagens deferidas à união estável. Lembra o jurista que não se deve resolver pela inconstitucionalidade sempre que haja pelo menos uma via para harmonizar a norma legal com a Constituição.

Luiz Alberto d’Azevedo Aurvalle,¹⁸ com seu costumeiro brilho, argumenta também contra o elemento culpa (artigo escrito também sob a regência da Lei n. 8.971/94). Indica como o Direito Comparado revela ser um retrocesso a utilização daquele elemento para equacionar a obrigação alimentar. Parte da constatação de que não mais se pode reclamar culpa se o texto legal não traz embutido este requisito. Porém, não acata a tese do Professor

16 *Op. cit.*, p. 113.

17 *Ibidem*, p. 117.

18 A regulamentação infraconstitucional dos alimentos na união estável. *Revista AJURIS*. Porto Alegre, v. 64, p. 251 a 258, julho de 1995.

Villela, pois não situa a união estável em plano inferior ao casamento. Busca demonstrar como não foi revogada a sistemática da Lei do Divórcio, que prevê debate sobre culpa, com o que só resta aceitar que se afaste a culpa na união estável, mas permaneça esta no casamento; se indesejável tal situação, assevera ele, cabe modernizar a Lei do Divórcio.

A Lei n. 9.278/96 em nada contribuiu para resolver o impasse. Ao contrário, ampliou-o. Em seu art. 7º trouxe o vocábulo “rescisão”, dos mais polissêmicos em nosso Direito. Com efeito, os mais variados significados jurídicos são atribuídos à palavra rescisão, tudo dependendo do gosto do doutrinador ou do juiz que a empregue. É verdade que, pelo Projeto de Lei que tramitou na Câmara dos Deputados e no Senado Federal o problema não existia, pois ali se definia a rescisão, pondo-a como ruptura da união estável por quebra dos deveres constantes da lei e do contrato, quando houvesse; manifestamente esta compreensão aderia à idéia de culpa. Ocorre que foi vetado o dispositivo que conceituava a rescisão. Assim, ficou a expressão infeliz solta na lei, ajudando a aumentar as divergências.

É oportuno noticiar como o assunto está contemplado no Projeto de Lei n. 2.686/96, que tramita no Congresso Nacional e deve originar nova lei sobre união estável. O art. 6º ordena que o juiz considere o disposto no art. 2º, ora, esta pauta normativa trata sobre direitos e deveres dos companheiros, falando em lealdade, respeito e consideração e assistência moral e material. Isto implicará, a meu ver, de forma inquestionável, o retorno expresso da culpa na legislação sobre companheirismo ou união estável ou concubinato.

Este um panorama da divergência sobre o complexo tema e sobre o tratado legislativo que lhe vem sendo dado.

Qual a melhor solução jurídica atualmente?

Adiantei que, no plano teórico, tenho como melhor caminho o da eliminação da culpa, consoante orientação que vem se impondo no Direito ocidental mais adiantado. Os psicólogos e psiquiatras permitem perceber que é altamente duvidosa a discussão sobre culpa, e, muitas vezes, falsa. Aparentemente a culpa pode aparecer como sendo de apenas um dos cônjuges ou companheiros e apenas dela haver prova, mas, todavia, em maior profundidade, caber quase toda ou em boa parte ou em parte expressiva, ao outro. Seria o caso típico da pessoa que busca o sexo em relação adúlterina, porque seu parceiro não quer manter relações sexuais; a prova será de adultério, mas impossível comprovar a negativa de relações sexuais. Os exemplos são aos milhares, com infinitas variáveis. Em aparente contradição comigo

próprio, outra vez sustento pensamento qualificável como conservador, qual seja o de que, independentemente de minha posição teórica, considero continua exigível a pesquisa da culpa no Direito brasileiro atual; é que, mais grave do que aquela eventual adjetivação, é, a meu sentir, que um reduzido grupo pretenda impor uma exegese totalmente contrária ao sentimento e ao convencimento de grande parte do povo, além de estar em choque com uma adequada interpretação sistemática do Direito brasileiro.

Porém, no atual panorama legislativo brasileiro e diante de fatores sociais e axiológicos predominantes na coletividade, ainda não vejo como escapar da discussão sobre culpa quando da definição do dever alimentar na união estável.

Em primeiro lugar, a lei em vigor, ao utilizar o vocábulo “rescisão”, permite, com maior força, concluir pelo não-afastamento da culpa. É que, diante das inúmeras definições possíveis para rescisão, tende a prevalecer aquela que encontra amparo na lei. O art. 1.092, parágrafo único, do Código Civil Brasileiro, de extraordinária relevância, põe a rescisão como ligada ao inadimplemento contratual (na verdade o correto seria falar em resolução, como é por demais sabido). Ora, inadimplemento tem a ver com descumprimento de um dever contratual. É certo que o descumprimento pode suceder sem culpa, mas, de qualquer forma, a essência do conceito está no desatendimento de dever do pactuado; no caso de união estável, o conceito tem a ver com descumprimento de um dos deveres do art. 2º, da Lei n. 9.278/96, o que dificilmente se configurará sem culpa, e, pelo menos, produzirá investigação sobre se houve ou não o descumprimento daquela espécie de dever.

Em segundo, uma das modalidades exegéticas é a interpretação histórica, que perquire a vontade do legislador e os trabalhos preparatórios na elaboração da lei. No tocante à Lei em vigor (9.278/96), viu-se que no Congresso Nacional passou uma forma de definir rescisão que tinha a ver com a idéia de culpa. Persiste esta tendência, pois mostrei como o projeto agora em tramitação explicitamente prevê a culpa.

Em terceiro, na interpretação sistemática (sem dúvida mais relevante que a interpretação literal e a interpretação histórica), surge a barreira trazida pelo tratamento legislativo emprestado ao casamento, como argumentaram os *Cahali*, pai e filho. Elidir a culpa na união estável a colocaria em grande superioridade no tocante ao casamento.

Em quarto lugar, há a interpretação sociológica e axiológica, que reputo importantíssimas e até em plano mais elevado do que os demais

métodos, juntamente com a interpretação teleológica. Aqui adquire relevo ter em mente que nem sempre é correto impor à população uma concepção muito avançada, defendida por um pequeno grupo mais intelectualizado! Muito poucos são os que querem de imediato abolir a culpa na discussão alimentar, em termos de totalidade do povo brasileiro. Quase toda a população ainda continua raciocinando em termos de culpa e não só, é óbvio, em matéria alimentar! Para qualquer problema vem a procura pelo culpado, em qualquer setor da vida humana. Não é diferente nos problemas familiares. A população não aceitaria e não compreenderia que pudesse receber alimentos aquele que, pela moral média (se há ou não hipocrisia nesta moral média é outra questão que agora descabe discutir e que exigiria bibliotecas de páginas). Veja-se o singelo exemplo dos jurados que absolvem, por legítima defesa da honra, o homem que mata a mulher encontrada em adultério! Evidente que não há nenhuma legítima defesa da honra, o que já vem sendo demonstrado pelos melhores penalistas há decênios! Contudo, prosseguem os jurados absolvendo e a instituição do júri continua prestigiada, inclusive tida como um dos esteios da democracia. Imagine-se alguém tentando convencer o assassino de que não só podia ter matado a esposa como ainda teria de pagar-lhe alimentos...! Certamente, se ausentes medidas de proteção a quem tentasse aquele convencimento, haveria um segundo homicídio... Parece, portanto, ainda cedo para que se imponha (este o vocábulo, pois se tratará de impor mesmo) ao povo o pensamento de que não mais deve raciocinar em termos de culpa, senão que deve estudar Psiquiatria e Psicologia para melhor compreender o mundo e o comportamento humano. Se a lei se distanciar demais dos valores coletivos será desacatada e desconsiderada, além de merecer o desprezo, com repercussão negativa em todo o sistema legislativo e nos poderes constituídos; bem mais quando se trata de lei de alta relevância social, como a que venha a reger alimentos. O que estou pretendendo dizer é que afastar a idéia de culpa na apuração da obrigação alimentar é algo que ainda não me parece possível no atual estágio da sociedade brasileira e do sistema jurídico pátrio, pois que exigiria, no mínimo, que o sistema jurídico fosse claro a respeito, mesmo que até houvesse o já apontado descompasso com a valoração prevalente na população.

O que pode haver, por enquanto, é uma preocupação dos lidadores do Direito em diluir e minimizar a idéia de culpa, principalmente os juízes. Diante do caso concreto, o magistrado tentará, dentro do possível e do razoável, resolver os conflitos de maneira a retirar ao máximo o elemento culpa no equacionamento dos problemas dos casais.

4 CONCLUSÃO

Marc-Antoine de Saint-Amant (1594-1661), na tradução de *Magalhães Júnior*, em estrofe de *O Fumo*:

“Nenhuma diferença a minha mente alcança
Em fumar o tabaco ou viver de esperança:
Um é simples fumaça, a outra é apenas vento...”

A tal ponto não vai meu pessimismo. A esperança por uma sociedade mais livre, mais igualitária, mais fraterna, não apenas retoricamente – esperança esta regada pelas utopias –, em diversos momentos da história obteve uma melhoria das relações sociais. As Leis n. 8.971/94 e 9.278/96, apesar de seus gravíssimos defeitos técnicos e de distorções que podem acarretar, nos renovam a esperança, pois inserem as transformações profundas no Direito de Família, ao prever entre os companheiros os alimentos, a herança e a partilha igualitária dos bens. Valoriza-se e revaloriza-se a realidade afetiva e amorosa, e não mais apenas o papel formalizador do casamento. É o prestígio do elemento amoroso, alicerce da maior parte do moderno Direito de Família. É o reforço da outra grande característica do atual Direito de Família, vinculada à veracidade e autenticidade das relações humanas. E mais: atende-se a uma realidade social de milhões e milhões de brasileiros, encarando-se o Direito como realmente é em sua essência, ontologicamente, ou seja, não somente norma jurídica, mas também fato e valor (teoria tridimensional, de *Miguel Reale*); e por levar em conta os valores da sociedade é que continuo sustentando a idéia de culpa para apuração do dever alimentar, em termos de direito positivo brasileiro, ainda que ressalve minha convicção pessoal diversa. É preciso ousar e repensar a família, valendo-se, indispensavelmente, da interdisciplinariedade ou, como seria melhor, transdisciplinariedade, o que foi muito bem apontado por *Rodrigo da Cunha Pereira*.¹⁹ Os novos rumos jurídicos no tocante à família influenciam para o incremento da maior solidariedade nos núcleos familiares e para a maior extensão de tais núcleos. O crescimento da solidariedade familiar é condição para a solidariedade social. Solidariedade esta tão imprescindível em uma época dominada por um liberalismo avassalador, que só sabe fomentar

¹⁹ Direito de família e psicanálise – Ensaio para uma proposta interdisciplinar. *Revista de Direito Civil*, n. 64, p. 68 a 77, abril-junho/1993.

uma ideologia que, em resumo e claramente, consiste em todos pisotear, todos em busca do sucesso econômico-financeiro e da acumulação de riquezas. Por isto estou alarmado com a monetarização das relações erótico-afetivas. A minha esperança é por uma visão menos monetarizada e mais solidária das relações pessoais e sociais. É minha utopia. Cada um de nós pode fazer com que esta esperança não seja apenas vento.

EFEITOS PATRIMONIAIS DAS RELAÇÕES DE AFETO

Maria Berenice Dias

Desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
Presidenta da Associação das Mulheres de Carreira Jurídica (RS)

Sumário

1. No casamento. 2. Na união estável. 3. Na relação homossexual.

O termo escolhido para titular o tema é amplo, porque amplo é o espectro do afeto, mola propulsora do mundo e que fatalmente acaba por gerar conseqüências que necessitam se integrar ao sistema normativo legal.

1 NO CASAMENTO

A partir do cristianismo, as únicas relações afetivas aceitáveis eram as decorrentes do casamento entre um homem e uma mulher, postura que revela nítido interesse na possibilidade de procriação. Essa conservadora cultura acabou levando o legislador pátrio – e isso em 1916 – a reconhecer juridicidade apenas ao matrimônio, como uma verdadeira instituição, regrado-o minudentemente como um vínculo indissolúvel.

A previsão do regime da comunhão universal de bens serve para reger a segmentação patrimonial quando do rompimento do vínculo. Apesar de exauriente a normatização legal, as dificuldades que surgem quando da partição do patrimônio dizem exclusivamente com o sentimento de quem, por se sentir preterido, humilhado e prejudicado na relação amorosa, busca compensar a perda tentando levar consigo a maior parte do acervo patrimonial que cabe a quem considera o culpado pela separação.

Com o regime legal da comunhão parcial, imposto a partir da Lei do Divórcio, restou afastado o condomínio nas heranças, legados e doações. Necessário ter presente que, por criação pretoriana, o estado de comunhão

perdura enquanto persiste a convivência *more uxorio*. A separação de fato, ainda que não oficializada a separação ou o divórcio, enseja o fim da sociedade conjugal e, por isso, marca o término do estado condominial. Os bens adquiridos por qualquer dos cônjuges só a ele passa a pertencer, ainda que permaneça legalmente na condição de casado.

2 NA UNIÃO ESTÁVEL

O estatuto civil, além de se omitir em regular relações extramatrimoniais, expungiu com veemência a possibilidade de se extrair conseqüências jurídicas de todo e qualquer vínculo afetivo outro. Proibiu doações, seguros, bem como a possibilidade de herdar, usando expressões como *concubina* e *cônjuge adúltero* para se referir a uniões tidas por espúrias.

Tal ojeriza, no entanto, não coibiu o surgimento de relações sem respaldo legal, começando seus partícipes, quando do rompimento do vínculo afetivo, a bater às portas do Judiciário em busca de soluções.

Viram-se os juízes forçados a criar alternativas para evitar flagrantes injustiças, tendo sido criada, em nível jurisprudencial, a expressão *companheira*, como forma de contornar as proibições legais para o reconhecimento de alguns direitos ainda que banidos pela lei.

Em um primeiro momento se aplicou por analogia o direito comercial, pela aparência de existir uma sociedade de fato entre os convivas.¹ Quando ausente patrimônio a ser partilhado, passou-se a ver verdadeira relação laboral, dando ensejo ao pagamento de indenização por serviços prestados, solução de todo aviltante a quem deu amor e só teve reconhecido labor.

Tais soluções, no entanto, jamais levaram à concessão, por exemplo, de alimentos ou ao reconhecimento do direito de habitação na residência comum.

Foi a Constituição Federal de 1988 que, alargando o conceito de família, deu juridicidade ao relacionamento entre um homem e uma mulher, nominando-o de *união estável*. Ainda assim, difícil foi ampliar-se os direitos que já vinham sendo reconhecidos na Justiça, começando por questionar-se acerca da auto-aplicabilidade da norma constitucional. Nem o deslocamento das demandas para varas especializadas era aceito, revelando-se como exceção

1 Súmula n. 380. Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.

a postura do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que, na Súmula n. 14,² expressamente reconheceu a competência das Varas de Família.

Só em 29 de dezembro de 1994 é que surgiu a primeira lei regulando a previsão constitucional. A Lei n. 8.971 revelou-se tímida. Reconheceu união com vigência de cinco anos ou com filhos, permanecendo à margem de sua incidência as relações quando da mera separação de fato, com vedação de casar. Conferiu direito a alimentos, incluiu o companheiro na ordem de vocação hereditária, concedendo-lhe o usufruto da metade ou da quarta parte dos bens, a depender da existência de prole. Também reconheceu direito à meação exclusivamente quando a herança resultou da colaboração do companheiro.

Em 10 de maio de 1996 surgiu a Lei n. 9.278, com maior campo de abrangência, eis que, para o reconhecimento da união estável, não quantificou prazo de convivência e albergou as relações entre pessoas somente separadas de fato. Além de fixar a competência das Varas de Família para o julgamento dos litígios, previu o direito real de habitação, não reproduzindo o direito a herança e usufruto. Ao gerar a presunção de que os bens adquiridos são fruto do esforço comum, acabou por deslocar o ônus probatório da inexistência da colaboração do par – que pela lei anterior era do companheiro – para aquele que disputar a herança, querendo afastar o direito à meação.

A existência de um duplo regramento legal tem levado os doutrinadores a entender que só se aplica a Lei n. 8.971/94 para as relações que se encaixam na sua definição legal, ou seja, só integraria a ordem de vocação hereditária se a relação tivesse perdurado mais de cinco anos na ausência de filhos, sem impedimento para casar. As relações outras, reconhecidas como união estável só pela Lei n. 9.278/96, desfrutariam apenas do direito real de habitação, sem a possibilidade de herdar.

Não se pode deixar de visualizar nessa postura ainda um forte resquício preconceituoso a privilegiar determinadas relações, sem qualquer respaldo legitimante. Necessário é reconhecer que existe atualmente um único conceito de união estável, que é o posto na Lei n. 9.278/96: convivência duradoura, pública e contínua de um homem e uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituição de família. Tipificada a relação, há que se deferir os direitos e prerrogativas previstos em ambas as normas legais, pois não se incompatibilizam nem se excluem.

2 É da Vara de Família, onde houver, a competência para as ações oriundas de união estável (CF, art. 226, § 3º).

A tentativa legiferante de possibilitar a firmação de contrato restou vetada, faculdade que consta no anteprojeto de autoria do Professor *Álvaro Villaça Azevedo*, ora em tramitação. Essa nova normatização, nominada de Estatuto dos Concubinos, volta a fixar prazo para o reconhecimento da união estável em cinco anos e, de forma surpreendente, exige a convivência sob o mesmo teto, requisito já afastado inclusive, de há muito, por súmula do STF.³

Outra novidade dessa lei em estado de gestação foi preservar o direito de terceiros em flagrante detrimento à meação do companheiro. Quando da disposição de bens, sem que se decline a existência do relacionamento, permanecendo hígido o negócio jurídico, revela-se de todo ineficaz a remessa à solução pecuniária entre os companheiros.

Dito estatuto prevê agora tanto o direito à meação, como o usufruto e o direito real de habitação, mas, em qualquer das hipóteses, só enquanto não constituída nova união. Tal restrição mostra-se ainda encharcada de conservadorismo. Se, em decorrência da união, restou adquirido direito de caráter patrimonial – inclusive com presunção de ter sido formado em conjunto –, nada justifica que seja extinto por circunstância totalmente alheia ao fato gerador do direito.

3 NA RELAÇÃO HOMOSSEXUAL

A Lei Maior, rastreado os fatos da vida, viu a necessidade de reconhecer a existência de relações afetivas fora do casamento, mas se restringiu a emprestar juridicidade à relação entre um homem e uma mulher. Melhor que não tivesse previsto essa limitação, pois o afeto, por mais que não se queira ver, não tem como pressuposto a diversidade de sexos.

Necessário é encarar essa realidade sem preconceitos, pois, como lembra *Marilene Guimarães*,⁴ a homossexualidade é considerada um distúrbio de identidade e, sendo um determinismo psicológico inconsciente, não é uma doença nem uma opção livre.

3 Súmula n. 382. A vida em comum sob o mesmo teto, *more uxório*, não é indispensável à caracterização do concubinato.

4 Reflexões acerca de questões patrimoniais nas uniões formalizadas, informais e marginais. In: ALVIM, Tereza Arruda (Coord.). *Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Direito de Família – Aspectos constitucionais, civis e processuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. II, p. 197.

Assim, descabe estigmatizar quem exerce orientação sexual diferente, eis que, negando-se a realidade, não se irá solucionar as questões que emergem quando do rompimento de tal espécie de relação. Não se pode negar a ocorrência de enriquecimento injustificado em proveito dos familiares – que normalmente estigmatizaram tal opção sexual – em detrimento de quem dedicou a vida a um companheiro, ajudou a amealhar um patrimônio e se vê sozinho, abandonado e sem nada.

Muito raras têm sido as decisões judiciais que acabam por extrair conseqüências jurídicas das relações entre pessoas do mesmo sexo, mostrando-se ainda um tema permeado de preconceitos. Em nada se diferencia a convivência homossexual da união estável. Não pode ser vista como tal exclusivamente pela restrição contida na Carta Maior, mas imperioso é que, através de uma interpretação analógica, se passe a aplicar o mesmo regramento legal, pois inquestionável que se trata de um relacionamento, tendo por base o amor.

Dessa forma, nada impede que as demandas sejam solvidas nas Varas de Família e se possa reconhecer tanto direito a alimentos, como a meação e a usufruto. Estes direitos decorrem exclusivamente do vínculo afetivo, descabendo buscar figuras em outros ramos do Direito – tal como aconteceu com a relação concubinária – para que se veja uma sociedade de fato ou um vínculo empregatício de prestação de serviços.

Tramita um substitutivo ao Projeto de Lei n. 1.151/95, de autoria da Deputada *Marta Suplicy*, que regula, sob a denominação de união civil, as relações entre pessoas do mesmo sexo. Prevê a possibilidade de um contrato de parceria por instrumento público, em que livremente se pactuem disposições patrimoniais, deveres, impedimentos e obrigações mútuas. O registro do contrato no Ofício de Notas, no Registro Civil e no Registro de Imóveis formaliza a união, cuja dissolução poderá ser homologada consensualmente em juízo ou decretada por sentença, sob a alegação de infração contratual ou simples desinteresse na sua continuidade.

Este projeto, mesmo que venha a se transformar em lei, não pode ser identificado como regulamentador da união homossexual, pois deixa à margem as relações que se romperem sem referendo contratual, que permanecem carentes de previsão legislativa.

Como cabe ao Direito regular a vida, e sendo essa uma eterna busca da felicidade, impossível que não se reconheça o afeto como um vínculo que não serve só para gerar a vida, eis que, conforme diz *Silvio Macedo*, o amor é um valor jurídico.

DIREITO DE FAMÍLIA E A NECESSIDADE DE ALTERAÇÃO NO DIREITO SUCESSÓRIO

Zeno Veloso

Advogado

Especialista em Direito Constitucional e Direito Ambiental
Professor de Direito Civil (UFPA e UNMA)

O Direito das Sucessões é um corolário do direito de propriedade privada, e a sua ligação com o Direito de Família é íntima, estreitíssima. O objetivo principal do regime sucessório é o da proteção da família. Isto, pelo menos, em nosso sistema, que segue o romano-germânico.

No Brasil, desde o Direito caduco, seguindo a tradição lusitana, elegeu-se um regime de conciliação, intermédio, buscando o consenso, um ponto de equilíbrio entre o princípio da liberdade de testar e o de proteção da família.

Diferentemente, nos regimes de influência anglo-saxônica, dá-se predominância ao princípio da liberdade de testar, em que impera um exacerbado individualismo, só limitado pelo eventual direito a alimentos sobre a herança daqueles familiares que viviam sob a dependência econômica do *de cuius*.

A sucessão *mortis causa*, de que nos estamos ocupando, pode ser legítima ou testamentária.

Sucessão legítima é a diferida (exclusivamente) por determinação da lei, atendendo, prioritariamente, como já aludimos, aos vínculos familiares e, na falta destes, como aponta *Clóvis Beviláqua*, ao vínculo político, quando o Estado é chamado a recolher a herança.

Pela Lei das XII Tábuas, a liberdade de testar era ilimitada. No Direito romano clássico, por força da *Lex Falcidia*, de 40 a.C., estabeleceu-se que o testador não podia dispor da quarta parte da herança (quarta falcídia). Era a legítima (*portio debita*), ou quota indisponível, destinada, obrigatoriamente, aos herdeiros. O Imperador *Justiniano*, com a *Novela XVIII*, aumentou a legítima para a terça ou a meação, conforme o número de herdeiros (até quatro filhos, ou cinco ou mais, respectivamente). Se o testador não obedecesse a esses limites, seus herdeiros poderiam atacar o testamento, perante o

tribunal dos centúviro, através de uma ação denominada *querela inofficiosi testamenti*.

É importante mencionar a reforma geral do direito sucessório romano, feita por *Justiniano*, através das *Novelas 108 e 127*, dos anos 543 e 548, respectivamente, até pela enorme influência que exerceu na formação do Direito moderno.

Segundo essas *Novelas*, a sucessão *ab intestato* deferia-se aos *heredes legitimi* segundo a ordem seguinte: **1.** descendentes; **2.** ascendentes e irmãos e irmãs germanos; **3.** irmãos unilaterais (consangüíneos e uterinos); **4.** outros colaterais, sem limitação de grau.

Os textos romanos não nos dão segurança e certeza quanto ao chamamento do cônjuge, inexistindo todos os parentes, acima elencados. O certo é que, nas *Novelas 103 e 107*, *Justiniano* estabeleceu disposições que beneficiavam a viúva necessitada e pobre, que teria direito de concorrer com os herdeiros de qualquer categoria, para obter a *quota uxória*, uma parte dos bens da herança, em usufruto.

Sendo nosso debatedor, aqui presente, o eminente Professor *Bianor Ferreira de Lima*, da Universidade de Goiás, especialista em Direito romano, pode confirmar a importância do regime sucessório romano e a sua importância para a formação de nosso Direito. E é oportuno lembrar, falando para tão culta platéia mineira, a figura do grande romanista paraense – um dos maiores do Continente –, o saudoso Professor *Sílvio Meira*, o maior biógrafo de *Teixeira de Freitas* e de *Clóvis Beviláqua*.

Na *Consolidação das Leis Civis*, de *Teixeira de Freitas*, art. 959, transcrevendo o disposto nas Ordenações Filipinas e na Lei n. 1.507, de 26 de setembro de 1867, ficou estabelecido que a sucessão *ab intestato* deferia-se na ordem seguinte: **1.** aos descendentes; **2.** na falta dos descendentes, aos ascendentes; **3.** na falta de uns e outros, aos colaterais, até o 10º grau; **3.** na falta de todos, ao cônjuge sobrevivente; **5.** ao Estado, em último lugar.

Nesse regime, atrás de um parente transversal do 10º grau, dificilmente chegaria a vez do cônjuge.

No Projeto primitivo, do Código Civil, *Clóvis Beviláqua* colocou o cônjuge sobrevivente em terceiro lugar, na ordem da vocação hereditária, após os descendentes e ascendentes do *de cuius*.

A Lei Feliciano Penna (Lei n. 1.839, de 31 de dezembro de 1907), inspirada no Projeto Beviláqua, definiu a sucessão legítima na ordem seguinte: **1.** descendentes; **2.** ascendentes; **3.** cônjuge sobrevivente; **4.** colaterais até o 6º grau; **5.** Estado.

No art. 1.603, o Código Civil Brasileiro dispõe que a sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: **1.** aos descendentes; **2.** aos ascendentes; **3.** ao cônjuge sobrevivente; **4.** aos colaterais; **5.** aos Municípios, ao Distrito Federal ou à União.

Na sua redação original, o art. 1.612 de nosso Código Civil dizia que os colaterais seriam chamados até o 6º grau. Esta limitação de grau, quanto à vocação dos colaterais, já sofreu diversas modificações no Direito brasileiro. O Decreto-Lei n. 1.907, de 26/12/39, fixou o chamamento dos colaterais até o 2º grau. O Decreto-Lei n. 8.207, de 22/11/45, estendeu o limite para o 3º grau. Por último, o Decreto-Lei n. 9.461, de 15/7/46, estabeleceu a regra vigente, que limita a sucessividade dos colaterais até o 4º grau.

Dentre os herdeiros legítimos, apontados no art. 1.603, temos os *facultativos*: cônjuge sobrevivente, colaterais, Municípios, Distrito Federal ou União, e os *necessários*: descendentes e ascendentes. Estes têm direito a uma quota-parte da herança, da qual não podem ser privados – salvo nos casos de indignidade ou deserdação. Podemos concluir, com *Orlando Gomes*, que todo herdeiro necessário é legítimo, mas nem todo herdeiro legítimo é necessário.

A quota-reservatária ou legítima dos herdeiros necessários, também chamados legitimários ou reservatários, é a *metade* dos bens do autor da herança, que se calcula sobre o total dos bens existentes no momento de seu falecimento (CC, arts. 1.721 e 1.722).

O art. 1.576 do Código Civil enuncia: “Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança”.

Com relação aos herdeiros legítimos, não-necessários, o art. 1.725 decide: “Para excluir da sucessão o cônjuge ou os parentes colaterais, basta que o testador disponha do seu patrimônio, sem os contemplar”. A disposição do testador, para que a regra incida, deve ser de *todo* o patrimônio.

Podendo ser afastada pela vontade do seu autor, a sucessão legítima, não-necessária, é, como dissemos, uma sucessão facultativa.

A Constituição de 1988 dedicou um capítulo à família e suas normas imprimiram uma verdadeira revolução no Direito de Família brasileiro, embora, por falta de uma legislação infraconstitucional abrangente, muitos desses avanços ainda careçam de uma concretização. Em nosso livro, *Direito Brasileiro da Filiação e Paternidade*, prefaciado por este grande Mestre de Minas Gerais e do Brasil, *João Baptista Villela*, apontamos que no Brasil, passados já tantos anos da entrada em vigor da Constituição Federal, a legislação subconstitucional ainda não foi alterada no nível e na extensão merecidos. O Direito de Família, particularmente, precisa de uma profunda adaptação, de uma sistematização, de uma atualização, com visão de conjunto.

Mas, felizmente, diversos preceitos da Carta Magna são auto-aplicáveis. Muitas regras civis, que ainda permanecem escritas, exigem, no mínimo, uma releitura, ou uma leitura compatível com os ditames do Texto Fundamental. Ou não vigoram mais, por antagonizarem a Carta Magna, deixando de ser recepcionadas, atingidas pelo que se chama “inconstitucionalidade superveniente”, no Direito português, ou ainda vigem, mas arrimadas num outro (e novo) fundamento de validade, que lhes imprime diverso sentido e conteúdo.

Para efeito de nosso tema, destaquemos dois comandos constitucionais: o § 3º do art. 226, que diz: “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”. E o § 6º do art. 227, que edita: “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”. Esta última é uma “disposição redentora”, no expressivo dizer de nosso Mestre *Silvio Rodrigues*.

Sobre a união estável, já foram editadas duas leis: a de n. 8.971, de 1994 e a de n. 9.278, de 1996, ambas regulando a matéria, numa verdadeira “inflação legislativa”. E tramita no Congresso um projeto de lei com vistas a reger o assunto; portanto, está em gestação uma terceira lei a respeito.

Fato é que a Lei n. 8.971/94 estabeleceu o direito sucessório entre companheiros, copiando a disciplina já existente quanto aos cônjuges, na forma seguinte: **1.** o companheiro sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto de quarta parte dos bens do *de cujus*, se houver filhos deste ou comuns (cf. art. 1.611, § 1º, do CC); **2.** o companheiro sobrevivente terá direito, nas mesmas condições, ao usufruto da metade dos bens do *de cujus*, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes ao falecido (cf. art. 1.611, § 1º, *in fine*); **3.** na falta de descendentes e de ascendentes, ou seja, não havendo herdeiros necessários, o companheiro sobrevivente terá direito à totalidade da herança, afastando, neste caso, da sucessão, os colaterais (irmãos, sobrinhos, tios, primos do falecido), regra simétrica ao art. 1.611, *caput*, do Código Civil.

Na ordem da vocação hereditária, mencionada no art. 1.603 do Código Civil, introduziu-se um novo personagem: o companheiro.

Começando a falar dos novos rumos, ou da necessidade de mudanças em nosso Direito Sucessório, como conseqüência das grandes transformações por que tem passado a família brasileira, tratemos da situação do cônjuge.

Pelo Direito Civil vigente em nosso País, o cônjuge sobrevivente ocupa o 3º lugar na ordem da vocação hereditária, abaixo dos descendentes e dos ascendentes, estes, sem limitação de grau.

O Estatuto da Mulher Casada – Lei n. 4.121, de 1962 – melhorou a situação do cônjuge que não foi casado sob o regime da comunhão universal de bens, conferindo-lhe o direito de usufruto sobre a quarta parte ou sobre a metade dos bens do cônjuge falecido, se houver filhos deste ou do casal, no primeiro caso, ou se existirem ascendentes do *de cujus*, no segundo. Conforme a doutrina dominante, nessas hipóteses de concurso com descendentes ou ascendentes do que o precedeu na tumba, o sobrevivente exercerá o usufruto de uma quota de bens, a título de legado *ex lege* (CC, art. 1.611, § 1º).

Registre-se que não se trata de um benefício estatuído para a *viúva*, tendo direito a este usufruto qualquer dos cônjuges. A circunstância de a inovação ter vindo no bojo do Estatuto da Mulher casada explica-se, dentre outras razões, pelo fato de, estatisticamente, haver mais viúvas que viúvos.

No livro *Direito de Família Contemporâneo*, obra coletiva, que recebeu a excelente coordenação do Professor *Rodrigo da Cunha Pereira*, escrevemos, justamente, sobre *Regimes Matrimoniais de Bens*.

Numa interpretação teleológica, construtiva – ou alternativa, se preferirem – do § 1º do art. 1.611, nossos tribunais, especialmente o colendo STJ, têm admitido temperamentos e restrições ao preceito.

Decidiu-se, por exemplo, que o usufruto vidual não cabe, se houve comunhão de aqüestos no casamento, ou se o cônjuge sobrevivente foi contemplado no testamento do *de cujus* com bens em quantia igual ou superior àqueles sobre os quais recairia o usufruto. Apesar de o § 1º do art. 1.611 afirmar que o direito de usufruto será exercido pelo cônjuge, “se o regime de bens do casamento não era o da comunhão universal”, o STJ entende que tal benefício sucessório “é privativo do cônjuge casado sob o regime da separação de bens”, sufragando-se a doutrina exposta por *Orlando Gomes*.

Em vários escritos que temos produzido sobre a união estável – um livro, inclusive –, temos chamado a atenção de que nenhuma dessas ressalvas e restrições, quanto ao cônjuge, para que este seja titular do direito ao usufruto, foram impostas pela Lei n. 8.971/94, ao companheiro sobrevivente: ele terá direito à metade dos bens deixados pelo autor da herança, desde que tenha colaborado para a aquisição dos mesmos (Lei n. 8.971/94, art. 3º), sem que isto implique a perda do usufruto *ex lege* (lei citada, art. 2º, I e II).

Temos de concluir, então, que, neste aspecto, os companheiros estão em posição privilegiada com relação aos cônjuges. É muito mais vantajoso, por exemplo, ser companheira sobrevivente do que viúva. Embora dando *status* e dignidade merecidos à união estável entre o homem e a mulher, a Carta Magna sinalizou, claramente, a sua preferência pelo modelo de família formalmente constituída, pelas sociedades matrimonializadas, tanto que determinou que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento. Se o legislador ordinário, ao regulamentar os comandos constitucionais, confere aos companheiros direitos mais extensos e irrestringidos do que os que concede aos cônjuges, deixa de atender, na letra e no espírito, as normas constitucionais, e os próprios princípios fundamentais da *Lex Magna*; e o nome que se dá a isto é *inconstitucionalidade*.

O Estatuto da Mulher Casada, inserindo o § 2º no art. 1.611, do Código Civil estabeleceu, ainda, que o cônjuge sobrevivente, casado sob o regime da comunhão universal, tem assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único bem daquela natureza a inventariar.

Novo cotejo devemos fazer entre as regras destinadas aos que vivem em união estável, diante dos preceitos atinentes aos cônjuges. No parágrafo único do art. 7º, da Lei n. 9.278, de 1996, decidiu-se que, no caso de dissolução da união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente à residência da família. O legislador de 1996 quis estender, e estendeu ao convivente sobrevivente o direito real de habitação já conferido em nosso Direito ao cônjuge supérstite. O viúvo ou a viúva, porém, só terá este direito, se o regime de bens do casamento foi o da comunhão universal. Na união estável, a situação patrimonial se assemelha ao regime da comunhão parcial, e nem por isto o usufruto do companheiro sobrevivente foi excluído. Ainda mais: na união estável dissolvida por morte de um dos conviventes, o usufruto incidirá sobre o imóvel em que residia a família, e não há a ressalva ou restrição – como existe quando se trata de casamento dissolvido por morte – de que o dito imóvel seja o único bem desta natureza a inventariar. Novamente, foram conferidos direitos mais amplos aos conviventes do que às pessoas casadas.

A jurisprudência brasileira deve promover a equiparação das situações. A banalização do casamento não é comportamento admissível na sociedade, nem teve este intuito o nosso legislador constituinte. Uma interpretação sistemática e teleológica deve decotar os excessos e corrigir os disparates.

Sobre o direito sucessório do cônjuge, é oportuna uma abordagem do direito comparado.

O Código Civil português, com a Reforma de 1976, inclui o cônjuge sobrevivente como herdeiro necessário, com os descendentes e ascendentes.

Nos termos do art. 2.133 do Código lusitano, a ordem por que são chamados os herdeiros é a seguinte:

- a) cônjuge e descendentes;
- b) cônjuge e ascendentes;
- c) irmãos e seus descendentes;
- d) outros colaterais até o 4º grau;
- e) Estado.

Como se vê, o cônjuge concorre, na qualidade de herdeiro real, com os descendentes e com os ascendentes. Na falta desses parentes em linha reta, o cônjuge é chamado para recolher a totalidade da herança (art. 2.144). Tem razão *Oliveira Ascensão*, catedrático da Faculdade de Direito de Lisboa, quando afirma que há, aqui, a criação de uma terceira classe sucessória, constituída pelo cônjuge, somente.

Em Portugal, a partilha entre o cônjuge e os filhos faz-se por cabeça, dividindo-se a herança em tantas partes quantos forem os herdeiros. Mas a quota do cônjuge não pode ser inferior a uma quarta parte da herança (art. 2.139).

Se o autor da sucessão deixar cônjuge e ascendentes, ao cônjuge sobrevivo pertencerão duas terças partes e aos ascendentes uma terça parte da herança (art. 2.142). É, como se vê, uma regra de partilha irregular.

Na falta de cônjuge, descendentes e ascendentes, são chamados à sucessão os irmãos e, representativamente, os descendentes destes (art. 2.145).

Em seguida, não havendo herdeiros das classes anteriores, são chamados os restantes colaterais, até o 4º grau, preferindo sempre os mais próximos (art. 2.147).

Finalmente, na falta de cônjuge e de todos os parentes sucessíveis, é chamado à herança o Estado, que fica equiparado aos outros herdeiros, salvo certas especialidades, como diz *Galvão Telles* (não pode, por exemplo, renunciar à herança).

A marca mais notável da Reforma do Direito Sucessório português, sem contar a eliminação de qualquer discriminação no tratamento jurídico sucessório dos filhos nascidos fora do casamento, como aponta o Professor

Pamplona Corte-Real, é a posição do cônjuge como sucessível legitimário, ou herdeiro necessário.

Além do acima exposto, na forma do art. 2.103 do Código Civil português, confere-se ao cônjuge sobrevivente o direito de habitação da casa de morada da família e o direito de uso do respectivo recheio, “devendo tornar aos co-herdeiros se o valor recebido exceder o da sua parte sucessória e meação, se a houver”. Esta disposição não amplia o quinhão do cônjuge. O objetivo do preceito é de assegurar ao viúvo a fruição de bens essenciais à manutenção de sua qualidade de vida, dos seus hábitos.

É importante registrar que, em Portugal, o cônjuge não é chamado à herança se à data da morte do autor da sucessão se encontrar divorciado ou separado de pessoa e bens, por sentença que já tenha transitado em julgado ou – atenção: – *venha a transitar em julgado*, ou ainda se a sentença de divórcio ou separação vier a ser proferida posteriormente àquela data (art. 2.133, 3). Na forma do art. 1.785, 3, o direito ao divórcio não se transmite por morte, mas a ação pode ser *continuada* pelos herdeiros do autor, para efeitos patrimoniais.

Na Itália, a Reforma de 1975 deu, também, tratamento privilegiado ao cônjuge sobrevivente. Quando ele concorre com filhos, tem direito à metade da herança, se houver um só filho, e a uma terça parte, nos outros casos (*Codice Civile*, art. 581). Ao cônjuge são devidos dois terços da herança se concorrer com ascendentes ou com irmãos do *de cuius*.

Na Suíça, por sua vez, o cônjuge sobrevivente concorre com os descendentes, tendo, neste caso, direito à metade da herança. Em concurso com o pai, a mãe, os seus descendentes, tem direito a três quartos do espólio. Na falta desses parentes, recolhe a herança, por inteiro (CC, art. 462).

O Código Napoleão, seguindo o sistema da Lei de Nivoso, chamava o cônjuge à sucessão somente na falta de colaterais. E os colaterais eram chamados até o 12º grau, o que tornava ilusório o chamamento do cônjuge, como atestam os irmãos *Mazeaud*. O sistema francês era semelhante ao que vigorou, entre nós, até o advento da Lei Feliciano Penna. A pouco e pouco, a situação foi se modificando. Inicialmente, com as leis de 1891 e de 1925, que concederam ao cônjuge um direito em usufruto. Em seguida, as leis de 1930 e, sobretudo, de 1957, conferiram um direito sucessório, em propriedade, ao cônjuge supérstite. Atualmente, quanto aos direitos sucessórios do cônjuge sobrevivo, o *Code Civil*, arts. 765, 766 e 767, vigora com a redação determinada pela Lei n. 72-3, de 3 de janeiro de 1972.

Achamos oportuno fazer uma amostragem mais extensa do Direito Sucessório francês. Segundo o art. 731 do *Code Civil*, as sucessões são

deferidas aos filhos e descendentes do defunto, a seus ascendentes, a seus parentes colaterais e a seu cônjuge sobrevivente.

Toda sucessão concernente aos ascendentes ou aos colaterais divide-se em duas partes iguais: uma para os parentes da linha paterna, outra para os da linha materna (art. 733).

Há uma particularidade a ser destacada: distingue-se, na França, ascendentes privilegiados (pai e mãe) e ordinários (os demais ascendentes), bem como colaterais privilegiados (irmãos, irmãs, e seus descendentes) e ordinários (outros colaterais, como tios, primos).

Na vocação hereditária, os parentes são distribuídos em quatro ordens: **1.** os descendentes; **2.** os ascendentes privilegiados e os colaterais privilegiados; **3.** os ascendentes ordinários (avós, bisavós, etc.); **4.** os colaterais ordinários.

Havendo cônjuge sobrevivente, este concorre, em usufruto ou propriedade, com os parentes sucessíveis, e tem prioridade sobre os colaterais ordinários, como veremos.

São chamados à sucessão, em primeiro lugar, com exclusão de todos os outros parentes, os filhos e seus descendentes (art. 745).

Não havendo descendentes, nem irmão, nem irmã, nem descendentes destes, a sucessão se divide pela metade entre os ascendentes da linha paterna e os ascendentes da linha materna. O ascendente que se encontra no grau mais próximo recolhe a metade que couber à sua linha, com exclusão de todos os outros. Os ascendentes do mesmo grau sucedem por cabeça (art. 746).

Se o *de cuius* não tem descendentes, sobrevivendo-lhe pai e mãe, e deixando, também, irmãos, irmãs, ou descendentes destes (ou seja, colaterais privilegiados), a sucessão se divide em duas partes iguais: a metade cabe ao pai e à mãe; a outra metade pertence aos irmãos, irmãs, ou descendentes destes (art. 748). No caso de ter sobrevivido apenas o pai, ou somente a mãe do falecido, cabe ao ascendente um quarto e aos irmãos, irmãs, ou seus representantes, três quartos da herança (art. 751, segunda parte). Sobrevivendo o pai ou a mãe, sendo o parente mais próximo da outra linha um colateral ordinário, a herança cabe, por inteiro, ao pai ou à mãe (art. 753). Neste caso, porém, havendo cônjuge sobrevivente, este fica com a metade, e o pai ou a mãe com a outra metade, conforme verificaremos, adiante.

Com a morte de uma pessoa, sem descendentes, tendo premorrido seu pai e mãe, mas deixando irmãos, irmãs, ou descendentes destes, tais colaterais privilegiados são chamados à sucessão, com exclusão dos ascendentes ordinários e dos outros colaterais (art. 750).

Se não houver descendentes, nem irmão, nem irmã, nem descendentes destes, a sucessão se divide pela metade entre os ascendentes da linha paterna e os ascendentes da linha materna. O ascendente que se encontra no grau mais próximo recolhe a metade que couber à sua linha, com exclusão de todos os outros. Os ascendentes do mesmo grau sucedem por cabeça (art. 746).

À falta de irmãos, irmãs, ou de descendentes destes, e à falta de ascendentes em uma linha, a sucessão é devolvida, na totalidade, aos ascendentes da outra linha; à falta de ascendente em uma e outra linha, a sucessão é devolvida, pela metade, aos parentes mais próximos de cada linha. Se concorrem parentes colaterais do mesmo grau, dividem por cabeça (art. 753).

Os parentes colaterais adiante do 6º grau não sucedem, à exceção, entretanto, dos descendentes dos irmãos e das irmãs. Todavia, os colaterais sucedem até o 12º grau quando o defunto não era capaz de testar e não estava judicialmente interdito. Na falta de parentes em grau sucessível em uma linha e de cônjuge sobrevivente, sucedem, na totalidade, os parentes da outra linha (art. 755).

Quando o morto não deixar parentes em grau sucessível, ou se ele só deixou colaterais que não sejam irmãos ou irmãs, ou descendentes destes, os bens da sucessão pertencem, em plena propriedade, ao cônjuge que lhe sobrevive (art. 765). Em outras palavras, se o *de cuius* não tiver descendentes, nem ascendentes, nem irmãos, ou descendentes destes, cabe ao cônjuge sobrevivente a totalidade da sucessão, excluindo, portanto, colaterais ordinários.

Pode ocorrer, porém, de o morto, numa das linhas (paterna ou materna) não deixar nenhum parente em grau sucessível, ou só deixar nesta linha colaterais ordinários. Neste caso, a metade da sucessão cabe ao cônjuge (art. 766). Aplica-se o sistema de stirpes, e o cônjuge ocupa o lugar vago por falta de herdeiros em uma das linhas. Por exemplo: se o falecido deixou, apenas, o pai, e, na linha materna não tiver qualquer ascendente, embora tenha, nesta linha materna, colaterais ordinários, a herança se divide pela metade: uma delas é do pai e a outra metade é do cônjuge sobrevivente.

Mas o cônjuge, quando não sucede na plena propriedade, é beneficiado com o direito de usufruto, que será:

1. de um quarto da herança, se o defunto deixar um ou mais filhos, sejam eles legítimos, oriundos ou não do casamento, sejam eles naturais;
2. da metade, se o *de cuius* deixar irmãos, irmãs, ou descendentes destes (art. 767, modificado pela Lei n. 72-3, de 3 de janeiro de 1972).

A legislação francesa, atenta à circunstância de que o direito de usufruto imobiliza, esvazia a propriedade, ensejando um relacionamento controvertido e tenso – na maioria dos casos – entre nu-proprietário e usufrutuário, permite que os herdeiros exijam, mediante garantias suficientes, que o usufruto do cônjuge sobrevivente seja convertido em renda vitalícia equivalente (art. 767, *in fine*).

Para que o cônjuge sobrevivente participe da sucessão é necessário, obviamente, que não tenha havido divórcio, nem tenha existido contra ele julgamento de separação de corpos, passado em julgado (que pressupõe a culpa). A mera separação de fato do casal não extingue o direito sucessório recíproco dos cônjuges.

À falta de herdeiros (parentes ou cônjuge sobrevivente), a sucessão é adquirida pelo Estado (art. 768).

Em França, herdeiros necessários são os parentes em linha reta: descendentes e ascendentes, sendo que a quota reservatária é variável, conforme seja o número e a qualidade dos herdeiros forçosos. A porção disponível não pode exceder à metade dos bens, quando o *de cuius* deixar somente um filho; não pode ser maior do que um terço, quando deixar dois filhos; nem pode ser superior a um quarto, quando deixar três ou mais filhos (art. 913). Na falta de filhos, a quota disponível não pode exceder à metade dos bens, se o defunto deixar um ou vários ascendentes, em cada uma das linhas, materna e paterna, e não pode ser superior a três quartos, se tem ascendentes em uma das linhas, apenas (art. 914). Não havendo descendentes, nem ascendentes, as liberalidades por atos entre vivos ou por testamento poderão esgotar a totalidade dos bens (art. 916).

Quem quiser ter certeza de como o nosso Código Civil é simples e lógico quando regula a sucessão legítima, basta compará-lo com o sistema francês, lendo o *Code Napoléon*, arts. 745-767.

Na Argentina, o cônjuge é herdeiro necessário, concorrendo com os filhos e ascendentes do falecido (CC, arts. 3.570 e 3.571). Cessa, porém, a vocação hereditária dos cônjuges, entre si, se estiverem separados de fato, ou provisoriamente separados, por sentença judicial. Se a separação for imputável à culpa de um dos cônjuges, o inocente conservará a vocação hereditária (art. 3.575).

Esta incursão no direito de outros povos civilizados é significativa o bastante para nos dizer que há uma tendência inescandível, nas modernas legislações, para privilegiar, ou, ao menos, melhorar a posição do cônjuge na sucessão legítima. Tudo com base no presumido afeto do falecido por seu cônjuge, e pelo relevante papel que este desempenha na sociedade conjugal.

Como dizem *Ripert e Boulanger*, a sucessão é uma instituição de ordem familiar, fundada nas afeições presuntivas do *de cuius*, e o cônjuge sobrevivente não pode ser, apenas, herdeiro, mas herdeiro necessário, concorrendo com os descendentes e com os ascendentes.

É nossa opinião que se deve elevar o cônjuge, no Direito brasileiro, à posição de *herdeiro necessário*, como já ocorre na Suíça, Alemanha, Itália, Portugal, Argentina, Peru, Paraguai, por exemplo. Em Cuba, a situação é singular: o cônjuge sobrevivente é considerado herdeiro necessário, como os filhos e seus descendentes, e os ascendentes do *de cuius*. Neste país, a liberdade de testar se limita à metade da herança, quando existirem herdeiros necessários, ali chamados “herdeiros especialmente protegidos”, especificando o art. 493, 1, do Código Civil cubano, que tais herdeiros são assim considerados *siempre que non estén aptos para trabajar y dependan económicamente del causante*.

Note-se que o que estamos propugnando, *de lege ferenda*, já havia sido proposto, há um século, pelo venerando *Clóvis Beviláqua*, em cujo Projeto primitivo o cônjuge ocupava a posição de herdeiro necessário e, até numa homenagem à memória do egrégio jurisconsulto, relembremos o que dizia o art. 1.884 de seu Projeto de Código Civil, elaborado em 1899:

“O testador, que tiver descendente, ascendente ou cônjuge sucessível, não poderá dispor de mais de um terço de seus bens; os dois terços restantes pertencerão, de pleno direito, aos descendentes, aos ascendentes e ao cônjuge, segundo o disposto no capítulo II, título segundo, deste livro.”

No Anteprojeto de Código Civil, que apresentou em 1963, o saudoso *Orlando Gomes* colocou o cônjuge sobrevivo na classe dos herdeiros necessários, convocando-o à sucessão concorrentemente com os descendentes ou ascendentes do cônjuge falecido.

Conforme o Projeto de Código Civil, que sucedeu o Anteprojeto, revisto pelo próprio *Orlando Gomes* e pelos eminentes civilistas, naturais deste Estado que estamos tendo a honra de visitar, *Orosimbo Nonato* e *Caio Mário da Silva Pereira*, se o falecido não tiver sido casado sob o regime da comunhão universal de bens, o cônjuge sobrevivente será chamado a recolher um quarto da herança:

1. se só houver deixado filhos de que o outro não seja também ascendente;
2. se forem chamados à sucessão os ascendentes.

No parágrafo único do art. 704 o aludido Projeto ressaltava: “Havendo concurso, a parte disponível será reduzida a um quarto”. Fora deste caso, a metade disponível era a metade dos bens.

Assim, o direito hereditário do cônjuge sobrevivente, em concorrência com descendentes ou ascendentes do *de cujus*, dependia de ele não ter sido casado sob o regime da comunhão universal. Se tivesse sido este o regime matrimonial de bens, entendeu-se que, pela divisão do patrimônio comum, o cônjuge já tinha assegurada a meação, nada mais sendo cabível, a título sucessório. Todavia, se o regime de bens tivesse sido o da separação absoluta, ou, mesmo, o da comunhão de aqüestos, o cônjuge supérstite herdaria a totalidade dos bens, não havendo parentes em linha reta do falecido, se ao tempo da morte deste não estivessem “desquitados”. O mesmo ocorreria se o regime tivesse sido o da comunhão universal, e o *de cujus* não tivesse descendentes, nem ascendentes: o cônjuge sobrevivente era meeiro e único herdeiro, não se devendo confundir estas situações.

Este Projeto de Código Civil, de 1965, acertadamente, não conferiu ao cônjuge sobrevivente, quando concorresse com descendentes ou ascendentes, o direito restrito, temporário e resolúvel de usufruto, nos termos em que ainda está no § 1º do art. 1.611, do Código vigente. Atribuiu ao cônjuge supérstite a *plena propriedade* de uma quarta parte da herança.

Na sistemática desse Projeto, se o casamento não fosse pelo regime da comunhão universal, e um cônjuge tem filho de que o outro cônjuge não é também ascendente (ou seja, filho havido antes do matrimônio, ou filho extramatrimonial), ou tem ascendente, a liberdade testamentária deste cônjuge sofreria limitação: reservada a metade da herança para os filhos ou para os ascendentes, conforme o caso, e um quarto para o cônjuge, só do quarto restante poderia dispor, testamentariamente.

No Projeto de Código Civil de 1975, elaborado por uma Comissão de Juristas, supervisionada pelo Professor *Miguel Reale*, foi mantida a diretriz estabelecida pelo Anteprojeto *Orlando Gomes* e pelo Projeto de 1965. No art. 1.872, o Projeto estabelece que são herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o *cônjuge*, explicando, no artigo seguinte, que pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade da herança, constituindo a legítima.

No art. 1.852, definindo a ordem da vocação hereditária, o aludido Projeto dispõe que a sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

1. aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou na

da separação obrigatória de bens, ou, ainda, se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

2. aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;
3. ao cônjuge sobrevivente;
4. aos colaterais.

O cônjuge sobrevivente, como vimos, não só foi considerado herdeiro necessário, como concorre com os herdeiros das primeiras classes: descendentes e ascendentes, sendo que as ressalvas para que concorra com os descendentes não existem, se a concorrência é com os ascendentes.

Em concorrência com os descendentes, caberá ao cônjuge um quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer. Se concorrer com descendentes somente do cônjuge falecido, caberá ao cônjuge sobrevivente: 1. uma terça parte da herança, se os descendentes forem ilegítimos; 2. o usufruto da quarta parte da herança, nos demais casos. Estas regras constam nos arts. 1.855 e 1.856. Não se coadunam, na discriminação entre filhos “legítimos e ilegítimos”, com os novos ditames constitucionais, e isto deverá ser corrigido, no Senado, onde o Projeto se encontra, atualmente, em mãos do Relator, Senador *Josaphat Marinho*, após uma longa e penosa tramitação, que já dura 22 anos. Uma eternidade!

Na forma do art. 1.864 do Projeto citado, concorrendo com ascendente em primeiro grau, ao cônjuge tocará um terço da herança, cabendo-lhe a metade desta, se houver um só ascendente, ou se maior for aquele grau.

Em falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão por inteiro ao cônjuge sobrevivente (art. 1.865); e somente é reconhecido direito sucessório ao mesmo, se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de cinco anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente (art. 1.853).

O Projeto de 1975, quanto ao tema, é minucioso e detalhista. A sistemática não é singela. O leitor deve estar atento. E fica evidenciada a tendência irreversível do Direito Sucessório brasileiro: a colocação do cônjuge como herdeiro necessário, concorrendo com descendentes e ascendentes do *de cujus*.

O Anteprojeto *Orlando Gomes*, em 1963, pioneiramente, tratava da sucessão da companheira. O Projeto de Código Civil, de 1975, ignorou o próprio concubinato, embora o autor da parte referente ao Direito de Famí-

lia, o saudoso Professor gaúcho *Clóvis do Couto e Silva*, tivesse dedicado, na versão preliminar do Projeto, um capítulo destinado a disciplinar as relações patrimoniais entre concubinos. A Comissão Elaboradora, entretanto, achou que esta matéria devia ser transferida para lei especial.

Não é a nossa opinião. O Código Civil tem de ser, também, a lei dos pobres, dos excluídos, dos marginalizados. Um Código que trata do Direito de Família, e que só se preocupa com a família convencional, formal, matrimonializada, omite-se com relação a um expressivo número de famílias, constituídas à margem de um vínculo solene. Na América Latina, o concubinato não é mera faculdade, opção de vida, afrouxamento dos costumes, expressão do princípio da liberdade individual, mas, sobretudo, uma instituição desenvolvida no seio da desigualdade social e econômica. Em nosso Continente, como diz, expressivamente, *Eduardo Zannoni*, o concubinato é um fenômeno social e jurídico.

Fato é que, enquanto o Projeto de Código Civil tramitava (ou “dormitava”) no Congresso Nacional, adveio a Constituição de 1988, e o velho concubinato, rebatizado de “união estável”, foi, digamos, “constitucionalizado”, e elevado à categoria de instituição jurídica do Direito de Família brasileiro. Como se não fosse bastante, duas leis já vigoram, regulando a união estável, e uma terceira lei se avizinha.

Não pode mais o Projeto de Código Civil alhear-se desta realidade. Antes de o texto ser mandado para votação, no Senado, o Relator deverá, a nosso ver, incluir preceitos sobre a união estável.

Como todos sabem, já temos legislação especial regulando o direito sucessório entre companheiros. E há um aspecto muito importante a ser abordado. Embora a Lei n. 9.278/96 não esteja admitindo que se confira o *status* de união estável a um concubinato incestuoso ou adúlterino, ela permite, a nosso ver, que a entidade familiar possa decorrer de uma ligação em que um ou ambos os conviventes são casados, desde que, é claro, separados de fato. Em nosso livro, *União Estável*, dissemos que, pela existência de um casamento que não existe mais ou que existe, somente, nos arquivos cartoriais, não se deve desconsiderar uma união duradoura, contínua, séria, constituída para criar e manter uma entidade familiar. Afinal, tratar-se-á de uma família, merecedora do respeito e da proteção que são conferidos a quaisquer famílias, dignamente formadas. Por este bom caminho, aliás – e com estes argumentos –, a jurisprudência, inclusive do STF, firmou a distinção entre concubina e companheira.

O Projeto de Lei n. 2.686, de 1996, do Poder Executivo, que pretende ser o Estatuto da União Estável, conceitua, no art. 1º:

“É reconhecida como união estável a convivência, por período superior a cinco anos, sob o mesmo teto, como se casados fossem, entre um homem e uma mulher, não impedidos de realizar matrimônio *ou separados de direito ou de fato dos respectivos cônjuges.*”

Entre nós, pode ocorrer de uma pessoa falecer deixando esposa e concubina, bem entendido, na hipótese de o *de cujus* ter estabelecido a união estável depois de se ter separado de fato de sua mulher.

O legislador foi omissivo quanto a este aspecto. Tendo de resolver a questão, e considerando que, no atual estágio de nosso Direito, o cônjuge sobrevivente, que estava separado de fato do falecido, não perde a qualidade de herdeiro, haveremos de buscar uma solução equilibrada e justa. Assim, é nosso entendimento que, falecendo alguém, deixando cônjuge – de quem estava separado de fato – e companheira, a herança deverá ser repartida, igualmente, entre as duas. A recíproca é verdadeira, obviamente, aplicando-se a mesma solução ao caso da mulher que falece deixando viúvo e companheiro, nas mesmas circunstâncias.

Registre-se que, para situação semelhante, esta tem sido a decisão: falecendo o bigamo, antes da sentença anulatória do seu segundo casamento, há direito sucessório do cônjuge legítimo e do cônjuge putativo, sustentando *Yussef Said Cahali*, esta notável figura de jurista e magistrado, que a herança, no caso, se dividirá em partes iguais, fundando-se esta solução no fato de que a primeira mulher não pode alegar direito exclusivo à totalidade da herança, porque só tinha ela uma expectativa, a qual, quando aberta a sucessão, encontrou-se diminuída por efeito da boa-fé da segunda mulher.

Por oportuno, devemos consignar que, parificando as situações, assim como entendemos que se deve conferir a qualidade de herdeiro necessário ao cônjuge sobrevivente, o mesmo deve ocorrer com relação ao parceiro sobrevivente da união estável.

Nosso Código Civil, art. 1.611, dispõe que: “À falta de descendentes ou ascendentes será deferida a sucessão ao cônjuge sobrevivente, se, ao tempo da morte do outro, não estava dissolvida a sociedade conjugal”.

Assim, se tiver havido separação judicial ou divórcio, o cônjuge não será herdeiro. Aliás, no caso do divórcio, sabido que ele dissolve o casamento, nem se pode mais dizer que o sobrevivente é... cônjuge.

Quid juris, se houver separação de fato entre marido e mulher? A lei não excepciona, de maneira que não há outra interpretação cabível: mesmo que o casal estivesse separado de fato; ainda que esta separação de fato fosse prolongada, o cônjuge sobrevivente será herdeiro.

O legislador, provavelmente, preferiu não prever a hipótese da separação de fato, persuadido de que, se o cônjuge separado quisesse afastar o outro da sucessão, bastaria que fizesse testamento, dispondo de todo o seu patrimônio em favor de terceiro. Sabemos que, em nosso Direito, o cônjuge é herdeiro legítimo, não-necessário, e pode ser excluído da sucessão por determinação testamentária do autor da herança, conforme o disposto no art. 1.725 do Código Civil, já referido nesta exposição.

Analisando a questão, *Silvio Rodrigues*, nosso eminente mestre, afirma que, no campo teórico, aquela concepção do legislador, no sentido de que o cônjuge pode afastar o outro da sucessão, por via do testamento, é verdadeira, mas, na prática, em país como o nosso, em que não há o hábito de testar, tal concepção apresenta inconvenientes sérios, principalmente com o enriquecimento da população, com a difusão de facilidades para aquisição de casa própria, etc., pois, não raro, será chamado à sucessão um cônjuge de há muito separado do falecido, lembrando, ainda, o catedrático da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco que, no direito das Ordenações Filipinas, o cônjuge só era chamado a suceder se vivesse com o outro cônjuge, ao tempo de sua morte.

Seguindo o que estatuíam as Ordenações (Livro 4, Tít. 94), *Teixeira de Freitas*, no art. 973 da Consolidação das Leis Civis, consignou que, na ordem dos cônjuges, a herança será deferida ao sobrevivente, sendo que, ao tempo da morte, “vivessem juntos habitando a mesma casa”.

O Código Civil brasileiro não seguiu, neste passo, o direito anterior. *Caio Mário*, sucessor de *Clóvis* na civilística nacional, assegura que, para afastar o cônjuge da sucessão, não basta a separação de corpos, concluindo ser necessária a separação judicial, que deve estar homologada, se por mútuo consentimento, ou passada em julgado a sentença, se litigiosa. “Só assim se consideram, no caso, legalmente separados”, conclui o mestre.

Já mencionamos as soluções portuguesa e argentina para a questão. O Código Civil alemão, art. 1.933, com a redação ordenada pela Lei do Matrimônio, de 1938, dispõe que o direito hereditário do cônjuge sobrevivente está excluído se o *de cujus*, ao tempo de sua morte, estava autorizado a propor ação de divórcio ou de invalidação do casamento, e tinha proposto a ação, sempre que, no caso de divórcio ou de invalidação do casamento, o cônjuge supérstite devesse ser considerado como culpado.

Devemos meditar sobre essas decisões tomadas na legislação estrangeira citada, que correspondem às de nosso velho Direito, anterior à codificação civil. Pensamos, firmemente, que o direito sucessório do cônjuge sobrevivente não deve ser reconhecido se este vivia em união estável com outra pessoa, à época da abertura da sucessão, ou se estava separado de fato, por culpa sua, do cônjuge falecido. De certa forma, a idéia vem contida no art. 1.853 do atual Projeto de Código Civil.

Como diz o Professor *Antônio Menezes Cordeiro*, na Introdução da edição portuguesa da obra de *Claus-Wilhelm Canaris, Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, hoje, é um lugar-comum: a jurisprudência é e tem de ser *ética*. E isto nos leva a advogar a tese da exclusão da sucessão do cônjuge separado de fato, quando foi o responsável pela separação. Embora devamos advertir que é extremamente difícil designar, com certeza e segurança, quem é o verdadeiro culpado da falência de um matrimônio. Uma vida inteira em comum, repleta de venturas e tristezas, com gestos recíprocos de renúncias e solidariedade, com atos elogiáveis e desabonadores de cada parceiro, no dia-a-dia da existência, não pode ser julgada por um só fato, por um só episódio, por mais grave que ele possa parecer.

A sucessão dos colaterais é matéria que, igualmente, precisa de uma revisão. Ao falar da evolução do tema, desde as Ordenações Filipinas, passando pela Lei Feliciano Penna, chegando ao Código Civil e leis posteriores que regularam o assunto, *Caio Mário* opina que uma razoável política legislativa deve oferecer a sucessão legal, na linha transversa, “somente até o segundo grau, compreendendo, portanto, não mais que os irmãos”.

No Projeto de 1965, art. 698, ficou estabelecido que na falta de cônjuge sobrevivente – e não havendo descendentes, nem ascendentes – seriam chamados a suceder os parentes colaterais até o 3º grau.

O Anteprojeto de 1972, art. 2.050, chamava à sucessão os colaterais até o 3º grau. No Projeto de Código Civil, de 1975, porém, a sucessão dos colaterais vai até o 4º grau (cf. art. 1.866), mantendo-se o estatuído no Código vigente, art. 1.612.

Opina *Silvio Rodrigues* que a vocação dos colaterais até o 4º grau revela uma generosidade do legislador. Sugere o Professor que a sucessão dos colaterais não deve ir além do 3º grau.

A evolução dos costumes, as dificuldades e o dinamismo da vida moderna, o fenômeno da nuclearização do grupo familiar têm limitado, na generalidade dos casos, a compreensão e extensão da família, que, cada vez mais, está sendo reduzida. Não cremos, considerando as situações ordinárias,

que existam sentimentos e afeições que justifiquem a vocação sucessória dos parentes em linha transversal do 4º grau (primos, tios-avós, sobrinhos-netos).

A chamada família parental, hoje em dia, mal está chegando aos colaterais do 3º grau (tios, sobrinhos). Como realidade social, cultural, econômica, psíquica e espiritual, neste fim de século a família não vai muito além dos pais e dos filhos.

Sem chegar ao extremo da lição de *Bonfante*, de que a sucessão dos colaterais consagra um anacronismo, que se mantém por puro espírito de conservação, a tendência moderna do direito sucessório, sem dúvida, é toda no sentido de restringir, na sucessão legítima, a vocação hereditária desses parentes.

Na lição de *Oliveira Ascensão*, a sucessão legítima se justifica pela necessidade de não deixar *nullius* as situações jurídicas que haviam pertencido ao autor da sucessão. A sucessão surge e se desenvolve – já dissemos – como uma conseqüência lógica do direito de propriedade privada. E, historicamente, o Direito Sucessório representa, principalmente, um sistema de proteção da família. A conexão entre o fenômeno sucessório e a instituição familiar é necessária e intimíssima.

É opinião velha e revelha a de que a sucessão legítima exprime a vontade presumida do autor da herança. No seu clássico *Tratado de Testamentos e Sucessões*, *Gouvêa Pinto* expõe a idéia de que as sucessões legítimas são um testamento tácito, provindo elas de uma vontade que se presume, de que todas as vezes que o falecido não fez testamento, quis que herdassem seus bens os seus parentes mais chegados.

Temos de convir que a força da afeição familiar diminui, à medida que se afasta o grau do parentesco, tratando-se da linha oblíqua ou transversal. E, se num caso especial, hoje, quase excepcional, as ligações e os afetos se mantêm e se expandem para além dos parentes colaterais do 3º grau colateral, sempre há a possibilidade de beneficiá-los através de testamento.

Precisamos apagar o traço individualista, o ranço aristocrático que ainda permeia nosso Direito Sucessório. Ao registrar a importância do Direito romano, e advertindo ser conveniente cercar os exageros dos adoradores de *Papiniano* e dos velhos textos da compilação justinianéia, o venerando e saudoso *Orosimbo Nonato*, por sinal nascido em Minas Gerais, na cidade de Sabará, ensinou: “Erro seria – e da maior graveza – o oblvio das lições do passado; maior, entretanto, procurar a perfeição nas instituições caducas”.

Não se pode deslembra que, na sucessão legítima, faltando descendentes, ascendentes, cônjuge sobrevivente, companheiro e colaterais, os

bens vacantes da herança são atribuídos aos Municípios ou ao Distrito Federal, quando nele localizados, ou à União, quando os bens estiverem situados em Território Federal, conforme o art. 1.619 do Código Civil, com nova redação, determinada pela Lei n. 8.049, de 20 de junho de 1990.

Este é um aspecto relevante e importante que, nem sempre, é destacado. Temos de resguardar o interesse do Estado, da sociedade, da comunidade como um todo. A sucessão hereditária pode e deve funcionar como fenômeno de redistribuição de riquezas. É preciso que se dê concretude ao princípio da função social da propriedade, fazendo reverter os bens da herança à coletividade – quiçá, beneficiando, indiretamente, os pobres, a imensa legião de excluídos deste País, que há tanto tempo esperam melhor atenção do Poder Público, do que a parentes longínquos do *de cujus*, com os quais ele, talvez, nem tivesse relações sociais. Quando elaborava o Projeto de Código Civil, e diante da legislação filipina, que chamava os colaterais até o 10º grau, Clóvis, sempre sábio, observava, com fina ironia, que a distância era tão grande, que a lei chamava à sucessão “meros conterrâneos”.

O estreitamento dos laços familiares é um dos fenômenos sociológicos mais destacados deste século. O jurista não pode viver dissociado do seu meio, das circunstâncias que o envolvem. Na sucessão legítima só devem ser chamados os colaterais até o 3º grau.

Na forma do art. 1.619 do Código Civil, o Estado (*lato sensu*) é o último dos herdeiros legítimos. Não havendo cônjuge sobrevivente, nem parente algum sucessível (descendentes, ascendentes, colaterais até o 4º grau), a herança se devolve ao Município ou ao Distrito Federal, se localizada nas respectivas circunscrições, ou à União, quando situada em território federal.

Há uma discussão ancianíssima, uma polêmica maçante e interminável sobre a qualidade em que o Estado recolhe a herança, se o *de cujus* faleceu *ab intestato*, sem deixar cônjuge, nem parentes sucessíveis. Trata-se de um torneio acadêmico, sem qualquer interesse prático. Em nossa opinião, seguindo o Mestre *Pontes de Miranda*, o Estado não é ocupante, ou titular de direito de ocupação, nem sucessor singular, é *herdeiro*, como os outros herdeiros. Em Portugal, o Código Civil, art. 2.153, explicita que o Estado tem, relativamente à herança, os mesmos direitos e obrigações de qualquer outro herdeiro, com a particularidade de a aquisição sucessória se operar de pleno direito, por força da lei, sem necessidade de aceitação, nem podendo o Estado repudiar a herança.

Não se confunda a posição do Estado, como derradeiro integrante da ordem da vocação hereditária – e alerte-se, sucessor tão afastado que, rara-

mente, chegará a sua vez –, com a possibilidade de ele ser instituído através de testamento. As pessoas jurídicas de direito público têm capacidade testamentária passiva; podem adquirir por testamento.

Independentemente de sua posição na ordem da vocação hereditária, portanto, como herdeiro legítimo, o da possibilidade de ser beneficiado pela via testamentária, matéria de direito privado, regulada no Código Civil, o Estado, por força do *jus imperii*, com fulcro numa outra ordem de valores, que emerge do Direito Público, participa das sucessões através dos tributos.

Diz a Constituição Federal, art. 155, I, que compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir imposto sobre transmissão *causa mortis* e doação, de quaisquer bens ou direitos, sendo que as alíquotas máximas deste imposto são fixadas pelo Senado Federal.

Houve uma importante inovação neste tema. Pela Constituição anterior, o aludido imposto só incidiria nas transmissões hereditárias de *imóveis*. Agora, o imposto é cabível nessas transmissões, bem como nas de móveis e semoventes, incluindo-se ações, títulos financeiros, créditos, etc.

O Senado, a nosso ver, deveria fixar *alíquotas progressivas*, como, aliás, vigorou nos Estados, entre nós, até 1965. Na opinião de José Afonso da Silva – no que diverge Ives Gandra Martins –, o imposto comporta dois tipos de progressividade: uma, em relação ao monte da herança – quanto maior, mais graduada a alíquota; outra, em relação à distância das vocações hereditárias, de modo que, quanto mais distante, mais gravosa a tributação.

Realmente, não há o que justifique, para quem pensa em termos de socialização jurídica, que a mesma alíquota incida numa transmissão em que o herdeiro é o filho, e em outra, em que o herdeiro é um primo.

A Constituição de Portugal tem norma expressa sobre a matéria, do art. 107, 3, que diz que o imposto sobre sucessões será progressivo, “de forma a contribuir para a igualdade entre os cidadãos”.

Com base no princípio da capacidade contributiva, não vemos impedimento constitucional na fixação de alíquotas progressivas para o cálculo do imposto de transmissão *causa mortis*. Inclusive, é uma solução tributária francamente adotada nos países mais desenvolvidos, chegando a alíquota, em alguns casos, a 50%, e até mais.

Devemos estabelecer a progressividade deste imposto, no Brasil, o quanto antes. Trata-se de um instrumento poderoso de redistribuição de riquezas, um valioso expediente para a democratização da propriedade, um recurso eficaz de correção das desigualdades econômicas.

Trata-se, é claro, na esteira de *Carnelutti*, de uma sugestão de quem compreende o Direito como meio legítimo para a realização da Justiça.

BREVE ESTUDO SOBRE AS ENTIDADES FAMILIARES

Ricardo César Pereira Lira

Professor Titular de Direito Civil da UERJ

Sumário

1. Considerações iniciais: conceitos e significados. 2. Perspectiva histórica: família romana, família moderna e família contemporânea. 3. Filiação na família moderna e na família contemporânea. 4. Vínculo conjugal. 5. União estável. 6. União civil entre pessoas do mesmo sexo.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS: CONCEITOS E SIGNIFICADOS

Família, em um primeiro conceito, é a instituição jurídica e social resultante das justas núpcias, contraídas por duas pessoas de sexo diferente. Abrange necessariamente os cônjuges, mas para sua configuração não é essencial a existência de prole.

Com as núpcias inaugura-se a sociedade conjugal, na qual se identificam três vínculos: o vínculo conjugal, que une os cônjuges, o vínculo de parentesco, que une os integrantes da sociedade, descendendo um do outro, ou que, sem descenderem um do outro, estão ligados a um tronco comum, e o vínculo de afinidade, estabelecido entre um cônjuge e os parentes do outro.

Como se viu, no parentesco, os seres descendem uns dos outros (linha reta), ou, sem que isso aconteça, estão ligados a um tronco comum (linha colateral). Na linha colateral, o parentesco, e conseqüentemente a família, estende-se até o sexto grau. Enuncia o art. 331, do Código Civil brasileiro: “São parentes, na linha colateral, ou transversal, as pessoas que provêm de um só tronco, sem descenderem umas das outras”. Na linha reta o parentesco é ilimitado.

Do ponto de vista alimentar, vista a família a partir da obrigação de prestar alimentos, esse dever alcança todos os ascendentes, na respectiva ordem (art. 397, do Código Civil Brasileiro). Na falta de ascendentes, esse dever cabe aos descendentes, e, na linha colateral, existe até o segundo grau, portanto, até os irmãos, sejam germanos ou unilaterais (art. 398, do Código Civil Brasileiro).

No plano do direito das coisas, o conceito de família envolve até mesmo estranhos. Ao disciplinar o direito real de uso, fixando os lindes das necessidades da família, o art. 744, do Código Civil Brasileiro, estabelece que tais necessidades compreendem as do cônjuge, a dos filhos solteiros e *as das pessoas do serviço doméstico do usuário*.

O art. 241, da Lei n. 1.711, de 28/12/52, Estatuto dos Funcionários Civis da União Federal, dispunha que se considerava família do funcionário, além do cônjuge e filhos, *quaisquer pessoas que vivessem às suas expensas e constassem de seu assentamento individual*.

Extensa também a noção de família na Lei n. 2.378, de 24/12/54, dispondo sobre concessões de vantagens aos militares da FEB.

Do ponto de vista social, nos centros urbanos, a tendência é a da família nuclear: cônjuge, mais um ou dois filhos.

Com a Constituição de 1988, ao lado da família conjugal, consideraram-se também entidades familiares a união estável entre homem e mulher (art. 226, § 3º) e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (art. 226, § 4º).

A família de que trataremos mais adiante é a regulada no Código Civil Brasileiro, na legislação extravagante e na Constituição de 1988.

2 PERSPECTIVA HISTÓRICA DA FAMÍLIA

Projete-se, agora, em pinceladas tênues, a perspectiva histórica da família, tomando como marcos a família romana, a família moderna – como tal considerada aquela regulada no Código Civil Brasileiro, de 1916, e legislação superveniente – e a família contemporânea, assim considerada aquela recebida e disciplinada no Texto Constitucional de 1988.

Na família romana, o *pater familias*, com relação aos cognados e agnados, era o chefe absoluto, era o sacerdote incumbido de officiar a veneração dos penates, deuses domésticos.

Era o chefe do grupo familiar, exercente do poder marital, com direitos absolutos sobre a mulher, que remanesca *in loco filiae*. Dispunha de poderes também absolutos sobre os filhos, com direito de vida e morte sobre eles, *jus vitae necisque*.

O *pater familias* era titular do *jus noxae dandi*, consistente no abandono reparatório do filho em favor da vítima que houvesse sofrido prejuízo com a prática pelo filho de um ilícito privado (*noxa*). Podia também exercer o *jus vendendi*, que era a faculdade de alienar o filho, mediante *mancipatio* a outro *pater familias*. Subespécie do *ius vitae necisque* era o *ius exponendi*, faculdade do *pater familias* de abandonar o filho recém-nascido ao seu destino. Contrariamente ao que se admitia até então, *Justiniano* dispôs que o exposto não poderia tornar-se escravo daquele que eventualmente o recolhesse.¹

Só o *pater familias* tinha patrimônio. Exercia a *domenica potestas*. Com o passar do tempo esse monopólio arrefeceu, admitindo-se tivessem os filhos modalidades de pecúlio. O primeiro deles era o *peculium profectivum*, isto é, *peculium a patre profectum*, consistente em uma pequena quantidade de bens (*pusilla pecunia*), concedida pelo pai ao filho para atender às suas necessidades ou para o desempenho de uma atividade comercial ou industrial. O segundo era o *peculium castrense*, constituído essencialmente dos bens adquiridos pelo *filius familias* durante o serviço militar. O *peculium quasi castrense* abrangia tudo o que o filho tivesse podido adquirir não só durante a *militia civilis*, mas em função dela, até mesmo um emprego. Esses elementos se unificaram para configuração do *peculium adventivum* (*bona adventicia*).²

A mulher era considerada inabilitada para os negócios da vida forense. Daí a *capitis deminutio* de que padecia, que de alguma forma repercutiu na família moderna, afetando a plenitude da capacidade jurídica da mulher casada.

A família que denominamos moderna é aquela cujo perfil está definido no Código Civil Brasileiro e na legislação subsequente, até o advento da Constituição de 1988.

O nosso Código Civil refletiu um espírito voltado para o século passado, já que o projeto de *Clóvis* foi elaborado em 1899, tratando de um país essencialmente rural, sem qualquer traço inicial de industrialização, o que só veio a ocorrer embrionariamente no início dos anos 40, e mais intensamente na década de 50.

1 GUARINO, Antonio. *Diritto privato romano*. Napoli: Jovene, 1976, p. 493/495.

2 GUARINO, Antonio. *Op. Cit.*, p. 501/3.

O Código, em matéria de família, não consagrou um poder marital, mas, ainda assim, entregou ao cônjuge varão a chefia monocrática da sociedade conjugal. Considerou a mulher casada relativamente incapaz. Além daqueles atos que o marido não podia praticar sem a outorga uxória (alienação de imóveis, constituição de direitos reais sobre imóveis), a mulher sofria outras limitações.

Não podia, sem autorização do marido:

- a) aceitar ou repudiar herança ou legado;
- b) aceitar tutela, curatela ou outro *múnus público*;
- c) litigar em juízo cível ou comercial, ressalvados aqueles casos expressamente nominados;
- d) exercer profissão;
- e) aceitar mandato;
- f) contrair obrigações que pudessem importar em alheação de bens do casal.

A mulher, pelo casamento, assumia, sem possibilidade de opção, os apelidos do marido. Ela só exercia o pátrio poder na falta do pai. A viúva que se remaridasse perdia o pátrio poder sobre os filhos do leito anterior.

A Lei n. 4.121, de 1962 (Estatuto Civil da Mulher Casada), iniciou um processo de democratização da sociedade conjugal, eliminando algumas discriminações existentes contra o cônjuge-mulher no casamento.

Progressivamente, por outro lado, foi sendo humanizada a situação dos filhos.

O processo iniciado com a mencionada lei desaguou, afinal, na Constituição de 1988, marco legislativo da família contemporânea.

Não só a luta meritória e incansável das mulheres, como as novas condições econômicas dominantes deram às mulheres novas funções no agregado social.

Relevantes os efeitos de uma industrialização mais intensa a partir dos anos 50, com o conseqüente incremento da urbanização, ao lado do êxodo rural.

O Brasil era 70% rural e 30% urbano. Essa relação se inverteu: hoje é um país 70% urbano e 30% rural.³

A mulher passou a integrar a força de trabalho, atuando no mercado fora do lar, empenhando-se em uma laboriosa jornada dupla, para ajudar o

3 LIRA, Ricardo Pereira. *Campo e cidade no ordenamento jurídico brasileiro*. Riex, p. 42/45.

consorte no amedanhamento dos recursos necessários à provisão da família, fatos que necessariamente conduziriam a uma administração partilhada dos interesses comuns na sociedade conjugal.

Daí a disposição do art. 226, § 6º, da Constituição de 1988, determinando que os direitos e obrigações referentes à sociedade conjugal sejam exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

Já se disse que, na família moderna não se chegou a conceber um poder marital. Agora, contudo, não se pode imaginar até mesmo uma chefia da sociedade conjugal praticada pelo marido, por isso que a sociedade conjugal foi democratizada. As situações são isonômicas. A igualdade é plena. A chefia é colegiada.

Quanto aos filhos, os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e aos filhos maiores incumbe ajudar e amparar os pais na velhice, carência e enfermidade (art. 229, da Constituição de 1988).

No tocante à situação dos filhos entre si, aqueles “havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”. (art. 227, § 6º, da Constituição de 1988).

Inexistem, na família contemporânea, filhos legítimos, legitimados, naturais, adulterinos ou incestuosos. Há só filhos, em tudo e por tudo equalizados.

Não há poder dos pais sobre os filhos. Há deveres, e há faculdades – que são instrumentos desses deveres – como, por exemplo, *o jus corrigendi*.

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, 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 a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (art. 227, *caput*, da Constituição de 1988).

Essa é a família contemporânea, à luz do nosso ordenamento, assentado em princípios democráticos, de aperfeiçoamento e dignificação da pessoa humana.

3 FILIAÇÃO NA FAMÍLIA MODERNA E NA CONTEMPORÂNEA

Vejamos, agora, alguns aspectos da filiação na família moderna e na família contemporânea.

No concernente à família moderna, esqueçamos para facilidade de exposição a vedação constitucional da qualificação discriminatória relativamente aos filhos.

Filhos legítimos eram os nascidos de justas núpcias, os havidos em casamento anulável, os tidos em casamento putativo, ainda que só um dos cônjuges estivesse de boa-fé.

Filhos legitimados, em tudo equiparados aos legítimos, eram os filhos de pessoas não impedidas para o casamento, quando da concepção do filho, que supervenientemente vinham a casar-se.

Filhos naturais eram aqueles havidos de pessoas sem impedimento para casar.

Filhos adulterinos eram os tidos fora do leito conjugal, a *matre* ou *patre*.

Filhos incestuosos eram filhos de pessoas unidas por vínculo de parentesco próximo, ou seja, parentesco na linha reta, e na linha colateral até o segundo grau, persistindo o impedimento no terceiro grau, salvo se houvesse pronunciamento técnico indicando a inexistência de inconvenientes médicos no casamento.

Ponha-se em tela a situação dos filhos naturais na família moderna.

A contrario sensu, por força da disposição contida no hoje revogado art. 358, do Código Civil Brasileiro, eles podiam ser reconhecidos, na constância ou não do casamento.

Todavia, o hoje também revogado art. 1.605, § 1º, do Código Civil Brasileiro, estatua que, havendo filho legítimo ou legitimado, só à metade do que a este coubesse em herança teria direito o filho natural reconhecido na constância do casamento. Tal disposição foi expressamente revogada pelo art. 54, da Lei n. 6.515, de 26/12/77 (Lei do Divórcio).

Tem-se, então, que, antes da revogação pela Lei do Divórcio, e para alguns juristas antes da Carta outorgada de 1937, pelas razões adiante deduzidas, se houvesse filho legítimo ou legitimado, o filho natural reconhecido na constância do casamento recolhia, na sucessão do autor do reconhecimento, metade do que recebesse aquele.

Se reconhecido fora da constância do casamento, antes dele ou depois de extinto o vínculo conjugal, o filho natural recebia paritariamente com o legítimo ou legitimado.

Se concorresse com filho natural, reconhecido nas mesmas condições, os direitos sucessórios seriam quantitativamente iguais.

A Carta outorgada de 1937, art. 126, estabeleceu: “Aos filhos naturais, facilitando-lhes o reconhecimento, a lei assegurará igualdade com os legítimos, extensivos àqueles os direitos e deveres que em relação a estes incumbem aos pais”.

Instalou-se controvérsia quanto à revogação do já mencionado art. 1.605, § 1º, do Código Civil, por incompatibilidade com o dispositivo da Carta de 1937.

Caio Mário considera que ocorreu a revogação.⁴

A Carta de 1937, no art. 187, previa um plebiscito: “Esta Constituição entrará em vigor na sua data e será submetida ao plebiscito nacional na forma regulada em decreto do Presidente da República”.

Esse plebiscito jamais se realizou.

Por força desses fatos, juristas entendiam que o art. 1.605, § 1º, do Código Civil, subsistiu, por isso que, pela falta do plebiscito, o art. 126, da Carta de 1937, teria perdido a sua eficácia *ex tunc*. Tanto assim que a Lei do Divórcio (Lei n. 6.515, de 26/12/1977, art. 54) revogou expressamente o art. 1.605, § 1º, do Código Civil, o que logicamente não aconteceria se o dispositivo tivesse perdido a sua vigência, pela incompatibilidade com a Carta de 1937.

Discorrendo sobre a questão, *Arnoldo Wald* assim não considera.⁵ Para ele

“a revogação expressa não significa que o legislador tenha entendido que ainda estivesse em vigor a mencionada disposição, mas sim que, por motivos de ordem pragmática, convinha explicitar uma revogação que ensejara divergências na doutrina e na jurisprudência.”

Parece não proceder o raciocínio do eminente civilista.

Em nosso entender, o art. 1.605, § 1º, do Código Civil, sobreviveu ao art. 126, da Carta outorgada de 1937, primeiramente porque, para sua eficácia, a regra constitucional dependia de lei futura que facilitasse o reconhecimento dos filhos naturais e lhes assegurasse a igualdade com os legítimos.

Em segundo lugar, afigura-se-nos que, sem a realização do plebiscito contemplado no art. 187, da Carta de 1937, o art. 126, se eficácia tivesse tido, a teria perdido, pela inocorrência da condição vivificadora, a consulta plebiscitária.

4 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, v. V, p. 241.

5 WALD, Arnoldo. *Direito das sucessões*. 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 300.

Sustentamos que tudo aquilo que, na Carta de 1937, era animicamente *estatuto de poder* existiu como um ordenamento imposto pela força e obrigou como realidade sociojurídica. Contudo, regras de índole não-constitucional, como a que programou a equiparação dos filhos naturais aos filhos legítimos (art. 126), não mantiveram sua eficácia, se a tiveram, exatamente pela não-verificação do plebiscito, e assim se desconstituíram *ex tunc*, como se nunca tivessem existido.

Consideramos, de outro lado, não ter havido revogação do art. 1.605, § 1º, do Código Civil, pela nova redação que a Lei do Divórcio (Lei n. 6.515, de 26/12/1977) deu ao art. 2º da Lei n. 883/49, que passou a ter a seguinte dicção: “Qualquer que seja a natureza da filiação, o direito à herança será reconhecido em igualdade de condições”.

Essa igualdade outorgada pela Lei n. 883/49 se operava nos exatos termos do âmbito de aplicação da lei, em favor dos filhos adulterinos reconhecidos depois de dissolvida a sociedade conjugal pela morte ou pela dissolução amigável ou judicial.

A igualdade dos filhos naturais reconhecidos, na constância do casamento, com os legítimos ou legitimados tem sua sede na Constituição de 1988 (art. 227, § 6º).

Tratemos agora dos filhos adulterinos.

Por mandamento expresso do art. 358, do Código Civil, era interdita o reconhecimento dos filhos adulterinos.

O Decreto-Lei n. 4.737, de 24/9/1942, assim dispôs em seu art. 1º: “O filho havido pelo cônjuge fora do matrimônio pode, depois do desquite, ser reconhecido, ou demandar que se declare sua filiação”.

Interpretaram alguns juristas que o aludido texto se referia a um filho havido por cônjuge desquitado, que, portanto, era ainda casado, pois o vínculo matrimonial subsistia, mas a sociedade conjugal já estava dissolvida. Era como se fora um filho natural, já que o filho de desquitado assim veio a ser considerado, pois se se mantinha o vínculo matrimonial, a sociedade conjugal estava extinta.

A jurisprudência, em louvável trabalho construtivo, afirmou que a dicção do Texto Legal permitia entender que se tratava de reconhecimento de filho havido ainda na vigência da sociedade conjugal, portanto adulterino, que podia ser reconhecido depois de dissolvida a sociedade pelo desquite.

Ainda a jurisprudência, prosseguindo no seu trabalho construtivo, admitiu o reconhecimento do filho adulterino, após a dissolução da sociedade conjugal, já agora pela morte.

Essa solução jurisprudencial veio a positivar-se com a Lei n. 883, de 21/10/1949, cuja formulação era a seguinte: “Dissolvida a sociedade conjugal será permitida a qualquer dos cônjuges o reconhecimento do filho havido fora do matrimônio e, ao filho, a ação para que se lhe declare filiação”.

O art. 2º, dessa Lei n. 883/49, dispunha que “o filho reconhecido nos termos desta lei, para efeitos econômicos, terá o direito, a título de amparo social, à metade da herança que vier a receber o filho legítimo ou legitimado”.

Lei posterior corrigiu o eufemismo, declarando que o filho reconhecido nos termos da Lei n. 883/49 recolhia o acervo a que estava legitimado a título de herança, e não como amparo social.

A Lei n. 7.250, de 14/11/84, acrescentou um § 2º ao art. 1º da Lei n. 883/49, determinando que “mediante sentença transitada em julgado, o filho havido fora do matrimônio poderá ser reconhecido pelo cônjuge separado de fato há mais de cinco (5) anos consecutivos”.

A Lei do Divórcio (Lei n. 6.515, de 26/12/1977) alterou dispositivos da Lei n. 883/49.

Acrescentou um parágrafo único ao art. 1º, nos seguintes termos:

“Art. 1º

Parágrafo único. Ainda na vigência do casamento, qualquer dos cônjuges poderá reconhecer o filho havido fora do matrimônio, em testamento cerrado, aprovado antes ou depois do nascimento do filho, e, nessa parte, irrevogável.”

Conferiu ao art. 2º a seguinte redação:

“Art. 2º. Qualquer que seja a natureza da filiação, o direito à herança será reconhecido em igualdade de condições.”

O art. 4º, da Lei n. 883/49, ficou concebido da seguinte maneira:

“Art. 4º. Dissolvida a sociedade conjugal do que foi condenado a prestar alimentos, quem os obteve não precisa propor ação de investigação para ser reconhecido, cabendo, porém, aos interessados o direito de impugnar a filiação.

Enfoque-se, agora, a filiação adotiva, modalidade de parentesco ficto. Em face do texto original do Código Civil Brasileiro não podia adotar quem já tivesse filhos sangüíneos.

O art. 1.605, § 2º, estipulava que ao filho adotivo, se concorresse com legítimo, superveniente à adoção (art. 368), tocaria somente metade da herança cabível a este.

Este artigo incidia na hipótese em que alguém, não tendo prole sangüínea, adotasse e, subseqüentemente, viesse a ter prole sangüínea, estabelecendo-se, assim, na sucessão do adotante, concorrência entre o filho adotivo e o sangüíneo.

A Lei n. 3.133, de 8/5/1957, tendo como *ratio legis* pretendidamente o incremento da adoção, permitiu a perfilhação a quem já tivesse prole sangüínea, dando novo teor ao art. 377, do Código Civil Brasileiro, dispondo que quando o adotante tivesse filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos, a relação de adoção não envolveria a de relação hereditária.

Essa lei possibilitou o aparecimento de situações perplexas, causadoras de controvérsia, como, por exemplo, quando concorressem à sucessão do adotante filho adotado antes da existência de prole sangüínea, e filho adotado após a existência de prole sangüínea. À luz da mencionada lei, criavam-se categorias de filhos adotivos, uns com direito sucessório (art. 1.605, § 2º, do Código Civil), outros sem direito hereditário, na conformidade da redação dada ao art. 377, pela mencionada Lei n. 3.133, de 8/5/1957.

A Lei n. 4.655, de 2/6/1965, instituiu a legitimação adotiva, hoje abolida, que integrava totalmente o legitimado na família adotante, assegurando-lhe direitos sucessórios plenos.

O Código de Menores (Lei n. 6.697, de 10/10/1979) revogou a Lei n. 4.655, de 2/6/1965, criando a adoção plena, reconhecendo integralmente direitos sucessórios ao adotado, e a adoção simples, que seguia na matéria a orientação do Código Civil, deferindo ao adotado metade do que recolhesse o filho legítimo concorrente.

A adoção da criança e do adolescente está hoje disciplinada no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069, de 13/7/1990). O art. 41 do Estatuto determina que “a adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais”.

Os filhos incestuosos, na família moderna, eram verdadeiros párias. Para sua proteção as únicas vias possíveis eram o testamento, e a eventualidade da putatividade no casamento.

A Constituição de 1988 equaliza todos os filhos, vedando qualificações discriminatórias (art. 228, § 6º). A Lei n. 7.841, de 17/10/1989, entre outras providências, no nível infraconstitucional, reiterou a equiparação entre todos os filhos.

4 VÍNCULO CONJUGAL

Deduzam-se breves considerações em torno do vínculo conjugal.

Com o advento da Lei n. 4.121/62, Estatuto Civil da Mulher Casada, assinala-se, no Brasil, o início da família moderna, inclusive do ponto de vista da relação entre os cônjuges.

Na família moderna, ainda compete ao marido a chefia da sociedade conjugal e a representação legal da família (nova redação dada ao art. 233, *caput*, e inciso I, do Código Civil). A mulher, contudo, com o casamento, assume a condição de companheira, consorte e colaboradora do marido nos encargos de família, cumprindo-lhe velar pela direção material e moral desta (nova redação do art. 240, do Código Civil, dada pela Lei do Divórcio).

Desaparecerem as limitações que, como visto acima, existiam quanto à prática de diversos atos pela mulher, para os quais se exigia a autorização marital.

Instituiu-se a figura dos bens reservados, em favor da mulher exercente de profissão lucrativa, distinta da do marido (art. 246, do Código Civil, com a redação da Lei n. 4.121/62), bens esses que ficavam excluídos da comunhão, tanto total, quanto parcial (art. 263, XII, e art. 269, do Código Civil Brasileiro, com a redação da nova lei).

Foi estabelecido o exercício conjunto do pátrio poder, abandonada a solução do exercício exclusivo pelo pai (art. 380, do Código Civil, com a redação da nova lei).

5 UNIÃO ESTÁVEL

A Constituição de 1988 reconheceu, ao lado da família conjugal, como entidade familiar, a união estável, para efeito de proteção do Estado (art. 226, § 3º).

Reconheceu, também, como entidade familiar, a família incompleta, ou seja a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (art. 226, § 4º).

A união estável é aquele estado de convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, sem vínculo de casamento.

Embora eminentes juristas não pensem assim, parece-nos que a união estável nada mais é que o concubinato *more uxorio*, o que implicitamente significa não concorrente com a família legítima.

O concubinato, no direito pátrio, viveu nitidamente três fases.

Em uma primeira fase, a ligação *more uxorio* entre um homem e uma mulher era ignorada pelo ordenamento. Não nos referimos ao concubinato concorrente com a família legítima, pois este era reprimido pelo Código Civil, ao inquirir, por exemplo, de anulável a doação do cônjuge adúltero ao seu cúmplice (art. 1.177 do Código Civil), e ao permitir à mulher reivindicar livremente os bens comuns, móveis ou imóveis, dados ou transferidos pelo marido à concubina (art. 248, inciso IV, do Código Civil).

A partir de um certo momento, a concubina passou a poder ser beneficiária das leis previdenciárias, sob o eufemismo de ser averbada como pessoa que vivia há mais de cinco (5) anos na dependência econômica do contribuinte.

Por outro lado, com a morte do locatário, a lei predial urbana lhe passou a conferir o direito de sub-rogar-se na locação residencial.

Alguns arestos reconheciam à companheira direito a alimentos.

Todas essas eram soluções ora amparadas na lei, ora no esforço jurisprudencial.

O Supremo Tribunal Federal, ao tempo em que decidia questões relativas à aplicação do Direito federal, enfocou a questão do concubinato, para fixar que “a vida em comum sob o mesmo teto, *more uxorio*, não é indispensável à caracterização do concubinato” (Súmula n. 382), “em caso de acidente do trabalho ou de transporte, a concubina tem direito de ser indenizada pela morte do amásio, se entre eles não havia impedimento para o matrimônio” (Súmula n. 35), “comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum” (Súmula n. 389), “é válida a disposição testamentária em favor de filho adúlterino do testador com sua concubina” (Súmula n. 447).

Hoje o concubinato não concorrente com a família legítima, ou seja, a união estável, está no Direito Positivo.

No plano do Direito Constitucional, para efeito de proteção do Estado, passou a ser reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento (art. 226, § 3º, da Constituição de 1988).

Quando do advento do Texto Constitucional, controverteu-se quanto à sua auto-aplicabilidade. Entendemos que a disposição era auto-aplicável, à medida que passou a considerar a união estável como espécie de entidade familiar, e à medida que a colocava sob a proteção do Estado. Ficava dependendo de regulamentação pela lei ordinária o ponto relativo

à facilitação da conversão em casamento, que, como se verá dos enunciados da Corregedoria Geral da Justiça do Estado do Rio de Janeiro, explicitados sobre a matéria, até hoje esperaria pela disciplina da lei ordinária.

A Lei n. 8.971, de 29/12/1994, publicada em 30/12/1994, veio a regular o direito a alimentos entre os companheiros, bem como os direitos sucessórios.

A referida lei assegura alimentos ao convivente, nos termos da Lei n. 5.478, de 25 de julho de 1978, desde que a convivência tenha mais de cinco anos ou exista prole havida nessa convivência, enquanto o alimentário não constituir nova união, ou contrair casamento, provada a necessidade (art. 1º), e evidentemente presente a possibilidade do alimentante, embora o Texto Legal não o diga expressamente.

A questão sucessória se define através de um usufruto legal em favor do convivente supérstite, que será da quarta parte dos bens do *de cujus*, se houver filhos deste ou filhos comuns, ou de metade do acervo se não houver filhos, ainda que remanesçam ascendentes. O usufruto se desconstituirá se o usufrutário constituir nova união ou contrair casamento.

Estatui o art. 2º, inciso III, que, na falta de descendentes ou ascendentes, o companheiro sobrevivente terá a totalidade da herança. Não nos parece se tenha pretendido eliminar a faculdade de testar do *de cujus*. O dispositivo deve ser interpretado sistematicamente com o princípio geral dominante em nosso Direito, quando regula a capacidade de testar. O legislador *plus dixit quam voluit*. Sustentamos, assim, que o convivente supérstite deve ter a sua presença considerada como a de um herdeiro necessário, respeitada eventual disposição testamentária até a metade disponível do acervo hereditário.

Quando os bens deixados forem resultado do esforço comum, o companheiro terá direito à metade desses bens.

Subseqüentemente, a Lei n. 9.287, de 10/5/1996, publicada em 13/5/1996, regulamentou o dispositivo constitucional referente à união estável.

No seu art. 1º, essa lei preceitua que é reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituição de família. Não se nos afigura razoável exigir como elemento essencial, para caracterização da união estável, o elemento anímico da intenção de constituição de família.

Essa lei estabeleceu como direitos e deveres iguais dos conviventes **a)** o respeito e consideração mútuos; **b)** assistência moral e material recíproca; **c)** guarda, sustento e educação dos filhos comuns (art. 2º).

Presumem-se frutos do trabalho e da colaboração comum, pertencentes em condomínio aos conviventes, os bens, móveis ou imóveis, por eles

adquiridos a título oneroso, na constância da união estável. Essa presunção só pode ser afastada por estipulação escrita (art. 5º), que a nosso ver pode ser instrumentalizada a qualquer momento, sendo essencial o instrumento público se na pactuação estiverem envolvidos efeitos imóveis. Salvo estipulação escrita, a administração dos bens comuns cabe a ambos os conviventes. Não se comunicam os bens adquiridos por um convivente na constância da união estável, como produto de bens existentes anteriormente à união.

Dissolvida a união estável por rescisão, ao convivente que deles necessitar serão prestados alimentos (art. 7º), naturalmente enquanto não constituir nova união ou contrair casamento.

Dissolvida pela morte, o convivente supérstite terá o direito real de habitação vitalício relativamente ao imóvel destinado a residência da família, direito que se desconstituirá na hipótese de constituição de nova união ou casamento (art. 7º, parágrafo único).

Essa lei estabeleceu que os conviventes, de comum acordo e a qualquer tempo, poderão requerer ao Oficial do Registro Civil da circunscrição de seu domicílio a conversão da união estável em casamento (art. 8º).

Toda a matéria relativa à união estável é de competência da Vara de Família, assegurado o segredo de Justiça (art. 9º).

A sucessividade dessas duas leis regulando a união estável trouxe algumas perplexidades.

O saudoso Desembargador *Paulo Roberto de Azevedo Freitas*, então Corregedor-Geral da Justiça do Estado do Rio de Janeiro, reuniu juízes de Direito das Varas Cíveis, de Família e Orfanológicas, e, depois de quatro reuniões, baixou o Aviso n. 137/96, transmitindo aos magistrados, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, os enunciados aprovados nas ditas reuniões, para fins de possível *uniformização de entendimentos dos juízes cíveis, de família e orfanológicos do Estado do Rio de Janeiro*.

Tais enunciados, em número de dez, foram publicados no *DO* de 21/8/1996, f. 16, e estão assim concebidos:

- “Enunciado 1: ‘A Lei n. 8.971/94 está ab-rogada pela Lei n. 9.278, tendo em vista que regulou inteiramente toda a matéria tratada na lei anterior (art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil)’ (maioria).
Enunciado 2: ‘É indispensável a convivência sob o mesmo teto, *more uxorio*, para caracterização da união estável’ (maioria).
Enunciado 3: ‘A circunstância de serem um ou ambos os conviventes separados de fato do respectivo cônjuge descaracteriza a estabilidade da união’.

Enunciado 4: ‘Considerando o ideal de uniformidade dos entendimentos judiciais, indica-se o prazo de cinco (5) anos, consagrado pela consciência jurídica nacional e por diversos textos legais, como critério para a configuração da convivência duradoura, salvo quando as peculiaridades de cada caso concreto recomendarem o contrário’ (maioria).

Enunciado 5: ‘O tempo decorrido para a caracterização da convivência duradoura há de ser computado desde o início da união, para efeito da concessão dos alimentos, incidindo a lei sobre as situações já em curso, quando da sua publicação e entrada em vigência’ (maioria).

Enunciado 6: ‘Os efeitos patrimoniais decorrentes da Lei n. 9.278/96 somente se verificam a partir da sua vigência, para resguardar direito adquirido na ordem jurídica anterior’ (unânime).

Enunciado 7: ‘O art. 8º da Lei n. 9.278/96 não é auto-aplicável (unânime).

Enunciado 8: ‘As ações fundadas em união estável, relativas a alimentos, são da competência das Varas de Família’ (unânime).

Enunciado 9: ‘As ações relativas a efeitos patrimoniais da união estável, distribuídas às Varas Cíveis até 10/5/96, permanecem nos respectivos juízos, aforando-se as posteriores na Vara de Família’ (unânime).

Enunciado 10: ‘As ações que versem sobre os efeitos patrimoniais decorrentes das sociedades de fato são da competência do Juízo Cível’ (unânime).”

O Governo Federal nomeou uma comissão de juristas para elaborar anteprojeto de uma nova lei sobre a união estável. O texto foi elaborado, e, ao tempo da redação do presente estudo, a matéria ainda pendia de decisão.

6 UNIÃO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO

A deputada federal *Marta Suplicy* apresentou à Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n. 1.151, de 1995, disciplinando a união civil entre pessoas do mesmo sexo.

Ela seria resultante de um contrato de união civil, visando à proteção dos direitos à propriedade, à sucessão e aos demais direitos regulados.

Não se trata de entidade familiar, pois o casamento e a união estável pressupõem necessariamente um vínculo entre pessoas de sexo diferente (art. 226, §§ 3º e 5º, da Constituição de 1988).

A união civil entre pessoas do mesmo sexo é matéria que não se põe no âmbito do Direito de Família, devendo as questões dela decorrentes ser solucionadas estritamente dentro da portada do Direito das Obrigações.

Temário II

**NOVOS PARADIGMAS PARA O DIREITO DE
FAMÍLIA**

CURATELA, INTERDIÇÃO E OS LOUCOS DE TODO GÊNERO

Marco Aurelio da S. Viana
Doutor em Direito Civil (UFMG)
Advogado em Belo Horizonte

Sumário

1. Noções introdutórias. 2. Visão moderna sobre a proteção de pessoas acometidas de transtorno mental. 3. O direito positivo pátrio. 4. A descodificação. 5. A terminologia. 6. Suportes conceituais para a disciplina legal. 7. Da incapacidade temporária.

1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

O Direito não é uma ciência estanque, independente, que exista por si só. Ele depende da experiência dos outros ramos do conhecimento humano, na abordagem da realidade extrajurídica. E é a partir das informações que lhe sejam prestadas é que essa realidade adentra à cidadela do Direito.

Os fatos sociais gravitam no mundo fático. À medida que refletem no tráfico social, criando pontos de estrangulamento do seu fluxo normal, o Direito é convocado a dar tegumento jurídico às situações pré-normativas, submetidas, então, a um processo de *qualificação*. A regulamentação decorre da necessidade de se estabelecer a *coexistência das liberdades particulares*.¹ Com isso temos a *previsibilidade da conduta alheia* que leva à *segurança*, e permite que haja estabilidade.

A esse respeito tivemos oportunidade de dizer que

“o *jurídico* é uma das diversas formas capazes de definir o comportamento dos homens entre si, que se destaca pelo cunho do

1 RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*, v. 1, p. 22.

inexorável e do impositivo, dispendo de sanção mais efetiva. O *jurídico* sustenta a *ordem*, pois as normas que impõe permitem a integração do homem na sociedade de tal forma que, inibindo a violação da esfera de interesses dos outros membros, que levaria a uma zona de turbulência, evita o desequilíbrio e a perda da harmonia. E esses dois fatores decorrem da *ordem*, são fundamentais para a vida em sociedade, indispensável ao ser humano. Assim, o Direito permite a convivência social e depende da sociedade para existir, pois, como já encarecemos, o homem que vive sozinho não reclama regras para limitar sua atuação.”²

As noções lançadas visam demonstrar que a disciplina que se pretenda para a curatela e a interdição passa necessariamente pelos elementos que nos possam fornecer as ciências *psis*. Em verdade, a loucura tem interesse para o Direito porque é o elemento determinante para o instituto da *capacidade*. Sabemos que a *vontade* é o impulso criador do negócio jurídico, seu elemento específico. Ela é exteriorizada visando conseqüências jurídicas, observado o território traçado pela norma legal, que ampara e sustenta.³ O movimento volitivo deve existir e funcionar normalmente.⁴ A pessoa dita louca tem sua vontade prejudicada e sua atuação no comércio jurídico pode ser desastrosa. Sua ação pode perturbar a vida social. É por isso que ele tem tratamento diferenciado dos demais cidadãos. Sob a ótica do Direito Penal ele é inimputável. No território do Direito Civil ele é incapaz para a prática dos atos da vida civil.

Sabemos que a capacidade de direito reclama apenas a condição de existência da pessoa, é comum a todos os sujeitos de direito e nasce com a personalidade.⁵ A capacidade de fato não corresponde a todos os que podem ter direitos, porque exige uma determinada aptidão espiritual: a aptidão necessária para formar volições (*capacidade volitiva*).⁶

Por isso é que já deixamos escrito que

“a capacidade de fato pressupõe a capacidade de querer, correspondendo, por isso, em maior ou menor medida aos sujeitos,

2 VIANA, Marco Aurelio da S. *Curso de direito civil* (Parte Geral), v. 1, p. 20.

3 VIANA, Marco Aurelio da S. *Op. cit.*, p. 197.

4 BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*, p. 216.

5 PUGLIATTI. *Introducción*, p. 129.

6 OERTMANN. *Introducción*, p. 51.

segundo as condições particulares nas quais eles se encontram: condições de fato às quais o ordenamento jurídico assinala eficácia de pressuposto ou de limite da capacidade de exercício. Envolve as condições legais necessárias à validade da efetivação de um ato.

A limitação ao exercício dos direitos está vinculada ao estado da pessoa, gerando as incapacidades que inibem a atuação do sujeito, por ato próprio, na órbita do direito.⁷

A nosso ver, contudo, não basta afastar o louco da vida social, preservando o comércio jurídico, mas preservá-lo como ser humano, assegurando-lhe a cidadania.

2 VISÃO MODERNA SOBRE A PROTEÇÃO DE PESSOAS ACOMETIDAS DE TRANSTORNO MENTAL

Modernamente está sendo revista a noção clássica do tratamento dos chamados loucos. A Psiquiatria e a Psicanálise evoluíram, o que se supõe. O documento de 17/12/91 da ONU (*A Proteção de Pessoas Acometidas de Transtorno Mental e Melhoria de Assistência à Saúde Mental*) recomenda que não se procedam a internações psiquiátricas involuntárias, e as ciências *psis* questionam a pretendida inferioridade do denominado louco. Na Itália, temos a Lei Brassaglia, que abre as portas dos hospícios. É capítulo importante no estudo das experiências no tratamento dos chamados doentes mentais. Em verdade, é mais fácil retirar o doente da vida social, ainda que isso signifique sua exclusão.

Não percamos de vista que a interdição implica em exclusão jurídica do interditado.

É possível até mesmo questionar se o fato de catalogar um ser humano como portador de uma doença mental é o bastante para considerá-lo incapaz para os atos da vida civil. Os casos do Juiz *Schreber* e do filósofo *Louis Althusser* autorizam colocar em dúvida a vinculação.

Nesse novo panorama, em que se dá maior dimensão à dignidade da pessoa humana – a Constituição Federal de 1988 fez opção clara nesse sentido, quando disciplina a família, o menor e o idoso –, a regulamentação

7 VIANA, Marco Aurelio da S. *Da pessoa natural*, p. 44.

da curatela e da interdição exige um tratamento novo, em que não se exclua apenas o chamado louco da vida social, mas que se busque tratá-lo de forma conveniente, ensejando sua reintegração na sociedade e na vida familiar.

3 O DIREITO POSITIVO PÁTRIO

No campo legislativo, o Brasil dispõe do Código Civil, do Decreto n. 24.559/34 (dispõe a respeito da profilaxia mental, a assistência e a proteção da pessoa e bens do psicopata) e o Decreto-Lei n. 891/38, voltado para os toxicômanos e intoxicados por bebidas alcoólicas.

O Decreto n. 24.559/34 leva à exclusão do doente da vida em sociedades, estabelecendo o seu isolamento em hospital psiquiátrico como forma de tratamento. Excluído socialmente ele se torna um excluído jurídico, o que decorre da interdição. Acaba por ficar excluído da vida familiar, do trabalho; sofre exclusão no processo educacional e terapêutico, porque fica relegado ao hospital psiquiátrico.

O modelo brasileiro, em se considerando os apontamentos que levantamos até agora, está ultrapassado. Ele soluciona o problema da família, que se livra do estorvo de cuidar do doente, e da sociedade, que o isola em um hospício, sem dele cuidar ou recuperar. Em verdade, em matéria de respeito ao ser humano, os nossos doentes mentais e nossos presos não são tratados sequer com um mínimo de dignidade.

Nessa linha, o primeiro passo a se tomar é estabelecermos uma política nessa área. Como devemos cuidar dos nossos loucos? Continuaremos a deixá-los isolados, como trapos humanos, ou desenvolveremos esforços para reintegrá-los no comércio social?

Se resposta foi favorável ao doente mental a disciplina do instituto da curatela deverá se fazer em molde diferente daquele que conhecemos atualmente.

4 A DESCODIFICAÇÃO

Necessário se faz, antes de mais nada, estabelecermos como se fará a disciplina do Direito de Família.

Ele será regulamentado no Código Civil, ou devemos elaborar um Código de Família. Isso envolve, naturalmente, discussão a respeito da descodificação do Direito Civil.

A nosso ver, o Direito de Família apresenta perfil perfeitamente definido e próprio, que o coloca em posição peculiar. As relações são dinâmicas por natureza. Suas normas reclamam uma flexibilidade que não se coaduna com a idéia de codificação até agora em vigor. Basta notarmos que o Código Civil deixou de ser a lei básica em matéria de Direito de Família, lugar ocupado pela Lei Maior. Observa-se, ainda, um certo pudor em se modificar o Código Civil. Basta termos em mente que há um Projeto se arrastando desde 1972...

É importante, ainda, mesmo que não se adote um Código de Família, que as normas legais sejam mais amplas, abrangentes, de forma a permitir que sua interpretação siga as transformações sociais. Uma lei não se faz para o presente, mas essencialmente para o futuro. E para que ela não fique em mora com os fatos é importante que se discipline de forma menos rígida, permitindo que sua interpretação acompanhe o amanhã.

5 A TERMINOLOGIA

Um outro ponto que não se pode esquecer está vinculado à técnica legislativa, onde a terminologia é fundamental. E tão importante quanto ela é saber exprimir com fidelidade o fim que se persegue. O estudo da curatela e do processo de interdição revela que se tem dado muita ênfase à terminologia que devemos empregar: o diploma civil fala em *loucos de todo gênero*; o Decreto n. 34.559/34 prefere utilizar o vocábulo *psicopata*; o diploma processual civil refere-se ao portador de *anomalia psíquica*. Todos esses textos cuidam, no entanto, da mesma realidade: da tutela da pessoa incapaz de reger sua pessoa e bens.

O ser humano é afastado do comércio jurídico porque não dispõe de capacidade volitiva. O pressuposto fático da curatela é a incapacidade, e o jurídico é a decisão judicial (*Caio Mário da Silva Pereira*). Por isso, a nosso ver, é estéril a discussão que se arrasta em torno da nomenclatura adequada. O que o Código de Família, ou o Código Civil devem fazer é apenas estatuir que ficam sujeitos à curatela todos aqueles que não estão em condições de dirigir sua pessoa ou administrar os seus bens. No processo de interdição se faria a avaliação dos fatos, examinando-se os motivos de ordem patológica ou acidental, congênita ou adquirida, que prejudicam a capacidade volitiva. Com isso evitaremos essa vinculação equivocada que se faz entre a doença mental e a aptidão para participar do comércio jurídico. Mesmo sob a égide

do Código Civil em vigor é errado concluirmos que o simples fato de uma pessoa apresentar qualquer problema mental esteja automaticamente incapacitada de fato. É indispensável que reste provado de forma cabal que o portador dessa ou daquela doença mental é, por isso, também incapaz. Já citamos dois exemplos clássicos a esse respeito.

6 SUPORTES CONCEITUAIS PARA A DISCIPLINA LEGAL

Reunindo os elementos que colhemos no correr do presente trabalho, é possível chegarmos a algumas conclusões importantes para uma disciplina moderna da curatela e do processo de interdição.

Inicialmente não devemos perder de vista que não se trata apenas de nomear um curador, e alijar o interditado da vida social. O que se reclama é bem mais do que isso.

O incapaz não pode ficar excluído da vida familiar, social e jurídica. Ele deve ser tratado como ser humano titular do direito à cidadania. No processo de interdição é fundamental que se trace um quadro de sua doença e de como tratá-la, impondo-se essa obrigação ao curador. Com isso fica afastada a visão clássica de atuação do curador, que nada mais faz do que representar o incapaz, sem considerá-lo como ser humano. É lógico que o tratamento deve ser suportado pelo Estado. E esse seja talvez o ponto mais difícil de se vencer, pois a saúde, no Brasil, não merece maior atenção do Poder Público...

A interdição deve ser orientada no sentido de se apurar realmente o grau de incapacidade da pessoa, independentemente da doença que tenha acometido o interditado. Não é bastante que o laudo diga que ele é portador dessa ou daquela anomalia psíquica, mas que esclareça se ele, apesar disso, ou por isso, está ou não em condições de reger sua vida.

O processo deve contar com um grupo interdisciplinar, formado por pessoas ligadas a essa área, entre eles assistente social, psiquiatra, psicólogo e outros profissionais – isso deve ser objeto de exame apurado –, que avaliará a situação do interditado e dirá se ele é incapaz, em que grau, e quais as medidas que devem ser tomadas. O juiz, a partir das conclusões que lhe forem oferecidas, irá graduar a interdição. Com um grupo de profissionais estudando a situação do interditado haverá maior segurança para que venha sentença adequada.

Encerrado o processamento da interdição, caberá ao Ministério Público acompanhar o caso, exigindo que, ao lado da prestação de contas, se necessária, se faça prova de que o interditado está sendo tratado. E sob a orientação do Ministério Público se fará reavaliação das condições do interditado, para que se possa aquilatar se é possível sua reintegração na vida social e em que medida. Se ele teve melhora no seu estado geral talvez seja possível permitir que atue diretamente em determinados setores. Com isso, o portador da anomalia será valorizado como ser humano, não se sentirá um excluído, mas perceberá que vive uma situação circunstancial. Ele saberá que dispõe de um amanhã.

Obviamente que a disciplina do instituto reclama o enfoque de outros pontos. Mas o que nos interessa, nos limites do presente trabalho, é despertar os pontos cruciais desse processo, que estão a exigir transformações, porque a interdição não pode ser considerada uma situação irreversível, nem o interditado um estorvo.

7 DA INCAPACIDADE TEMPORÁRIA

Não é possível encerrar o nosso estudo sem deixar uma palavra a respeito de certas situações de fato, que reclamam solução pronta, mas que não mereceram a devida atenção do Direito.

Falamos daquelas pessoas que se vêm repentinamente impossibilitadas de reger a própria pessoa, embora não se possa dizer que sejam incapazes a reclamar processo de interdição. Referimo-nos àqueles que são surpreendidos por um desastre automobilístico, por exemplo. É possível que o seu estado importe em impossibilidade momentânea para os atos da vida civil. Muitas vezes sequer pode manifestar sua vontade para permitir a outorga de procuração a um familiar. A mulher, os filhos, no entanto, continuam a viver normalmente. Temos as despesas normais, que ficam prejudicadas porque a mulher não pode movimentar a conta bancária, receber os salários, enfim, todos os atos que o marido e pai praticava antes. Em uma tal contingência devem existir mecanismos jurídicos que permitam solução pronta, autorizando a mulher, por exemplo, a praticar os atos ordinários de administração, entre eles movimentar a conta bancária, receber salário, benefício previdenciário etc.

Temos conhecimento de um caso, envolvendo um senhor idoso, acometido de problema cardíaco, que foi internado em CTI. Ocorre que o período de tempo que o plano de saúde cobria nesse setor foi ultrapassado.

O plano de saúde propôs, então, que fosse prorrogado o contrato, o que permitiria sua permanência naquela unidade hospitalar. Ocorre que ele não tinha como manifestar sua vontade. Isso impedia a lavratura de procuração a rogo. Seria o caso de se abrir um processo de interdição? Os fatos indicaram que não, porque dias depois ele estava restabelecido.

Entendemos que situações como essa, que não ocasionais, mas frequentes, devem merecer previsão legal. A sugestão que deixamos é no sentido de o juiz autorizar os atos necessários, mediante prova do ocorrido, o que virá em laudo firmado pelos médicos que atendem o paciente, que demonstrarão de forma circunstanciada o estado do doente, a demora de sua recuperação, a impossibilidade de ele praticar os atos reclamados. Se o estado de coisas persistir, e a pessoa não se restabelecer, o processo será transformado em interdição, processada na forma do diploma processual civil.

PARA UMA NOVA HERMENÊUTICA DOS INTERVALOS LÚCIDOS

Julio Alberto Díaz

Doutor em Direito Civil

Mestre em Direito Empresarial

Estabelece o Código que são absolutamente incapazes *os loucos de todo o gênero*”, expressão unanimemente criticada, pois a loucura está contida nas noções de alienação ou insanidade mental, que são mais amplas e que teriam resultado mais adequado para o caso.

Apesar de tradicional, o termo já tinha sofrido a censura dos mais prestigiados juristas, bem antes da sanção do Código. Assim, em 1884, *Tobías Barreto* doutrinava:

“A expressão sintética – loucos de todo o gênero –, conquanto simples e clara, larga e fecunda em sua simplicidade, não é todavia bastante compreensiva para abranger a totalidade, não só dos que padecem de qualquer desarranjo no mecanismo da consciência, como também dos que deixaram de atingir, por algum vício orgânico, o desenvolvimento normal das funções, ditas espirituais.”¹

O Código Civil napoleônico (art. 489) fazia referência à “mania”, “demência” ou “imbecilidade”,² expressões nas quais parecia esgotada a

1 BARRETO, Tobías. Menores e loucos. *Apud* MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954, p. 361.

2 Art.489: “*Le majeur qui est dans un état habituel d'imbecilité, de démence ou de fureur, doit être interdit, même lorsque cet état présente des intervalles lucides*”.

A reforma de 1968 substituiu essas expressões pela mais ampla e genérica “problemas mentais”, que evita o comprometimento do juiz em controvérsias científicas, e o coloca ao abrigo da necessidade de uma permanente atualização que acompanhe a evolução da ciência psiquiátrica na matéria.

Na mesma linha o Código Civil espanhol alterou, em 1983, a redação de seu art. 200, que fazia referência à loucura, demência e surdo-mudez. A nova redação estabelece: “*Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma*”. A respeito da mudança, opina Díez-Picazo: “*El cambio legislativo es laudable en tanto se evitan los problemas que surgieron con anterioridad, en los que si bien existía una enfermedad mental, por ejemplo, no encajaba en los estrechos términos de 'locura o demencia'. Sin embargo,*

enumeração das doenças mentais, de acordo com a classificação feita pelo francês *Philip Pinel*, posteriormente ratificada por outro grande especialista, da mesma nacionalidade, *Jean Esquirol*.

Freitas, que sem dúvida conhecia a classificação, consagrou-a no art. 79 de seu Esboço, sem advertir que o próprio *Esquirol*, em 1838, tinha publicado outro artigo em que abandonava o referido critério.

O termo a utilizar é fundamental porque, sendo a enumeração do art. 5º, taxativa, à medida que “a capacidade é a regra e a incapacidade a exceção”, era necessário procurar uma fórmula suficientemente ampla como para alcançar todas as perturbações mentais, de gravidade tal, que impossibilitassem a autoproteção da pessoa ou prejudicassem sua idoneidade para administrar bens.

A expressão empregada pelo legislador brasileiro parece contemplar, exclusivamente, os casos de perturbação geral das faculdades mentais, e não quando o sujeito, por exemplo, carece da livre determinação de sua vontade apenas em determinadas direções (idéias fixas, manias ou estados análogos). Em tal situação o negócio poderá, eventualmente, ser atacado por vício da vontade, mas sem que isso implique uma incapacidade geral.³

A idade avançada não é causa suficiente por si só para incapacitar o idoso. O enfraquecimento do seu psiquismo não é sinal de alteração mental, mas expressão da normalidade própria de sua idade. A interdição procederá apenas nos casos de demência senil.

Uma doutrina tradicional estabelece que a doença mental deve, necessariamente, revelar a inaptidão para administrar seus bens. A rigor, o aspecto patrimonial não é exclusivo, pois deve-se considerar também a conduta geral do sujeito, por exemplo, nas suas relações de família.

Nesse sentido, *Oertmann* cita o caso do rico que, alucinado pela idéia de uma pobreza iminente, passa fome e obriga sua família a passar fome com ele. Em tal caso, afirma o prestigiado jurista, obviamente, pode ser interdito apesar de sua particular aptidão para administrar bens.⁴

tiene el peligro, como toda norma muy abierta en su supuesto de hecho, de la inseguridad por la falta de uniformidad en su aplicación” (Sistema de derecho civil. Madrid: Tecnos, 1994, p. 258).

3 Cf. von THUR. *Derecho civil*. Buenos Aires: Depalma, p. 53. “*Cuando una persona, a pesar de una idea fija, cuida del conjunto de sus asuntos de modo satisfactorio, no puede tenérsela por incapaz de obrar, ni cabe declarar nulos todos los negocios por ella contraídos, ni tampoco declarar válido un negocio aislado, que se base en la idea fija y que acaso sea completamente insensato.*” ENNECCERUS. *Tratado de derecho civil*. Barcelona: Bosh, p. 378.

4 *Introducción al derecho civil*, p. 68.

Destacados doutrinadores defendem a idéia de não ser suficiente a existência da doença mental, na medida em que não se trata da simples constatação de um estado de insanidade “biológica”, mas de incapacidade para a vida jurídica. O estado de alienação constituiria apenas um pressuposto da interdição, não seu exclusivo fundamento.⁵

Duas seriam, em conseqüência, as condições gerais para a incapacitação: a) que o sujeito seja alienado mental, com o alcance descrito (base biológica); b) que a doença provoque a inaptidão do sujeito para reger-se a si próprio ou administrar seus negócios (base jurídica). Ambas condições são, conjuntamente, indispensáveis para a decretação da interdição. Qualquer uma delas que faltar tornará a ação improcedente.

A doença deve ser grave. A inteligência limitada, ou o escasso desenvolvimento mental que não alcança a entrar nas fronteiras do patológico, resulta insuficiente para justificar a incapacidade. A perturbação deve afetar, de tal forma, a capacidade de juízo ou a formação da vontade, que não seja possível esperar do sujeito apreciações ou ajuizamentos normais, nem uma clara consciência da natureza de seus atos.

Deve ser atual. O pedido de interdição não pode estar baseado num estado de alienação cuja existência, eventualmente, pudesse ser constatada, mas de cuja persistência já não se revelam signos exteriores. Do mesmo modo, a previsibilidade do desequilíbrio mental, sua iminência para o futuro próximo, ainda que prognosticada como inevitável pela Medicina, não constitui fundamentação suficiente.

Deve ser habitual, ordinária, duradoura. As perturbações simplesmente passageiras, os delírios intermitentes, ainda que graves, não constituem condições bastantes para a interdição.

Deve se distinguir, porém, a habitualidade, da constância ou continuidade absoluta. A primeira está referida à existência e, fundamentalmente, à subsistência intrínseca da doença, enquanto que, a segunda, encontra-se relacionada com as suas manifestações. Poderia, por exemplo, a perturbação sofrer atenuações ou intermitências de modo a caracterizar a descontinuidade e, não obstante, a doença permanecer nas condições exigidas pela lei.

A habitualidade também não deve ser identificada com a irreversibilidade. É suficiente uma perspectiva razoável de continuidade que permita descartar a patologia puramente acidental. Não resulta imprescindível que a doença venha sendo sofrida durante muito tempo, mas que indique persis-

5 Cf. ORGAZ. *Personas individuales*. Córdoba: Assandri, 1961, p. 309.

tência para o futuro, pelo menos por um tempo proporcional ao que deve durar o processo de interdição.

Nesse sentido, a previsão ou projeção temporal futura pode adquirir maior relevância que a preexistência do estado de alienação mental. Com efeito, um súbito acidente, por exemplo, poderia provocar a demência que, por não ser preexistente, dificilmente poderia ser caracterizada como habitual, mas que, em função do prognóstico de permanência, torna justificável a decretação da incapacidade.

O Código, quando enuncia os *loucos de todo o gênero*, não especifica se deve tratar-se de alienados sujeitos à interdição judicial. Não obstante, o entendimento geral é que ainda que o sujeito não estivesse declarado legalmente incapaz, teria direito ao amparo jurídico. Nesse sentido, a inexistência da interdição não obstará à declaração de nulidade dos atos praticados se a demência fosse notória, pública, evidente, pois haveria imprudência manifesta (ou até má-fé) em quem contrata com um deficiente mental.⁶

A notoriedade⁷ da doença, no seu sentido técnico, exige que, pela evidência de suas manifestações para qualquer observador, tenha transbordado o estreito círculo familiar, estendendo-se aos vizinhos, a suas relações, etc.⁸

Não é necessário provar que o co-contratante, em particular, sabia da alienação do sujeito. Do mesmo modo, demonstrado o conhecimento específico daquele, torna-se irrelevante evidenciar, ou não, a notoriedade da alteração das faculdades mentais deste. Obviamente, quem contrata com um incapaz, conhecendo essa circunstância, não pode estar em melhor situação que aquele que simplesmente *devia saber porque todo mundo sabia*.

A dúvida pode surgir no caso em que o terceiro consiga provar que ele, em particular, por razões especiais (porque tinha acabado de chegar na cidade, ou porque contratou à distância, etc.) não sabia, nem tinha como saber, da incapacidade do sujeito, apesar de *que todo mundo sabia*.

6 Cf. DE PAGE. *Traité élémentaire de droit civil belge*. Bruxelles: Bruylant, 1948, t. 2., p. 335.

7 “Notório tanto pode ser aquilo que é geralmente sabido, como aquilo que é de *per se* evidente...A demência pode ser evidente porque o demente dá mostras bem claras dela e, contudo, não ser geralmente conhecida. É o caso de o demente viver dentro de um limitado círculo de pessoas que não divulguem o facto. A demência será evidente, por hipótese, mas só essas pessoas a conhecem. Por outro lado, a demência pode ser geralmente conhecida e não ser evidente. É o caso de o demente raras vezes dar sinais da sua anomalia e, no entanto, as pessoas que com ele convivem espalharem o facto, que por isso mesmo se torna geralmente conhecido.” DOMINGUES de ANDRADE. *Teoria geral da relação jurídica*. Coimbra: Medina, 1992, p. 89.

8 Obviamente, a doença não poderá ser considerada “notória” se a sua constatação exige qualquer forma de perícia médica.

Tenho a impressão que o raciocínio deve ser o seguinte. A notoriedade da doença é um elemento que opera como balanceador para garantir a segurança jurídica em relação aos terceiros de boa-fé. Nesse sentido, se esse elemento, por circunstâncias especiais, não cumpriu seu papel com particular referência a esse sujeito, pouco interessa sua eventual efetividade em relação a todos os demais.

Também poder-se-á invocar a nulidade do ato, ainda que a doença não seja evidente, se ficar provado que, no momento da celebração do ato, o sujeito padecia da afeição que turbava suas faculdades intelectuais. Em outras palavras, é preciso destruir a presunção de sanidade.

A prova de que a pessoa carecia de discernimento no instante da celebração do ato é quase impossível (salvo que resulte do próprio ato celebrado), razão pela qual, deverá se admitir a constatação da insanidade *à época* em que o ato foi praticado. Nesse sentido, a jurisprudência conforma-se com a presunção que resulta do fato de o sujeito se achar num estado quase inalterável de demência no período anterior e posterior à celebração do ato.

Neste caso, porém, poderá o terceiro evidenciar que o ato foi praticado em *intervalo lúcido*, ou que não resultou prejudicial ao insano, ou que suas cláusulas eram razoáveis, com o que poderia provar sua boa-fé, excluindo, desse modo, a justiça da anulação.

O Código Civil Brasileiro não parece dispensar qualquer proteção aos terceiros que, burlados na sua boa-fé, contrataram com o incapaz. Não obstante, uma razão de elementar prudência obriga a tentar conciliar os interesses do alienado com os da segurança no tráfico jurídico, razão pela qual consideramos de rigorosa aplicação os princípios expostos.⁹

Nesse sentido, dispõe o Código Civil argentino, “...*Si la demencia no era notoria, la nulidad no puede hacerse valer, haya habido o no sentencia de incapacidad, contra contratantes de buena fe y a título oneroso.*” (art. 473)

Obviamente, se quem contratou com o doente conhecia a existência da insanidade, ou se o ato foi a título gratuito, poderá este ser anulado apesar da ausência de notoriedade da doença. A ciência do desequilíbrio mental destrói a boa-fé do terceiro e, a gratuidade do ato, torna irrelevante a comprovação da boa-fé.

9 Diverge o sistema italiano, que exige má-fé. Essa exigência representa uma atenuação em favor da contraparte, um limite à possibilidade de impugnação, *en el sentido de que si la contraparte procedía de buena fe, esto es, en la ignorancia del estado de incapacidad natural de obrar del otro contratante, el contrato queda íntegro.* MESSINEO. *Manual de derecho civil y comercial.* Buenos Aires: Ejea, 1954, p. 115.

A incapacidade dos “loucos de todo gênero” é uma incapacidade natural, que surge da própria doença e não da sua declaração judicial. Esta, porém, só produz efeitos em relação ao futuro. Os atos anteriores à sentença não resultam invalidados por ela, nem sequer os celebrados com posterioridade ao início do processo de interdição. Para tentar sua anulação deverá apelar-se aos meios e nas condições já explicadas. Em outras palavras, o ato poderá ser anulado porque o sujeito era *louco*, não por se tratar de incapaz declarado.

A diferença, para os atos posteriores à sentença, é que a prova da demência resulta desnecessária, pois esta já foi formalmente demonstrada no processo de interdição. Uma vez decretada, a nulidade surge como consequência natural da força da sentença. Há uma presunção absoluta e incontestável da existência da alienação a partir do pronunciamento do magistrado. A força da declaração é de tal intensidade que, “mesmo cessada a causa da interdição, enquanto não suspensa esteja esta, nulo será o ato praticado pelo interdito, embora não mais alienado.”¹⁰

Também será de transcendência em relação aos “intervalos lúcidos”. Havendo interdição carece de importância se o fato foi praticado ou não em período de lucidez mental, pois criou-se uma presunção *iuris et de iure* em relação ao seu estado. Pelo contrário, se o sujeito não é interdito e o ato foi praticado durante um intervalo lúcido, resultará plenamente eficaz.¹¹

O conceito de *intervalo lúcido* é de natureza jurídica, não clínica. Consiste na suspensão absoluta, mas temporária, das manifestações do desequilíbrio psíquico. *D’Aguesseau* o definia “não como um crepúsculo que junta o dia à noite, mas uma luz perfeita, um resplendor vivo e contínuo, um dia pleno e inteiro que separa duas noites”.

O processo psicopático cessa, ainda que possa ressurgir. Há um período de sanidade mental entre um e outro quadro patológico. Por tratar-se, insistimos, de um conceito jurídico e não próprio da ciência médica (ainda que sua determinação seja biológica-jurídica), deverá obedecer-se à significação que séculos de tradição jurídica lhe impõem.

Nesse sentido, não haverá intervalo lúcido quando a lucidez coexista com a doença, como acontece em algumas patologias nas quais o sujeito conserva, de modo habitual, a lucidez. Tampouco quando exista uma mera atenuação dos efeitos da doença.

10 CARVALHO SANTOS. *Código Civil brasileiro interpretado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, p. 263.

11 Cf. CIFUENTES, Santos. *Elementos de derecho civil*. Buenos Aires: Astres, 1988, p. 85.

A significação dos intervalos lúcidos se traduz na virtualidade que possuem para atribuir plena eficácia aos atos celebrados pelo alienado durante sua vigência.

A doutrina pátria, unanimemente, lhe desconhece qualquer valor por considerá-lo um elemento banido do sistema em razão da segurança jurídica.

O raciocínio parte da idéia equivocada da atribuição de um sentido desmesurado à eliminação do termo no texto do Código Civil. As Ordenações Filipinas, no Livro 4º, Tít. 81, prescrevia:

“O varão menor de quatorze anos ou a fêmea menor de doze, não podem fazer testamento, nem o furioso; porém, se não tiver o furor contínuo, mas por luas, ou *dilúcidos intervalos*, valerá o testamento que fez estando quieto, e fora do furor, constando disso claramente.”

A autorizada opinião de *Carlos Maximiliano* é forte indício do sentido atribuído à expressão pela doutrina, em geral. Vejamos:

“A idéia de ‘lúcido intervalo’ constitui um erro de pelo menos vinte e quatro séculos. Nasceu da concepção teológica das doenças mentais: tratava-se de possessos do demônio, ou alienados da alma. Como só esta pensava, não se admitia desvio do pensamento por moléstia do corpo: o *intervalo* era aquele em que o diabo se ausentava, deixava em paz o ente humano. Nenhum louco fica verdadeiramente *normal* durante tais remissões.”¹²

Interpretamos, porém, que o conceito continua de total utilidade e aplicação nos casos dos alienados não interditos.

A expressão “*intervalo lúcido*” não pode ter, no âmbito jurídico, a mesma significação que na Psiquiatria, onde, por outra parte, já não é mais utilizada. A indagação deve ser orientada no sentido de determinar a voluntariedade, ou não, do ato. A prova do intervalo lúcido não resultará, em consequência, exclusivamente, nem sequer fundamentalmente, da perícia médica. Será suficiente, por exemplo, comprovar que o ato está de acordo com as necessidades, com a verossimilhança dos vínculos afetivos ou interesses do agente, com anteriores manifestações de vontade, etc. para presumir a voluntariedade da celebração do negócio.

12 MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954, p. 319.

Não há qualquer contradição entre o valor superlativo da perícia, para a decretação da interdição e o reconhecimento da autonomia do juiz para julgar da existência, ou não, do intervalo lúcido. Com efeito, no primeiro caso, trata-se de um estado *habitual*, ou de saúde e, no segundo, da simples determinação do caráter voluntário de um ato em concreto.

É preciso enfatizar que a alteração mental a que o Código faz referência deve ser de tipo permanente.¹³ Não há no sistema pátrio qualquer possibilidade de anulação dos atos praticados em estado de alteração mental passageira ou acidental, como existe no Código Civil português (art. 257), no argentino (art. 1.045), ou no espanhol (art. 663).

Caio Mário parece admitir essa possibilidade, mas invoca doutrina alemã, onde expressamente está prevista a incapacidade derivada não só de estados permanentes de inconsciência, mas também de estados transitórios de perturbação das faculdades psíquicas (§ 105). Pensamos, porém, ser diferente o nosso sistema.

O art. 1.627 do Código Civil resulta útil para provar nossa asserção. Com efeito, estabelece a referida norma:

“São incapazes de testar:

- I – Os menores de dezesseis anos.
- II – Os loucos de todo o gênero.
- III – Os que, ao testar, não estejam em seu perfeito juízo.
- IV – Os surdos-mudos que não puderem manifestar a sua vontade.”

Resulta forçoso concluir que, se a possibilidade de anulação por inconsciência transitória fosse de caráter geral para todos os atos, não teria o legislador considerado necessário estabelecer, em particular, para os testamentos, a exigência do *perfeito juízo* no momento do ato. Esta circunstância evidencia que, apenas nos atos de última vontade, a lei cuida do discernimento particularizado no momento da celebração.

Isso significa que para declarar nulo um testamento por incapacidade mental do testador não é preciso a declaração de demência, nem sequer provar que ele estava *louco*, no sentido estrito, apenas demonstrar que não estava *em seu perfeito juízo*.

¹³ Cf. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1927, p. 176.

Essa orientação possui a saudável vantagem de sanear o ambiente em que, às vezes, se desenvolvem os últimos dias das pessoas que se encontram em estado de declínio mental, sem atingir uma alienação definida. Paralelamente, traz o violento resultado de que, se no mesmo dia e ao mesmo tempo, o sujeito celebra uma venda e um legado, o primeiro ato poderia subsistir, enquanto que o segundo poderia ser anulado, ainda que o estado mental fosse idêntico.¹⁴

As razões de segurança jurídica já não incidem, à medida que se trata de atos a título gratuito.

A doutrina tradicional é coincidente ao afirmar que o exercício das faculdades intelectuais deve exigir-se com mais rigor nas disposições gratuitas do que nos atos a título oneroso. Nesse sentido, *Carlos Maximiliano* não duvida em lecionar que:

“É necessária mais clara, menos contestável saúde mental naquele que transmite bens generosamente, por meio de um ato de última vontade: ele não recebe compensações por aquilo de que priva a sua família, e é, por isso, mais assediado pela intriga e a cobiça; não está vigilante como quando negocia, quando se compromete em obrigações recíprocas; depois, quanto a estas, o próprio interessado evita o risco decorrente do contrato com um incapaz.”¹⁵

Excepcionalmente, após a morte do sujeito, ainda poder-se-á tentar a declaração de nulidade do ato: **a)** quando a interdição já tivesse sido proposta antes do falecimento; ou seja, quando este tenha acontecido durante o processo; **b)** quando a prova da demência surja do próprio ato; **c)** em se tratando de atos a título gratuito; **d)** quando for evidenciada a má-fé de quem contratou com o alienado.¹⁶

A limitação obedece à desconfiança de que os herdeiros, pretendendo subtrair-se ao cumprimento das obrigações do *de cuius*, promovam freqüentes litígios colocando em dúvida o estado mental deste, em circunstâncias que, pelo próprio falecimento, resultaria excessivamente difícil qualquer prova a respeito.

14 Cf. LLAMBIAS. *Tratado de derecho civil*. Buenos Aires: Perrot, 1973, p. 515.

15 MAXIMILIANO, Carlos. *Op. cit.*, p. 314.

16 Cf. JOSSERAND. *Cours de droit civil français*. Paris, 1930, p. 397; COLIN et CAPITANT. *Traité de droit civil*, p. 1.018; DE PAGE. *Op. cit.*, p. 337; DE RUGGIERO. *Instituições de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1957, v. 1, p. 395.

Domingues de Andrade destaca duas razões que justificam a restrição:

“Por um lado, julga-se suspeita, duvidosa, pouco séria, a pretensão dos herdeiros que só depois da morte do suposto demente se lembram de contestar a inteireza de suas faculdades mentais. Por outro lado, pensa-se criar com isto um forte incentivo a que os parentes do demente requeiram a sua interdição.”¹⁷

O princípio geral é o da estabilidade dos atos após a morte dos celebrantes, como meio de preservar os negócios em que, ainda que pudesse resultar duvidosa a voluntariedade do outorgante, também o seria a prova que, eventualmente, fosse produzida.

Nessas circunstâncias, parece prudente manter a validade do ato. Essa solução resulta coerente com a presunção de sanidade atribuível a quem nunca foi questionado em vida. Por esse motivo, o início do processo de interdição justifica a revisibilidade dos atos celebrados com posterioridade à denúncia no pretório.

A regra não prevalece em relação aos testamentos em razão de que, por não se tratar de atos bilaterais onerosos, facilita-se a anulação “porque na feitura dele não entra em jogo o duplo e recíproco interesse e são, por isso, mais comuns a sedução e a insídia, visando o débil e o apaixonado”.¹⁸

A segunda exceção justifica-se plenamente por constituir, o negócio atacado, a própria prova da irracionalidade alegada. A natureza do ato, a incoerência de suas cláusulas, ou outros indícios semelhantes, suprem a impossibilidade probatória instalada com a morte do alienado.

O interdito pode ser reabilitado se comprovada a desapareção da causa que gerou a incapacidade.

Finalmente, consideramos que a curatela só pode ser solicitada após os 16 anos, pois estando o menor sujeito ao pátrio poder, inútil seria a acumulação duma segunda causa de incapacidade. Se declarado demente, continuaria sendo tão incapaz como até esse momento.¹⁹

17 ANDRADE, Domingues. *Op. cit.*, p. 93.

18 MAXIMILIANO, Carlos, *Op. cit.*, p. 321.

19 Cf. SALVAT, Raymundo. *Tratado de Derecho Civil argentino* - Parte general. Buenos Aires: La Ley, 1947, p. 405. Admite excepcionalmente a interdição do menor: JOSSERAND. *Op. cit.*, p. 399.

DEPOIMENTO

Maria da Graça Dias Fernandes

Redatora e Tradutora

Vice-Presidente do Instituto Franco Basaglia

Representante dos Usuários de Serviços de Saúde Mental na Comissão
Nacional de Reforma Psiquiátrica

Tem feito parte do meu rico cotidiano, o meu testemunho de como venci os empecilhos da interdição e de como retomei o rumo de minha vida, após quatorze anos sem a posse de meus direitos civis.

No I Congresso Brasileiro de Direito de Família, participei de uma mesa-redonda coordenada por Dr. *Ciro Marcos da Silva* e tendo por integrantes Dr. *Marco Aurélio da Silva Viana* e Dr. *Pedro Gabriel Delgado*, intitulada *Curatela, Interdição e os Loucos de Todo o Gênero*.

Foi um debate bastante enriquecedor, haja vista que pessoas presentes na platéia, como juristas, estudantes e familiares, puderam fazer uma revisão crítica de suas próprias atuações em face das questões como curatela e interdição. Essas pessoas vieram nos procurar para dizer, por exemplo, “eu ia interditar o meu filho, depois do que ouvi aqui, mudei de idéia”. Ou “nós tínhamos os formulários impressos para facilitar e agilizar o processo de interdição, achamos que não é bem assim”.

Entre os últimos dias 5 e 9 de novembro, estive ativamente participando do III Encontro Nacional do Movimento da Luta Antimanicomial, em Porto Alegre, Rio Grande do Sul. Nessa ocasião, dei mais uma entrevista aos jornais (*Jornal do Brasil*, dia 9 de setembro de 1997), quando em três meias páginas foi exposta a luta deste movimento nacional e latino-americano pela plena cidadania dos chamados doentes mentais. Em uma das seções da matéria havia uma coluna intitulada Perfil, com a seguinte chamada: “Após quatorze anos a vitória”, relatando, em poucas linhas, a minha jornada na reconquista dos meus direitos perdidos.

A primeira pergunta que me vem à cabeça é: “qual a finalidade da interdição e posterior curatela? Proteger? Cuidar? Posso afirmar absolutamente que durante os quatorze anos em que estive curatelada, vivi sob o signo do abandono e do descaso. A interdição é um dispositivo de controle e coerção social, desagregador e excludente. Conto a minha história.

Vim a sofrer o meu primeiro surto psicótico em 1971, numa situação pós-parto. Fui internada novamente em 1973. Durante essa época vivia em meu apartamento com minha filha recém-nascida, mais uma empregada e sob os constantes cuidados de minha mãe maravilhosa, que viria falecer em novembro de 1975. No final de 1976, entrei outra vez em crise e recorri aos irmãos de minha mãe – meus tios –, que não me procuraram sequer uma vez depois que minha mãe morreu. Fui imediatamente internada em março de 1977, em clínica aonde fiquei por um ano. As médias de tempo de internação naquela época eram de 6 a 7 meses contra a média atual, mais humana e adequada, de 20 a 30 dias. Enquanto estive internada, o diretor-médico do hospital falou-me certo dia que eu iria ser examinada por uma junta médica. Qual a minha surpresa e estupefação, quando me vi no Fórum da cidade do Rio de Janeiro, diante do juiz e sem nenhuma preparação ou um advogado de defesa ou mesmo defensor público.

A partir de então, minha vida mudou radicalmente. Fui retirada de meu apartamento e passei a morar em vagas de pensionatos. A pensão que minha mãe havia deixado para mim – ela era professora de português e funcionária pública – foi repassada para o nome de meu novo curador, ou seja, meu tio. Minha filha foi tirada de meu convívio e passou a morar com meu curador e sua família. Devo reconhecer que eles não fizeram o papel de vilões somente. Apesar de eu ter contribuído decisivamente para a formação de minha filha Gildinha, eles fizeram o que eu não tinha condições de fazer, pois vivia em permanente desatino: deram-lhe uma boa educação, contudo, criando conflitos familiares que me distanciavam afetivamente de minha tão adorada filha. Deambulava pelas ruas sem destino, pegava os ônibus circulares ou trens suburbanos sem rumo certo. Não foram poucas as vezes que encontrei pessoas solidárias que me ofereciam um prato de comida e uma palavra de conforto em troca de coisa alguma. Ficou marcada na minha memória a solidariedade viva de anônimos que, com calor humano, tornavam minha rotina menos desumana e violenta. Ainda assim, sou grata para sempre a minha família por não ter escolhido a solução fácil de deixar-me trancafiada no hospício para o resto da vida.

Meus amigos sumiram. Vivia à margem, sem qualquer vínculo social. Era um pária que finalmente concordava e acreditava com o veredito de meu médico daquela época: eu era um caso perdido, nada a fazer. As crises e os surtos psicóticos foram se acelerando e eu passava mais tempo dentro dos muros altos dos hospitais do que no abandono das ruas. Sendo interdita, curatelada, e portanto, considerada incapacitada para os atos da vida civil, não podia trabalhar, não podia exercer o meu direito de voto, e mesmo se

quisesse não poderia abrir uma conta em banco, o único dinheiro que restava era o do aluguel de meu apartamento, sempre defasado por causa da inflação descontrolada.

Nem tudo era espinhos. Em finais de 1982, através de amigos comuns, vim a conhecer a Sociedade de Serviços Gerais para a Integração Social pelo Trabalho - Sosintra, sociedade de familiares, de problematizados mentais, fundada em 1979 e a mais antiga do Brasil. Através desses novos amigos, entre os quais a saudosa fundadora e idealizadora da Sosintra, *Yvette Braga Costa Pinto*, ingressei na militância em saúde mental em 1983. Sentia-me no movimento de Saúde Mental um pouco pioneira e muito de patinho feio. Naqueles tempos, diferentemente do que acontece desde 1992, com a II Conferência Nacional de Saúde Mental, aonde estavam presentes 100 problematizados mentais, sendo que 70 delegados eram delegados com direito a voz e voto e deliberando sobre suas próprias pessoas. Não era mais o patinho feio a quem negavam a palavra em Congressos simplesmente pelo fato de ser doente mental. Em 1987, fui a única delegada problematizada mental pela Sosintra e pude, como tentei fazer a partir de 1983, decidir sobre o que seria melhor para mim e para minha vida.

Até que os próprios amigos da Sosintra, reconhecendo meu valor, decidimos juntos que já estava na hora de eu poder recuperar minha autonomia e independência, e por que não, levantar a curatela. Assim sendo, *Yvette Braga Costa Pinto* e eu fomos à juíza, depois de solicitar várias audiências, e fomos muito bem-recebidas. A propósito, a própria juíza perguntou, após vinte minutos de conversa, porque não levávamos o paciente até ela, para que ela pudesse vê-lo, observá-lo, e conversar com ele. Pude então explicar, muito bem-humorada, que o paciente era eu mesma. Ufa, pensei comigo mesma, passei pelo teste da normalidade, apesar de jamais ter aspirado ao *status* da chamada normalidade.

Diferentemente da outra vez, quando fui interditada e tinha sido acompanhada por um tio e uma tia meus na entrevista com o perito, e questionada presentemente pelo outro irmão de minha mãe que pretendia ser meu novo curador, fui entrevistada pela perita e levei comigo nosso amigo da Sosintra, o advogado *José Souza de Paula*. Foi formidável: o laudo favorável saiu em 15 dias. A que retrucou o outro irmão de minha mãe (já que meu curador antigo havia falecido em 1989) por que apenas um perito para dar o laudo favorável e não uma junta de peritos? E ao que pude responder que se havia sido interditada por um perito apenas, por que não levantar a curatela também com um perito somente?

Em uma das entrevistas concedidas aos jornais, minha família cortou relações comigo, criando-se, assim, um constrangimento e mal-estar muito grandes. Donde se conclui que ainda sofro as conseqüências psicológicas e seqüelas sociais da curatela e seus agentes.

O levantamento da curatela se deu em 1990, 1991. Voltei para meu apartamento em 1993, venho administrando a minha vida e parcas finanças competentemente e, para minha alegria e felicidade maiores, minha filha voltou a morar comigo. Somos grandes amigas e ela é uma admiradora do meu trabalho. O nosso sentimento maternal-filial é recíproco: Gildinha foi a escolha mais acertada da minha vida, e qualquer mãe se orgulharia em tê-la como filha.

A vida continua e não guardo mágoas e ressentimentos pelo sofrimento que amarguei durante todos esses anos. O amor à vida e a minha filha sempre me nortearam para um presente e futuro mais promissores e de esperança.

Ainda assim gostaria de deixar para uma reflexão crítica e amorosa dos que me lêem algumas perguntas:

1. Por que, em nenhum momento, fui procurada pelo curador ou pelo juiz da Vara de Órfãos e Sucessões para que me perguntassem se estava sendo bem cuidada e assistida e se desejava impugnar minha curatela?

2. Por que, apesar das contas financeiras prestadas por meu curador às autoridades competentes, não constava o repasse de minha pensão para meu curador?

3. Todos nós – advogados, juristas e leigos em geral – temos consciência de que minha história é uma exceção à regra, ou seja, uma vez curatelado, para sempre curatelado.

4. Não seria saudável, e acima de tudo, mais justo, mais digno e humano coibir os trâmites jurídicos, mecanismos periciais e dispositivos sociais que facilitem a interdição de pessoas com transtornos mentais?

5. Uma vez curatelado, não seria necessário agilizar nossa Justiça – por vezes lenta, morosa, omissa e ausente –, fazer uma revisão periódica dessa mesma curatela?

6. Não seria mais que urgente fazer uma revisão do Código Civil de 1934, que nos chama a nós, pessoas com transtornos mentais, de “loucos de todo gênero”. Não seria uma desqualificação genérica, violenta, arcaica e desconhecadora de nossa condição psicológica e existencial?

7. Tenho viajado por diversos países, principalmente na América Latina. Nessas viagens pude constatar que a saúde mental no Brasil, graças às pessoas, como por exemplo o Ex-Coordenador de Saúde Mental do Ministério da Saúde, Dr. *Domingos Sávio*, está em situação superior aos países restantes da América Latina. Ainda assim há um longo caminho a percorrer. Contamos com sua solidariedade e consciência no sentido de diminuir o estigma e preconceito que nos vê, a nós, os chamados doentes mentais, pessoas tão-somente perigosas ou incapazes.

Nós, os chamados doentes mentais, somos como dizia o filósofo marxista francês *Louis Althusser* os desaparecidos, ou excluídos até mesmo da campanha da CNBB, ou ausentes como diz *Pedro Gabriel Delgado* em seu livro *As Razões da Tutela*, ou ainda humilhados e ofendidos como queria *Dorstoievski*. Quando teremos – e estamos lutando pelo nosso reconhecimento como pessoas autônomas e responsáveis pelos seus atos e ações e conquista de nossos direitos – um lugar ao sol?

A NOVA FILIAÇÃO – CRISE E SUPERAÇÃO DO ESTABELECIMENTO DA PATERNIDADE

Luiz Edson Fachin

Professor da UFPR, IBEJ e PUC/PR

Sumário

1. Introdução. 2. Da bastardia ao estatuto da unidade. 3. As transformações do Século XX. 4. Evolução e tendências contemporâneas. 5. Os interesses superiores da filiação. 6. Conclusões.

1 INTRODUÇÃO

Pensar sobre a filiação e o estabelecimento da paternidade corresponde a refletir sobre o sistema jurídico da família e o desenho normativo de um dos princípios fundamentais da sociedade.

Família, filhos e casamento: sobre esse tríplice assento a compreensão jurídica da paternidade veio informada por expressivo conjunto de valores, em regra operados por juízos discriminatórios e de exclusão.

Agora, não é mais possível negar um novo horizonte, inquietante, interrogativo, batendo às portas cerradas do sistema clássico que ainda vigorante agoniza. O medievo que emoldura os institutos da manutenção do *status quo* se mostra em pânico. O civilismo neutro se assimilou ao servilismo burocrata doutrinário e jurisprudencial e não conseguiu disfarçar que não responde aos fatos e às situações que brotam da realidade contemporânea. Os filhos não-matrimoniais se apresentam para reclamar seus direitos e sair do confinamento imposto.

Essa projeção do que se descortina não tem (nem pode ter) pacificidade. Envolve, por certo, rompimento e superação. Novas famílias, novo Direito, novos filhos, novos princípios.

O Código Civil, ao associar ao casamento a noção de legitimidade da filiação, disciplinou restrições impostas aos filhos havidos de relações

extramatrimoniais. A família do Código era a família matrimonializada.¹ Por isso, o teor do art. 229, segundo o qual “criando a família legítima, o casamento legitima os filhos comuns, antes dele nascidos ou concebidos”.

De conseqüência, estruturou um sistema de estabelecimento da filiação que atendesse a essa diferenciação. A luz do privilégio a uns iluminava e a outros escondia; verdade e mentira, certeza e hipocrisia, os dois lados da mesma moeda.

A regra proibitiva do reconhecimento dos filhos adúlteros e incestuosos conduzia à distinção entre as várias categorias de filhos ilegítimos.²

Essa ordem de idéias estava no art. 337 ao dispor que “são legítimos os filhos concebidos na constância do casamento, ainda que anulado (art. 217), ou mesmo nulo, se se contraiu de boa-fé (art. 221)”. Centrada na autoridade paternal, mereceu o sistema severas críticas.³

Em verdade, o Código cuidou da família como um grupo de ordem privada, abominando a família natural e proibindo o reconhecimento dos filhos espúrios.⁴ Desse modo, a concepção jurídica da paternidade restou afetada por esse quadro de valores.

Esses valores foram sofrendo transformações, e as regras desse sistema também começaram a receber algumas alterações. A própria concepção de família não permaneceu inalterada, e de resto a idéia de filiação e seu estabelecimento, o que se observou em longo caminho legislativo.

2 DA BASTARDIA AO ESTATUTO DA UNIDADE

A busca da eliminação das desigualdades é o traço dominante desse transcurso, uma longa evolução da bastardia ao estatuto da unidade.

-
- 1 “O Código Civil Brasileiro – bem analisou o Professor *Eduardo de Oliveira Leite* –, elaborado num período de transição, com características acentuadamente monarquistas, escravagistas e paternalistas, nunca reproduziu as tendências de uma comunidade em intensa evolução e que caminha decisivamente em direção a um mundo moderno liberado das tradições legadas pelo passado. O Código Civil reproduziu, antes, as intenções de uma elite, minoritária e refratária, do que as aspirações do povo brasileiro.” (LEITE, Eduardo de Oliveira. *Tratado de direito de família: origem e evolução do casamento*. Curitiba: Juruá, 1991, p. 343).
 - 2 Sob o decisivo papel e influência marcante da Igreja, ver LEITE, Eduardo de Oliveira. *O casamento como instituição divina*, p. 107 et seq.
 - 3 GOMES, Orlando. Raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro. In: *Direito privado: novos aspectos*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961, p. 87.
 - 4 GOMES, Orlando. *Direito de família*. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 29.

A construção desse trajeto foi pavimentada por significativo conjunto de regras. Não obstante, as Constituições brasileiras posteriores ao Código Civil deferiam, até recentemente, um tratamento pontual à família e à filiação. Cuidavam de aspectos isolados, sem construir um conjunto sistemático de regras.

Antes do Código, a Constituição brasileira de 1891 dedicou tão-somente um parágrafo para reconhecer validade exclusivamente ao casamento civil (art. 72, § 4º).

A rigor, as Constituições anteriores ao Código Civil passaram do silêncio à referência quase imperceptível, fiéis ao contexto vigorante do Estado liberal. A Constituição imperial de 1824 não cuidou da matéria; em verdade, aquela Constituição tratou apenas de uma família, a família imperial.

Encontra-se algum relevo à preocupação dirigida aos filhos naturais, atribuído pela Constituição de 1934 (art. 147), ao prever que o reconhecimento dos filhos naturais seria isento de quaisquer selos ou emolumentos, e que a herança, que lhes caiba, ficaria sujeita a impostos iguais aos que recaíam sobre a dos filhos legítimos. Esse começo de preocupação, já condizente com o Estado social, revela outro norte de idéias.

A Constituição de 1937 (art. 126), no tocante aos filhos naturais, facilitando-lhes o reconhecimento, assegurou igualdade com os legítimos, extensivos àqueles os direitos e deveres que em relação a estes incumbem aos pais.

Em que pese constarem normas acerca do casamento e ligeira referência à família, praticamente emudecem as Cartas Magnas após 1937 até 1988 acerca dos filhos naturais. A Constituição de 1988, no entanto, é ímpar na extensão e no conteúdo do tratamento conferido à matéria.

Conclui-se que o sistema do Código Civil manteve-se quase intacto, na essência, até a entrada em vigor da Constituição de 1988.

Operando rompimento com o que estava ancorado no Código, o novo Texto Constitucional transformou alguns dos princípios sob os quais o Código Civil fincou o seu sistema. O legislador constitucional assim procedeu ao reconhecer a união estável não-matrimonializada, ao lado do casamento, e ao alargar a concepção de família. Recolheu ao direito o mundo dos fatos.⁵

5 Bem o disse, do alto de sua autoridade nessa matéria, o Professor *João Baptista Villela*: “Assentados os deveres do Estado social em relação à família, reconhecida a união de fato, acolhido o divórcio e popularizada a sua prática, a Constituição de 1988, mais uma vez, consagrou o óbvio e o inevitável”, aduzindo: “Família não é apenas o conjunto de pessoas onde uma dualidade de cônjuges ou pais esteja configurada, senão também qualquer expressão grupal articulada por uma relação de descendência.” (VILLELA, João Baptista. *As novas relações de família. In: Teses. XV Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil. Foz do Iguaçu, p. 132, 4-8 set. 1994*).

Adotando o estatuto unitário da filiação, dissociou o casamento da legitimidade dos filhos. A família pode ter origem matrimonial ou não.

Rompe-se com o caráter patriarcal antes evidenciado pela chefia da sociedade conjugal atribuída ao marido e agora afastada pelo princípio da igualdade entre os cônjuges.

Nesse mesmo sentido evolutivo, registre-se que o Código Civil francês, em sua primeira redação, somente reconhecia a família legítima; depois, em 1946, o legislador constitucional deu uma significação mais larga a esse conceito ao reconhecer a família natural,⁶ até chegar à reforma de 1972. O Código Civil perde, a partir daí, o papel de lei fundamental diante das regras agora constitucionalmente estatuídas.

3 AS TRANSFORMAÇÕES DO SÉCULO XX

Instrumentos legais vieram a lume após 1917, notadamente a partir do início da década de 40, e há uma tentativa crescente de substituir os princípios superados do Código Civil. As transformações do Século XX se faziam sentir no Código dos valores do Século XIX.

A proibição do reconhecimento dos filhos espúrios (adulterinos e incestuosos), contida no Código Civil, foi objeto de progressivo abrandamento. Quanto aos naturais, ainda que ilegítimos, embora houvessem restrições de outra ordem a essa forma de filiação ilegítima, não vedava o Código seu reconhecimento.

Os novos valores que se esboçavam, tomam forma jurídica e embarcam para cumprir conhecidos itinerários.

Em 1941, o Decreto-Lei n. 3.200 sinaliza os primeiros passos de organização da família e determina que não se faça menção, nas certidões de registro civil, da filiação ilegítima, salvo a requerimento do próprio interessado ou em virtude de decisão judicial (art. 14).

O reconhecimento dos filhos ilegítimos, mais especificamente, foi objeto do Decreto-Lei n. 4.737, de 24 de setembro de 1942, que vigorou até 1949. De acordo com aquele decreto-lei, o filho havido pelo cônjuge fora do matrimônio podia, depois do desquite, ser reconhecido ou demandar que se declare a sua filiação.

6 LUCHAIRE, François. Les fondements constitutionnels du droit civil. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris, n. 2, p. 258, avr.-juin. 1982.

Tratando do reconhecimento de filho ilegítimo e revogando, no art. 10, o Decreto-Lei n. 4.737/42, a Lei n. 883, de 21 de outubro de 1949, abrandou o rigor do art. 358 do Código Civil (que impedia o reconhecimento dos filhos incestuosos e adúlteros).

Permitiu (art. 1º), ainda, a qualquer dos cônjuges, dissolvida a sociedade conjugal, o reconhecimento do filho havido fora do matrimônio, e, ao filho, a ação para que se lhe declare a filiação.

Em 26 de dezembro de 1977, a Lei n. 6.515 (em seu art. 51, n. 1) viria introduzir um parágrafo único ao art. 1º dessa Lei n. 883/49, permitindo o reconhecimento ainda na constância do casamento, desde que em testamento cerrado. Outro parágrafo foi depois acrescentando ao art. 1º da Lei n. 883/49 através da Lei n. 7.250, e 14 de novembro de 1984, que facultou o reconhecimento de filho adúltero, uma vez o pai adúltero estivesse separado de fato de seu cônjuge por um período superior a cinco anos.

Diante da inovação trazida pela Lei n. 6.515/77, que no art. 51 introduziu um parágrafo único ao art. 1º da Lei n. 883/49, referindo-se ao “filho havido fora do casamento” e relegando uma interpretação mais benigna à filiação dita espúria, entendeu-se que, à época, a lei não autorizava essa extensão e, por isso, continuava proibido o reconhecimento de filho incestuoso.

O juízo de exclusão resiste; forças e obstáculos edificam o muro que cercava a família.

A proibição do reconhecimento de filhos espúrios veio a ser expressamente afastada somente em 17 de outubro de 1989, através da Lei n. 7.841, que revogou o art. 358 do Código Civil.

Mesmo antes dessa lei, a Constituição Federal de 1988 já havia conferido aos filhos, havidos ou não da relação do casamento, os mesmos direitos e qualificações. A lei de 1989 praticamente repete a Constituição.

Nesse transcurso de tempo a partir da vigência do Código Civil Brasileiro, em diversos outros instrumentos legais a matéria é tratada quer direta, quer indiretamente. Princípios e regras não escapam do tema, porque pouco podem fugir do tratamento daquilo que está na essência do núcleo do sistema jurídico.

A Lei n. 4.121, de 27 de novembro de 1962, a exemplo, dispendo sobre a situação jurídica da mulher casada, deu nova redação a diversos dispositivos do Código Civil, além do art. 469 do Código de Processo Civil anterior ao de 1973. Em 1973, sob a rubrica de “outras medidas provisionais”, encartadas no livro referente ao processo cautelar, o novo Código de Processo Civil cuidou do afastamento temporário de um dos cônjuges da morada

do casal (art. 888, VI), o que é relevante para o efeito do inciso II do art. 340 do Código Civil, e de imprimir segredo de justiça aos processos que dizem respeito à filiação (art. 155, inciso II).

Ainda em 1973, a Lei n. 6.015, que redefiniu no Brasil os registros públicos, cuidou do registro de nascimento (art. 29), dispondo (§ 1º, **b**, do art. 29) sobre a averbação das sentenças que julgarem ilegítimos os filhos concebidos na constância do casamento e as que declararem a filiação legítima. Em 1979, a Lei n. 6.697 instituiu o Código de Menores e dirigiu especial atenção (art. 2º) ao menor em situação irregular. Mais recentemente, a Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, ao dispor sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, tratou dos direitos fundamentais da pessoa, compreendida na faixa de até 12 anos e, entre 12 e 18 anos, cuidou da família natural (art. 25) e revogou o Código de Menores. A Lei n. 8.069/90 ratificou o Texto Constitucional ao permitir o reconhecimento qualquer que seja a origem da filiação (art. 26).

A compreensão desse desenvolvimento legislativo revela um traço marcante que, centrado originariamente no Código Civil, vai paulatinamente se esvaindo à medida que o sistema fragmenta-se na legislação esparsa. O sistema fechado e monolítico abre-se e se reparte na mudança dos valores de base.

Daí a restrição referente ao reconhecimento dos filhos adulterinos e incestuosos, existente no Código (art. 358), o qual veio, mais tarde, a ser facilitado com a Constituição de 1937, mantendo-se, entretanto, mesmo diante daquele texto constitucional, tal restrição.

Somente em 1942, com o advento do Decreto-Lei n. 4.733/42, deu-se um primeiro passo ao permitir o reconhecimento ou a investigação da filiação havida fora do casamento, tomando o Direito brasileiro, na linha da Lei n. 883/49, um rumo francamente favorável à filiação não-matrimonial.

O Decreto-Lei n. 3.200/41 determinou (art. 14) não mencionar a circunstância de ser legítima ou ilegítima a filiação, salvo a requerimento do próprio interessado, ou em virtude de determinação judicial, “com o fito de evitar situações vexatórias”. A Lei n. 883/49 proibiu (art. 7º) de vez tal referência, substituindo aquela disposição legal. Como se vê, o favorecimento da não-discriminação, merecedor de encômios, já prenunciava a própria diferenciação.

Essa rápida incursão na evolução legislativa aponta para uma mitigação crescente do desfavor à filiação ilegítima, que, no entanto, perdeu até recentemente. Esse desfavor somente desaparece por completo, no plano jurídico, com a alteração da noção de legitimidade.

4 EVOLUÇÃO E TENDÊNCIAS CONTEMPORÂNEAS

A apreensão desse modelo em mudança introduz novos efeitos na disciplina da paternidade.

Do resguardo absoluto da vida íntima da família legítima, passou-se a dar vez ao direito que deve assistir ao filho, qualquer que seja o estado em que foi concebido.

A concepção que o Código Civil espelhou acerca da legitimidade revela a importância dada pelos sistemas jurídicos ao casamento, atendendo, aliás, à tradição canônica que faz a legitimidade da filiação ser essencialmente um efeito do casamento.

Registra *Clóvis Beviláqua* que o casamento celebrado de acordo com as regras de Direito Canônico foi exclusivamente a forma de matrimônio recebida no direito pátrio. Somente com a transformação de governo, na proclamação da República, deu-se a separação dos poderes, o temporal e o espiritual, evolução que nesse sentido foi completada pelo Código Civil.⁷

Um filho legítimo é um filho de pais casados. Essa associação entre legitimidade e casamento dá a direção básica das regras de Direito de Família, e à medida que se opera a dissociação entre ambas verifica-se uma evolução na matéria.

No Código, o estabelecimento da paternidade vinha com um conjunto de regras claramente definido, produzido sob a sociedade e seus valores acerca da espureidade e de relações reprovadas pela moral; de outro, a negatória da paternidade legítima é cuidadosamente tratada para tornar difícil o afastamento da presunção *pater is est*.

A legitimidade do filho fica ao arbítrio do marido ao lhe ser atribuído direito privativo de contestar a paternidade. O que se gera aí, a rigor, é uma legitimidade forçada.

Essa realidade jurídica foi alterada em 1988. A Constituição Federal, ao consagrar a igualdade da filiação, adotando um estatuto único, opera alteração do ordenamento relativo à filiação.⁸ Deu-se abrigo a uma irrefragável tendência contemporânea.

7 BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito da família*. 6. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938, p. 60-1.

8 MORAES, Walter. O novo direito constitucional da filiação. *Repertório IOB de Jurisprudência*, n. 20, p. 310, 2. quinz. out. 1988.

Comentando o tema à luz da Constituição portuguesa, o Professor *Pereira Coelho* afirma que

“o princípio do art. 36, n. 4 da Constituição Política é também um princípio verdadeiramente fundamental, na justa medida em que fez cessar o entendimento até então dominante entre nós de manifesta desigualdade de tratamento legal em relação aos filhos nascidos fora do casamento.”⁹

A Constituição brasileira segue essa trilha: aos filhos havidos dentro do casamento (que podem ser ditos filhos matrimoniais) e aos filhos havidos fora do casamento (filhos não-matrimoniais) os “mesmos direitos”.

O ponto a que chegou o sistema jurídico, fruto de contínuas alterações, reflete, de um lado, a evolução das idéias e conceitos atinentes à família e à filiação e, de outro, espelha a necessidade de ordenação legislativa que tenha por base os princípios constitucionais, especialmente o da igualdade da filiação, e se inspire numa visão compreensiva da família e dos reais valores a serem protegidos.

5 OS INTERESSES SUPERIORES DA FILIAÇÃO

Do princípio constitucional da igualdade entre todos os filhos, emergem diversas e relevantes conseqüências. Vinculante e de aplicação imediata, essa norma produz seus efeitos derrogando dispositivos em sentido contrário.¹⁰

Verdadeira exigência ética da pessoa humana, o princípio da igualdade impõe a ausência de discriminação, estabelecendo para os filhos um estatuto unitário de tratamento. A propósito, escreveu o Professor *Francisco José Ferreira Muniz* que tais princípios são normas vinculativas, o que significa terem eficácia jurídica direta, e por isso “os preceitos relativos ao Direito de Família devem ser interpretados e integrados em conformidade com estes princípios”.¹¹

9 COELHO, F. M. Pereira. *Filiação*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1978, p. 9.

10 Constituição Federal, art. 226, § 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”.

11 MUNIZ, Francisco José Ferreira. A família na evolução do direito brasileiro. In: *Direitos de família e do menor*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992, p. 79.

Não obstante, a trilha de explicitação do teor do regramento constitucional encontrou eco na revogação expressa do art. 358 do Código Civil, realizada em 1989, através da Lei n. 7.841, embora a sua revogação tácita já houvesse ocorrido. No ano seguinte, em 1990, a Lei n. 8.090 veicula o Estatuto da Criança e do Adolescente em linha com a consolidação de idéias de plena igualdade.

Esse caminho de evolução legislativa traz a lume, em 29 de dezembro de 1992, a Lei n. 8.560, que introduz a averiguação oficiosa da paternidade.¹²

Com a vigência da nova lei, caracteriza-se sobremaneira a tendência crescente da defesa dos superiores interesses da criança, e essa definição de propósitos acolhida pelo legislador resta por conferir legitimidade ativa ao Ministério Público para propor a ação de investigação de paternidade. Além disso, no patamar da flexibilização dos meios de reconhecimento, o escrito particular ganha foros de perfilhação, bem como (e para o mesmo fim) a manifestação expressa e direta perante o juiz, ainda que o reconhecimento não tenha sido o objeto único e principal do ato que o conteve.

6 CONCLUSÕES

O nascimento é um fato jurídico ordinário; o direito apreende esse fenômeno e dele defluem efeitos jurídicos. Por diversas razões, dentre elas o próprio sentido personalíssimo que se liga à identidade e ao estatuto individual, bem como a segurança das relações jurídicas, o nascimento submete-se a uma forma: lavra-se o assento e deste se extrai a certidão. É a passagem da biologia ao mundo jurídico.

Ato do poder público, o assento atesta o fato jurídico do nascimento, declinando normalmente os genitores. O princípio da inocência, embutido no princípio da igualdade, fez desaparecer qualquer tratamento discriminatório em face da situação jurídica dos autores da descendência. Legítimo ou adúltero: o estigma é extirpado. Filhos são todos, iguais e por inteiro.

Por isso se pode afirmar que a paternidade é um direito, eis que se ela se põe *ipso facto* no âmbito do casamento, de igual sorte deve se colocar fora

12 A propósito, um dos pioneiros exames acurados sobre o tema, ver: VILLELA, João Baptista. Reconhecimento da paternidade entre o moderno e o arcaico: primeiras observações sobre a Lei n. 8.560/92. *Repertório IOB de Jurisprudência*, n. 4, p. 71-76, 2. quinz. fev. 1993.

do matrimônio. O direito excluía os filhos ditos ilegítimos; era um corte entre a lei dos homens e a lei da natureza. Sobre esse injustificável fosso foi edificada a ponte jurídica da igualdade. Por certo, na seara dos fatos, resta eliminar concretamente aquele álveo abandonado em cujas discrimina-tórias águas corriam preconceitos e injustiças.

Para arrematar essa parte da reflexão, resta aduzir relevante aspecto. Curioso é o nosso tempo: quando a declaração da paternidade era cercada de cuidados e obstáculos (às vezes intransponíveis, no plano jurídico), princípios e regras foram edificando o direito à paternidade praticamente sem limites. Ter pai é hoje um direito inquestionável.

A compreensão da quadra de valores que norteia o direito contemporâneo da filiação pressupõe, a seu turno, situá-lo no exame crítico que o próprio Direito Civil está recebendo neste final de século. Realizada a análise anterior, tem sentido então localizá-la no contexto maior que a compreende.

O reinado secular dos dogmas que engrossaram as páginas dos manuais clássicos e engessaram o Direito Civil começa a ruir. Ao redor dos conceitos encastelados pelas hábeis mãos da lógica formal, enfileiram-se fatos que denunciam o outono do conformismo racional. A fragmentação do Direito de Família (e de resto, do direito à paternidade) é um exemplo dessa realidade. É o impagável envelhecimento do que já nasceu passado, daquilo que foi parido de costas para o presente.

Futuro, rompimento e transformação caminham, pois, lado a lado, na tentativa da construção desse caminho, novo ou renovado, nascido do choque inevitável entre a realidade e as categorias jurídicas ultrapassadas; entre o novo que surge e o velho que declina.

É por aí que sem demora os conceitos esbarram na vida e a vida explode em conflitos, máxime na seara das relações paterno-filiais.

Três pilares fundamentais, num sentido amplo, em cujo vértice se assenta a estrutura do sistema privado clássico, encontram-se na alça dessa mira: o contrato, como expressão mais acabada da suposta autonomia da vontade; a família, como organização social essencial à base do sistema, e os modos de apropriação, nomeadamente a posse e a propriedade, como títulos explicativos das relações entre as pessoas e sobre as coisas.¹³

13 Nesse vértice se põe às claras a face mais explícita da vida privada, apartada, por razões conhecidas, do espaço público. O primeiro enjaulamento se dá com a casa e a morada, pois como disse o Professor *Georges Duby*, no prefácio do primeiro volume da *História da vida privada*, “no privado encontra-se o que possuímos de mais precioso, que somente pertence a nós mesmos” (DUBY, *Georges. História da vida privada*. São Paulo: Companhia das Letras, 1990, v. 1, p. 10).

Por aí se vê que ao menos dois séculos estacionados nos contemplam, pois esse é o caminho do indivíduo-centrismo de que nos fala o Professor *Orlando de Carvalho*, apto a captar um individualismo a Século XVIII, que atou o regime civilista, projetando-se para o direito da filiação.

Essa percepção marginaliza as pessoas naturais que sequer alcançam esse estatuto privilegiado do contrato e do patrimônio. Ao marginalizar pessoas, exclui os filhos, em especial os não-matrimoniais. Daí deriva a concepção insular do Direito Civil, a norma do exílio, separada dos homens e da vida.

Da família matrimonializada por contrato chegou-se à família informal, precisamente porque afeto não é um dever e a coabitação uma opção, um ato de liberdade. Da margem ao centro: os interesses dos filhos, qualquer que seja a natureza da filiação, restam prioritariamente considerados.

NOVAS RELAÇÕES DE FILIAÇÃO E PATERNIDADE

Heloísa Helena Barboza

Professora Titular de Direito Civil da Faculdade de
Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ
Procuradora de Justiça/RJ, aposentada

Sumário

1. A paternidade no Código Civil: a paternidade jurídica. **2.** A paternidade fora do Código Civil: a paternidade biológica. **3.** A paternidade e a doutrina da proteção integral: a paternidade afetiva. **4.** O estabelecimento da paternidade: critério a ser adotado – paternidade jurídica, biológica ou afetiva? **5.** Bibliografia.

1 A PATERNIDADE NO CÓDIGO CIVIL: A PATERNIDADE JURÍDICA

O Código Civil, ao regulamentar as relações familiares, elegeu o casamento como base única. O casamento dava origem à família legítima, sendo, portanto, a causa, o objeto e o destinatário, praticamente exclusivo, do Direito de Família.

Nesse contexto, de normas feitas “pelo” e “para” o casamento, a filiação constituía um corolário natural, vinculada e submetida aos princípios e finalidades fixados pelo ordenamento jurídico para aquele.

Nessa linha, questão que sempre atormentou o legislador foi a do estabelecimento da paternidade, ante a sua natural incerteza, já que a maternidade era comprovada visualmente. Essa natural incerteza vulnerava o sistema que cuidava de uma família coesa e inviolável. Na verdade, para o legislador de 1916, mais do que a família, instituição social, impunha-se preservar o casamento, instituição jurídica.

Assim, não obstante o Código Civil considere, em diversas passagens (arts. 337, hoje revogado, 340, 363, I), a época da concepção, subjugou o fato natural a uma série de prescrições e impôs a presunção de paternidade

fundada no princípio *pater vero is est, quem nuptiae demonstrant*, acabando por gerar uma “paternidade jurídica”, como bem denominou o Professor *Luiz Edson Fachin*, não raro de todo apartada da realidade biológica.

Concessão se fez, mesmo no início do século, aos filhos havidos fora do casamento, permitindo-se-lhes o reconhecimento, *desde que* não houvesse impedimento para o casamento dos pais ou, de qualquer modo maculada fosse a instituição familiar oriunda do casamento.

Natural, portanto, que a maternidade, fato certo pelo menos até a franca utilização das técnicas de reprodução assistida, não pudesse ser investigada e estabelecida se resultasse na atribuição de prole adulterina à mulher casada ou incestuosa à solteira.

Constata-se que, na letra original do Código Civil, a situação jurídica dos pais, especialmente seu estado civil, era determinante do *status* de filho. Se casado o pai com outra mulher que não a mãe ou tivessem os pais parentesco em grau que impedisse o casamento, vedava-se ao filho a aquisição de tal estado. O filho do Código Civil era uma pessoa que adquiria ou não esse estado em função da situação jurídica dos pais.

Essa a paternidade do Código Civil: uma paternidade ficta, jurídica, estabelecida e mantida em nome da paz doméstica.

2 A PATERNIDADE FORA DO CÓDIGO CIVIL: A PATERNIDADE BIOLÓGICA

Paralelamente a essa paternidade jurídica do Código Civil, o fato social-biológico se impôs, como sempre, por mais que a lei queira ignorá-lo. Mediante avanços tímidos e paulatinos, o legislador acabou por permitir o reconhecimento dos filhos extramatrimoniais. Bem demonstra esse atuar cauteloso a seqüência de normas sobre a matéria: a Lei n. 883, de 1949, de início, admitiu o reconhecimento dos filhos adulterinos, por qualquer dos cônjuges, *uma vez* dissolvida a sociedade conjugal; a Lei n. 6.515, de 1977, Lei do Divórcio, permitiu que o reconhecimento se desse, ainda na vigência do casamento, *desde que* em testamento cerrado, aprovado antes ou depois do nascimento do filho; a Lei n. 7.250, de 1984, foi mais longe, admitindo o reconhecimento do filho havido fora do matrimônio pelo cônjuge *separado de fato* há mais de cinco anos contínuos.

Sem dúvida merece especial destaque a Lei do Divórcio, que não só ampliou a possibilidade de reconhecimento dos filhos adulterinos, permi-

tindo-o ainda na vigência do casamento, mas principalmente, por ter dado o primeiro passo significativo em favor dos filhos incestuosos, ao estender, no caso de anulação, os efeitos civis do casamento, ainda que contraído de má-fé por ambos os cônjuges, aos filhos comuns. Observe-se que um dos efeitos do casamento era tornar legítimos os filhos havidos na sua constância ou legitimar os concebidos ou havidos antes dele, o que significava dizer: os filhos legítimos ou legitimados tinham assegurada sua filiação, daí a importância da inovação trazida pela Lei n. 6.515/77.

Pode-se mesmo afirmar que a Lei n. 883/49, desde sua primeira redação, e a Lei n. 6.515/77 iniciaram o sepultamento do art. 358, do Código Civil, que aplicava aos filhos sanção pelos erros dos pais. Felizmente, a Constituição de 1988 pôs fim a tão odiosa situação. Aberto estava o caminho para a grande ruptura com o sistema do Código Civil, que veio a eclodir com o advento da Constituição da República hoje vigente.

Além dessa via desenvolvida ao lado do Código Civil, dois fatos científicos vieram sobremaneira abalar toda estrutura existente, quer em doutrina, quer em direito positivo, a respeito de filiação: **1.** o avanço e a utilização das técnicas de reprodução assistida, trazendo enorme perplexidade a um sistema que sequer poderia cogitar de tais formas de procriação; **2.** o paralelo avanço das técnicas de determinação de parentesco mediante exame de DNA.

No momento em que se conseguiu um meio científico de determinação da paternidade com quase absoluta precisão, impositivo foi admitir a denominada “paternidade biológica”. Vencido fora o jogo de presunções que predominava nas investigações de paternidade, à medida que as provas técnicas, até então existentes, não eram definitivas para o estabelecimento da paternidade.

Ao lado da “paternidade jurídica”, impôs-se a “paternidade biológica”, que veio a ser, por sua vez, questionada em face do emprego das técnicas de reprodução assistida, criando novas perplexidades, ainda não resolvidas: pai deve ser o que fornece o material fecundante, mesmo que para um “banco de sêmen”? Mãe é a que dá à luz, mesmo nos casos da denominada “barriga de aluguel”? O vínculo biológico, que aparentemente constituía critério tão seguro e adequado para determinação da paternidade/maternidade, de repente passou a ser contestado, por não se revelar, ao menos razoável, em alguns casos.

Considere-se, ainda, que as relações sem casamento, muitas entre pessoas separadas de fato, institucionalizaram-se, embora até 1988 fossem ilegítimas, assim como os filhos delas nascidos.

Como se vê, ao longo do tempo, fatos sociais e científicos surgiram lateralmente ao sistema do Código Civil. Não obstante todo trabalho doutrinário e legislativo sobre a matéria, a questão só obteve encaminhamento definitivo com o advento da Constituição Federal de 1988 que, efetivamente rompeu o sistema do Código Civil, estabelecendo as bases para a nova filiação.

Registre-se, desde logo, que o problema está longe de ser plenamente resolvido, ante o vazio legislativo relativo aos filhos havidos mediante emprego das técnicas de reprodução assistida, especialmente as que utilizam material fecundante doado. Para tais casos, em que há o confronto máximo entre paternidade jurídica e biológica, a legislação vigente revela-se de todo inadequada.

3 A PATERNIDADE E A DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL: A PATERNIDADE AFETIVA

Incontestável o abalo estrutural do sistema jurídico civil, após a Constituição Federal de 1988, como decorrência necessária do estabelecimento de uma nova ordem jurídica, que promoveu a denominada “constitucionalização do Direito Civil”, trazendo profundas mudanças, notadamente para o Direito de Família, a começar pelo reconhecimento de outras entidades familiares ao lado do casamento que perdeu, assim, o lugar, até então ocupado, de pedra angular do Direito de Família.

Com propriedade afirmou o Professor *Fachin*¹ que, após a Constituição, o Código Civil perdeu o papel de lei fundamental do Direito de Família. No tocante às relações pais-filhos, é certo que o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90) assumiu tal lugar, dando execução às linhas estruturais fixadas pela Lei Maior.

Lançados foram pela nova ordem constitucional *dois* princípios estruturais da nova filiação: *primeiro*, o da plena igualdade entre os filhos (CF/88, art. 227, § 6º); nascidos ou não do casamento, incluindo os adotivos, todos têm garantidos os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Na verdade, o dispositivo em análise alcança significado além da igualdade, se feito o confronto com o sistema até então vigente: os filhos nada mais

1 FACHIN, Luiz Edson. *Da paternidade, relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 83.

têm a ver com a situação jurídica dos pais. O estado de filho independe do estado civil dos pais, já que decorre diretamente do fato da procriação: é um estado de direito que decorre de um estado de fato. Não importa se os pais são casados, não casados, companheiros, conviventes, ou mesmo se são parentes em grau que impede o casamento. O filho, como tal biologicamente considerado, tem direito ao reconhecimento do correspondente estado jurídico de filho. A filiação constitui, portanto, um vínculo jurídico com natureza própria, que não mais se contém no casamento ou fora dele, já que se estabelece, insista-se, em decorrência do fato natural da procriação.

Criticável, por conseguinte, a recente Lei da União Estável (Lei n. 9.278/96) ao determinar ser dever dos conviventes sustento, guarda e educação dos filhos comuns, à semelhança do que consta do art. 231, IV, do Código Civil. Se a relação pais-filhos não está contida no relacionamento, a qualquer título, entre os pais, esses deveres não mais decorrem *desse* relacionamento, mas sim do vínculo biológico ou afetivo existente entre os pais e os filhos, pouco importando a presença de laço jurídico ou afetivo entre seus pais.

No afã de assemelhar a união estável ao casamento, repetiu-se uma regra do Código Civil integrante de um sistema totalmente diferente: na estrutura original do Código Civil a mulher não tinha pátrio poder, que era exclusivo do homem, do marido (arts. 380, na redação original, 393). Nessa linha, havia uma série de disposições que se harmonizavam. Atualmente, não parece adequado dizer-se que é dever dos cônjuges, companheiros ou dos conviventes o sustento, a guarda e educação dos filhos: tais deveres competem aos pais, insista-se, ainda que inexistente relacionamento, a qualquer título, entre ambos.

Ratifica o entendimento acima esposado o destaque dado à matéria pela Constituição da República, que dedicou um artigo (CF/88, art. 229) para especificar expressamente que *os pais têm o dever* de assistir, criar e educar os filhos menores; reciprocamente os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

Oportuno observar que, exatamente em virtude da independência do vínculo de filiação, o direito ao reconhecimento da paternidade pode ser exercido pelo filho, seu titular exclusivo, ainda contra a vontade ou os interesses da mãe, procedimento facilitado pela vigente lei que regulamenta a matéria (Lei n. 8.560/92), ao conferir ao Ministério Público legitimação extraordinária para tanto. Se é impeditivo, por vezes, constranger-se a mãe, não menos o será privar-se o filho de seus legítimos direitos.

O *segundo* princípio estrutural da nova filiação consiste na adoção pela Constituição Federal da doutrina da proteção integral da criança e do adolescente (CF/88, art. 227), os quais passaram a ter reconhecidos e garantidos direitos próprios a sua condição de pessoas em desenvolvimento. Em consequência, as relações envolvendo essas *pessoas em desenvolvimento*, em especial as travadas entre pais e filhos, devem necessariamente respeitar tais direitos.

Embora existente há quase dez anos, a doutrina da proteção integral, aplicável, ressalte-se, *a toda e qualquer criança ou adolescente*, ainda é a grande esquecida em boa parte dos trabalhos que se têm desenvolvido na área do Direito de Família, não obstante deva ser tomada como um de seus norteadores, especialmente em se cuidando de relações jurídicas, a qualquer título, envolvendo crianças e adolescentes, especialmente entre pais e filhos.

Pode-se mesmo afirmar não ser mais possível qualquer leitura relativa à filiação, maternidade, paternidade, se não com as lentes da doutrina da proteção integral, tendo como objetivo único o de atender ao melhor interesse da criança.

A consequência imediata e maior da plena adoção da doutrina da proteção integral da criança e do adolescente é admissão, em termos jurídicos, da denominada “paternidade afetiva”, que emerge da relação socioafetiva entre pais e filhos, quando ausente o vínculo biológico. De há muito a sabedoria popular reconhecera tal vínculo: “pai é quem dá o pão, amor e ensino”. Mais uma vez, impunha-se ao Direito acolher o fato socialmente instalado. Esse acolhimento revelou-se como consectário natural da doutrina em causa: o melhor pai ou mãe nem sempre é aquele que biologicamente ocupa tal lugar, mas a pessoa que exerce tal função, substituindo o vínculo biológico pelo afetivo.

Indispensável salientar que o reconhecimento da paternidade afetiva não configura uma “concessão” do direito ao laço de afeto, mas uma verdadeira *relação jurídica* que tem por fundamento o vínculo afetivo, único, em muitos casos, capaz de permitir à criança e ao adolescente a realização dos direitos fundamentais da pessoa humana e daqueles que lhes são próprios, a saber: direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, assegurando-lhes, enfim, o pleno desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

Necessário registrar que a doutrina da proteção integral confronta, em diversos casos, com o Código Civil, o qual, a despeito de datar do início do século, impõe, por seu indigestível valor, o que se pode denominar um

“temor reverencial”, visto evidenciar-se, inclusive nas decisões judiciais, um respeito muito grande pela obra, não sendo com facilidade que se afirma estar derogado algum dos seus dispositivos. Já é hora, porém, de se ter coragem de aplicar, com todas as suas conseqüências, o que a Constituição Federal determina, de modo a assegurar e defender valores maiores estabelecidos pela nova ordem jurídica por ela instaurada.

4 O ESTABELECIMENTO DA PATERNIDADE: CRITÉRIO A SER ADOTADO – PATERNIDADE JURÍDICA, BIOLÓGICA OU AFETIVA?

A disciplina da nova filiação, pelo que se conclui, há de edificar-se sobre os três pilares constitucionalmente fixados: plena igualdade entre os filhos, desvinculação do estado de filho do estado civil dos pais e doutrina da proteção integral.

Tomados esses norteadores e considerando ser um direito da criança e do adolescente ter sua paternidade reconhecida, de indagar-se qual o critério a ser adotado, qual tipo de paternidade, dentre as antes referidas, deve prevalecer.

Evidencia-se que a paternidade jurídica, entendida como tal a do Código Civil, que tinha por base exclusiva o casamento previsto para uma família patriarcal e hierarquizada e que preservava, a todo custo, a “paz doméstica”, nos moldes idealizados pela lei, não mais se harmoniza com as diretrizes constitucionalmente fixadas para o Direito de Família, muito menos para a filiação, devendo ser afastada.

A Lei n. 8.069/90 assegura à criança e ao adolescente o direito a ser criado e educado no seio de *sua* família e, excepcionalmente, em família substituta (art. 19). De acordo com a citada norma, *família natural* é a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes (art. 25) e *família substituta* aquela a que se passa pertencer por força do deferimento da guarda, tutela ou adoção (art. 28). Parece claro, portanto, à luz do Estatuto da Criança e do Adolescente que o critério predominante deva ser o biológico.

Contudo, por força da mesma norma e em nome do melhor interesse da criança, deve prevalecer a paternidade afetiva, em detrimento da biológica, sempre que se revelar como o meio mais adequado de realização dos direitos assegurados à criança e ao adolescente, especialmente de um dos seus direitos fundamentais: o direito à convivência familiar.

5 BIBLIOGRAFIA

- BARRETTO, Vicente (Org.) *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- FACHIN, Luiz Edson. *Da paternidade, relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

6

PROCRIAÇÕES ARTIFICIAIS: BIOÉTICA E BIODIREITO

Eduardo de Oliveira Leite

Doutor em Direito Privado e Pós-Doutor em Direito Civil

Professor Titular de Direito Civil

Pesquisador do CNPq

Advogado no Paraná

Sumário

1. Introdução. 2. O que é a bioética? 3. A crise do direito e a bioética. 4. O desenvolvimento da ciência e a necessidade de controle. 5. A insuficiência das regulamentações alternativas. 6. A necessidade e a emergência de normas. 7. Bibliografia.

1 INTRODUÇÃO

Quando falamos em inseminação artificial, fecundação *in vitro*, “mães de substituição”, engenharia genética e luta contra malformações congênitas, quando nos referimos à retirada e troca de órgãos, clonagem, experiências sobre pessoas, controle da dor, prolongamento da vida, eutanásia e medidas paliativas, quando nos referimos a estas realidades, estamos nos referindo à bioética.

Na ocorrência de uma notícia bombástica, ou, ao contrário, um escândalo – como aconteceu, recentemente, com a clonagem da ovelha “Dolly” –, a bioética continua presente e é, naturalmente, invocada.

As matérias dividem as opiniões e o assunto torna-se objeto de debates, quando não, de combates e, quase sempre – como bem apreciou *Volnei Garrafa*¹ – objeto de batalhas ideológicas que entrincheiram os defensores em posições contrárias; em nítida tendência maniqueísta.

1 GARRAFA, Volnei. Clonagem, ciência e ética. *Folha de S. Paulo*, 23 mar. 1997.

As posições antagônicas e radicais incorrem no risco de alimentar, na esfera cultural, a intolerância, e na esfera prática, o dogmatismo, quando o caminho – como acertadamente indicou *Garrafa* – está no equilíbrio, na busca de soluções moralmente aceitáveis e praticamente úteis.

A solução, sem dúvida, deve ser procurada no meio-termo onde, quase sempre, repousam tranqüilos o bom senso e o razoável.

Estes debates remetem – independentemente do sensacionalismo da mídia – as práticas biomédicas ao terreno cotidiano, o que antes era excepcional. A grande vantagem (da divulgação destas notícias, embora de forma sensacionalista) resume-se, talvez, na idéia de que, o que antes era velado e, de certa forma, apanágio da minoria (segmentos mais intelectualizados e especializados) torna-se público, conhecido de todos, observável por diversos segmentos sociais. Na realidade, os setores especializados (e estamos aqui pensando nos setores dedicados à Medicina, à ética, ou ao Direito) abrem-se à toda comunidade. O grande público passa a tomar parte do debate, isto é, passa a ocupar uma posição ativa na antes absoluta passividade.

E isto já é válido à medida que tal atitude contribui à construção democrática e solidária pela comunidade, de uma “ética da vida”; ou daquilo que *Garrafa* chamou “Estatuto da Vida”.

O que caracteriza estas práticas (e que justifica em parte a reação inédita da mídia) é que, tornadas mais audaciosas, graças a um desenvolvimento tecnológico inusitado, elas envolvem, a partir de agora, a vida humana de forma integral, aprendendo-a, dominando-a e corrigindo-a, de acordo com os interesses em questão, isto é, procurando melhorar sua qualidade e fazendo suas fronteiras recuarem, como se fôssemos aprendizes de Deus.

Para regular estas práticas biomédicas surgiu a bioética que eu tentarei, num primeiro momento, definir e explicitar, além do objeto, métodos e riscos que me parecem importante precisar.

2 O QUE É A BIOÉTICA?

O direito de intervir na vida de outra pessoa ou na vida de uma comunidade dada, procurando lhe imprimir uma nova orientação, ou simplesmente desviar seu rumo natural, não é tão óbvio como poderia parecer numa primeira abordagem.

Por isso procurou-se, na seqüência dos séculos, limitar e regular as práticas profissionais, indicando, em juramentos, códigos e tratados de mo-

ral, ou em leis, as condições exigidas para que estas práticas fossem consideradas legítimas e, caso contrário, formalmente reconhecidas como tais.

O que aconteceu hoje em relação a estes regulamentos de conduta?

As referências destes diversos textos se revelaram insuficientes, ou melhor, incapazes de acompanhar a evolução científica, demais rápida, demais fantástica. Os textos ou regulamentos então existentes revelaram-se inadequados.

As orientações das práticas profissionais e suas modalidades tornaram-se objeto de discussões e debates, visando estabelecer outros modos de regulamentação, talvez mais maleáveis, procurando levar em consideração a fluidez das situações e a evolução dos riscos.

Talvez, a questão médica que provocou o impulso final para o surgimento da bioética remonte a 1967, quando *Christian Barnard* transplantou um coração humano de uma pessoa morta para um paciente com doença terminal de coração. O mundo ficou atônito e maravilhado mas, a partir de então (e de forma pontual), pesquisadores de um lado e o público do outro lado começaram a questionar se os estudos se justificavam e legitimavam somente pelos avanços científicos, mas, também deveriam proteger o direito e o bem-estar das pessoas.

Nascia de forma embrionária a bioética.

Uma década após este acontecimento revolucionário, a bioética ganhava adeptos nos Estados Unidos e repercutia em todo mundo como uma nova modalidade de resolver os questionamentos éticos e morais gerados pelos avanços científicos. No início dos anos 80 a nova ciência (embora ainda não suficientemente clara e definida) ganhava adeptos em todo o mundo.

A bioética surgiu nos Estados Unidos. Foi *Van Rensselaer Potter*, da Universidade de Wisconsin, quem primeiro cunhou o termo *bioethics* (bioética) (ao escrever o livro *Bioethics: bridge to the future*, em 1971) e *Andre Hellegers*, da Universidade de Georgetown, fisiologista fetal, quem empregou o termo para aplicá-lo à ética da Medicina e ciências biológicas.

A partir de então duas questões começaram a inquietar os pesquisadores do mundo inteiro: as práticas devem ou não ser controladas? a liberdade de pesquisa é absoluta ou relativa?

O que a clonagem de “Dolly” suscitou (e ainda se procura uma postura satisfatória) é a resposta a estas duas questões que ainda continuam a provocar dúvidas, indagações e inquietações.

É neste ambiente geral, sumariamente evocado, que convém situar a bioética, para melhor apreendê-la naquilo que ela tem de novo em relação às

deontologias dos profissionais da saúde, de um lado, e de comum, de outro lado em relação às interrogações éticas e tomadas de decisão que questionam os profissionais e suas práticas nos mais diversos campos.

O aperfeiçoamento e o desenvolvimento das novas tecnologias, notadamente no campo da Biologia e da Medicina, suscitaram junto à opinião pública um interesse renovado pelas questões éticas; na realidade, tanto os filósofos, como médicos e juristas esperavam que os novos questionamentos renovariam suas disciplinas, imprimir-lhes-iam uma nova dinâmica e ao mesmo tempo, estavam convictos que a bioética contribuiria fundamentalmente à pertinência dos problemas atuais.

O mundo jurídico, que é o que nos interessa, viu-se, de uma hora para outra, solicitado, tanto pelos pesquisadores, como pelos profissionais, que o invocavam como meio de garantir mais segurança e maior legalidade à audácia das novas práticas, evitando as eventuais demandas diante dos tribunais.

Ora, o desenvolvimento ilimitado das ciências biomédicas desencadearam reações em cadeia as quais o homem não estava preparado, nem material, nem espiritualmente falando.

Assim, a inseminação artificial humana, enquanto restrita ao campo médico, não gera maiores questionamentos. Quando, porém, transposta ao mundo jurídico, provoca uma infinidade de dúvidas ainda não resolvidas (ao menos quanto à unanimidade desejada). A inseminação artificial heteróloga, por exemplo, fez ruir a noção, até então, unívoca da filiação. Do mesmo modo, o efeito revolucionário do exame de DNA destruiu a incerteza da paternidade biológica mas, ao mesmo tempo, levou os juristas a repensarem a questão da paternidade afetiva (até então, inimaginável).

A partir da década de 70 o que se constatou foi exatamente isso: o descompasso, senão a inadequação, quando não, a ausência de normas capazes de responder suficientemente às necessidades das indagações humanas.

Por que o homem não pode viver sem limites e sem regras?

Por que o vazio jurídico torna tudo possível?²

Não há dúvida nenhuma que foi o desenvolvimento explosivo das ciências e das tecnologias no campo biomédico que forçaram a renovação da reflexão ética e das problemáticas daí oriundas. Médicos e juristas, filósofos e assistentes sociais foram compelidos a sentar juntos para discutirem uma

2 LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

possível tomada de decisão. Não mais, porém, uma decisão individual, ou restrita a um setor de indagação científica, mas, ao contrário, uma decisão suficientemente ampla, capaz de, na sua interdisciplinariedade, apresentar uma solução válida a toda condição humana.

A confrontação interdisciplinar dos casos surgidos suscitou, além do questionamento de posturas antigas, tidas como certas, o acesso a propostas reais, deliberadamente inovadoras.

A partir dos anos 80 a bioética, nascida e desenvolvida nos Estados Unidos, ganha a Europa, adquirindo contornos mais precisos e apresentando novas contribuições ao mundo científico.

O que é, finalmente, a bioética?

Prolongamento ou redescoberta da antiga moral médica, para uns, a bioética é ambiciosamente apresentada, por outros, como uma “ética da vida ou do vivo” (bio+ética) que englobaria tudo que diz respeito especificamente à proteção da vida humana.

Ou, como pretende a Enciclopédia de Bioética “Bioética é um neologismo derivado das palavras gregas *bios* (vida) e *ethike* (ética). Pode-se defini-la como sendo o estudo sistemático das dimensões morais – incluindo visão, decisão, conduta e normas morais – das ciências da vida e da saúde, utilizando uma variedade de metodologias éticas num contexto interdisciplinar”.³

É a partir desta dimensão que *Pessini e Barchifontaine*⁴ a definem como “o estudo sistemático da conduta humana no âmbito das ciências da vida e da saúde, enquanto essa conduta é examinada à luz de valores e princípios morais”. Mas, não se limitando a visão reducionista da ética médica, encaram-na de forma mais ampla, compreendendo os problemas relacionados com valores que surgem em todas as profissões de saúde, investigações biomédicas, questões sociais e questões relativas à vida dos animais e das plantas.

Para outros ela é, modestamente, um acesso novo, ou um novo meio de tomada de decisão dos riscos éticos vinculados à utilização crescente de tecnologias que atingem diretamente à vida e saúde humanas, no campo das práticas biomédicas.

Nesta ótica, a bioética pode ser definida, quer a partir do campo no qual ela atua: o campo biomédico; quer a partir do objeto de sua investiga-

3 ENCYCLOPEDIA OF BIOETHICS. 2. ed., W. T. Reich, v. I, Introduction, 1995.

4 PESSINI, Léo, BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Problemas atuais de bioética*. 3. ed., ver. ampl., São Paulo: Loyola, 1996.

ção: as práticas desenvolvidas no campo biomédico e os processos que subjazem a estas práticas.

Assim, o que gerou o nascimento da bioética foi a necessidade de um controle da utilização crescente e invasora de tecnologias cada vez mais numerosas e afinadas nas práticas biomédicas.

Como bem precisou *Hubert Doucet*,⁵ foi exatamente a insuficiência ou inadequação dos princípios morais antigos, ou a sua incapacidade de apreender as conquistas biomédicas dos últimos decênios que levaram a romper com o passado explorando novas tentativas de controle, ou melhor, novas vias de reflexão e de discussão.

As questões suscitadas pela bioética, entretanto, ao contrário do que se poderia imaginar, extravasam largamente o campo restrito desta indagação e alcançam as dimensões éticas e jurídicas do desenvolvimento das tecnologias em geral, procurando controlar este desenvolvimento.

Muito da crise que hoje vivemos e procuramos contornar decorre desta constatação: o desenvolvimento de novas tecnologias ao serviço da vida ou da saúde colocou em cheque as referências e medidas habituais e os fundamentos da moral e da deontologia que figuravam nos códigos jurídicos que regulavam a conduta humana.

3 A CRISE DO DIREITO E A BIOÉTICA

Introduzindo a incerteza na cabeceira e na foz das decisões e das ações, o desenvolvimento das tecnologias modernas aniquilou os consensos antigos, os ideais e as regras que animavam as condutas coletivas e individuais, as práticas profissionais.

O ser humano – pessoa ou coletividade – se tornou objeto de manipulação e passou a ser, a partir de agora, projeto e não mais somente sujeito de direito.

O desenvolvimento das novas tecnologias fragilizou e de certa forma tornou caducas todas as antropologias que sempre serviram de parâmetro às preliminares necessárias da ética e do Direito.

O Direito, até então determinante de regras fundadas no consenso, passa a ser gerador de propostas úteis aos debates democráticos.

5 DOUCET, Hubert. L'éthique biomédicale. *Le Monde*, 18 nov. 1993.

E a bioética, renunciando à segurança das normas antigas, passa a indicar o paciente caminho da interrogação, da elucidação das finalidades e do estabelecimento de referências provisórias para a ação.

E é claro que isto gera importantes repercussões no mundo jurídico.

O Direito, até então pautado pelo normativo e pelo legal, passa a exercer uma função mais indicadora de condutas justas; ou, como pretendem certos estudiosos, ao Direito compete antes indicar procedimentos apropriados para que as decisões e as opções tenham todas as chances de resolver os problemas suscitados pelas novas tecnologias.

A bioética se torna, assim, uma poderosa aliada do mundo jurídico, à medida que, problematizando as questões, se abrem precisamente pistas para a ação em situações não previstas e, quase sempre, radicalmente imprevisíveis, como ocorreu com a legitimidade da inseminação heteróloga, por exemplo, ou com a questão do anonimato do doador, com a legitimidade do contrato no caso das “mães de substituição”, ou com a inseminação de mulheres solteiras, para citar alguns pontos polêmicos da questão.

Se as regras jurídicas (ou morais) não podem mais ser estabelecidas previamente e se as referências habituais fracassam diante do ineditismo das situações, cabe a nós, a toda a sociedade, reencontrar e valorar pacientemente a casuística, tentando redescobrir a surpreendente estimulação da criatividade.

Os avanços biomédicos apenas colocaram a nu uma realidade que de há muito se fazia necessário revelar: numa sociedade pluralista e secular os referenciais religiosos e as escalas de valor não eram mais objeto de consenso suficiente, mesmo em matérias capitais, tais como, o sentido da vida e da morte.

E a bioética tentou precisamente abrir novos caminhos para a discussão e a tomada de decisão neste contexto secular e pluralista.

Os riscos – e mais amplamente – as expectativas sociais vinculadas à utilização de tecnologias fizeram ressaltar a responsabilidade dos cientistas; tudo leva a crer que uma informação rigorosa e permanente da opinião pública torne possíveis os debates, criando-se organismos pluridisciplinares de orientação (comitês de ética, por exemplo) e de decisão (conselhos interdisciplinares, tribunais nacionais e internacionais) nos quais tomarão assento, lado a lado, leigos ou especialistas, todos associados, como verdadeiros parceiros do Direito.

A quem compete decidir e discutir sobre o “bem” e o “mal” das novas conquistas?

A quem compete decidir sobre a vida e a morte?

Quem decidirá e em virtude de que autoridade, que humanidade nós seremos amanhã?

Certamente não compete aos bioéticos nem tampouco à bioética responder às questões colocadas, nem decidir o que será a humanidade de amanhã. A bioética pode, entretanto, convidar, convocar, estimular e ajudar os bons espíritos a discutir todas essas matérias.

E qual é o papel reservado ao Direito?

É legítima a criação de normas específicas para regular estas matérias?

Alguns invocam leis para justificar suas práticas biomédicas, para evitar demandas judiciais e eliminar interpretações comprometedoras. Outros pedem leis para proibir certas práticas consideradas excessivas ou socialmente inaceitáveis.

Fala-se freqüentemente de vazio jurídico, como se se tratasse de uma catástrofe. Com efeito, sem lei, nada está fora da lei e tudo é possível.

Por que seriam necessárias leis sobre estas matérias?

Porque o Direito implica em valores.

Quer se queira, quer não se queira, esta conclusão é inevitável. Não se pode ter um conjunto de leis que não repouse sobre certos valores. No mínimo sobre certos valores dominantes na sociedade.

Mesmo os defensores da corrente positivista reconhecem este ponto. A lei se ajusta ao fundo moral de uma sociedade. A lei retoma os valores comuns.

Por isso a lei é sempre invocada; não só porque as leis servem como “meios” em face das finalidades que são os valores, mas e sobretudo porque sua ocorrência é expressão inquestionável de segurança, de limites, dos valores comuns da comunidade que sente necessidade de sua determinação via normativa, como parâmetro de conduta observável por todos. Porque o Direito procura organizar a conduta de cada um no respeito e promoção dos valores que servem de base à civilização.

Logo, é possível afirmar que o Direito representa um duplo papel importante: organizar as liberdades e educá-las a certos valores. E, à medida que a lei é educadora, ela tende a se aproximar da moral.

Os progressos nas ciências da vida assim como todo progresso científico têm uma incidência jurídica e o Direito, como bem precisou *Claire Neirinck*,⁶ não os pode ignorar e deve integrá-los.

6 NEIRINCK, Claire. Le droit à la recherche de ses catégories. In: *De la bioéthique au bio-droit*. Paris: LGDJ, 1994, p. 153-155.

Assim, o surgimento da fotografia favoreceu a emergência e o reconhecimento do direito à imagem; a evolução do automóvel gerou e impôs o seguro obrigatório e através dele uma nova concepção de responsabilidade civil, independente da noção de culpa.

Igualmente os progressos da Medicina e da Biologia questionam incessantemente o Direito. A biotecnologia apaga as categorias fundamentais do Direito. As distinções pessoa/coisa, homem/mulher, vida/morte que fundamentam o Direito não são apenas relativizadas e desordenadas, mas, o que é bem mais grave, são apresentadas como elementos inúteis de obstáculo ao progresso.

4 O DESENVOLVIMENTO DA CIÊNCIA E A NECESSIDADE DE CONTROLE

O Direito deve, seguramente, intervir no campo das técnicas biomédicas, quer para legitimá-las, quer para proibir ou regulamentar outras.

Trata-se, na ótica do já citado *Volnei Garrafa*, de estimular o desenvolvimento da ciência dentro das suas fronteiras humanas e, ao mesmo tempo, de desestimulá-la quando passa a avançar na direção de limites desumanos e iatrogênicos.

Com efeito, a inviolabilidade do corpo humano e mesmo sua definição são, atualmente, ameaçadas pelas excepcionais manipulações técnicas geradas pelo desenvolvimento da pesquisa científica e favorecidas pelas “lógicas” que *Marie-Thérèse Meulders-Klein* arrolou em quatro grandes categorias: a lógica do conhecimento e do poder, a lógica do proveito, a lógica da busca da felicidade e a lógica da utilidade.

A primeira, segundo a sensível civilista belga, é apanágio do mundo racional ocidental e se materializa na vontade ininterrupta de saber o “como” e o “porquê” das coisas para melhor dominar a natureza e com ela o destino. O homem ocidental é levado adiante na pesquisa de uma verdade que, certamente, nunca será atingida; um mundo que procura combater a finitude humana subordinando a natureza às suas necessidades e desejos.

A lógica do proveito é bem mais grave à medida que todo progresso científico provoca imediatamente um outro instinto profundamente enraizado no homem: o do ganho e do proveito.

Em um mundo voltado à economia de mercado, biotecnologias, novas aparelhagens, novos produtos de origem humana ou não, sempre suscitaram

a atração do ganho, e não somente o das empresas, como se poderia pensar, mas também dos intermediários pouco escrupulosos e mais simplesmente, o dos premidos pelas necessidades econômicas (o que nos faz pensar na venda de órgãos, de tecidos, de aluguel de úteros, etc) constrangidos a se vender ou se alugar para satisfazer os interesses dos mais ricos que eles.

A terceira lógica – da busca da felicidade – não é tão mercantil como as demais – mas, como afirma *Meulders-Klein*,⁷ também se submete às leis do mercado. Ela não se refere à oferta, mas à procura. Embora menos poderosa que as demais, constitui igualmente motor para a ciência.

Se os pesquisadores procuram e sempre encontram novas propostas para o homem é porque desde tempos imemoriais, a vontade de combater o sofrimento e a morte, assim como uma sede inesgotável de felicidade, perseguem constantemente a vontade humana.

Assim ocorreu com a contracepção, cuja necessidade existia bem antes da pílula. Mas por um curioso fenômeno, a satisfação das necessidades fomenta a demanda e não tolera o fracasso. Daí, os pedidos de interrupção da gravidez, como último corretivo ou substituto contraceptivo. E lá, onde a ciência se revela impotente diante do sofrimento surge o auxílio efetivo para morrer, que também será solicitado pelo homem como recurso legítimo.

Em outros termos, a eutanásia como Direito.

E os exemplos se multiplicam: a faculdade inusitada e sem precedentes na história da humanidade, de fecundar um óvulo fora do útero materno, de criopreservar os gametas, de manipular os genes, de manipular o genoma de um óvulo humano fecundado, e agora a clonagem... tudo isso gerou desafios ilimitados, mas também reivindicações não menos desmesuradas às quais, sábios, médicos e juristas são chamados a responder, assim como o próprio Estado.

Finalmente a lógica da utilidade.

É a lógica do Estado perante a demanda dos homens, quer se trate do Estado totalitário, quer do Estado providência, confrontado a custos de tratamento excepcionais.

Aquí as motivações se tornam ambíguas, pois, se a pesquisa pode minorar ou mesmo erradicar muitas doenças, os meios sofisticados que ela desencadeia ou que ela exige para realizar certos tratamentos são tão

7 MEULDERS-KLEIN, Marie-Thérèse. La production des normes en matière bioéthique. In: *De la bioéthique au bio-droit*. Paris: LGDJ, 1994, p. 23-78.

caros e o prolongamento da esperança de vida tão oneroso, que um processo de racionamento de gastos já tem sido desencadeado em diversos países do mundo.

E, novamente, estaremos diante de novos dilemas éticos, econômicos e jurídicos.

Todos os países ocidentais se encontram, atualmente, confrontados com estes problemas. Uns, em maior escala, outros, em proporções mais reduzidas, mas o problema está sempre presente.

E a bioética é a ciência que nasceu de todo este questionamento.

Ela não se refere diretamente à questão das normas, mas enquanto reflexão sobre as questões éticas levantadas pelos problemas, ela provoca na sua esteira a questão do “que fazer?”. Ou melhor: como assegurar o domínio social da produção, difusão e utilização das novas tecnologias de vida?

E além disso, que nova concepção de homem se deverá consagrar socialmente?

Em face destes riscos – já existentes ou em vias de formação – ocorreu uma primeira produção normativa com a emergência das regras bioéticas ou deontológicas completadas pelas decisões jurisprudenciais solucionando os litígios ocasionados pela produção de quimeras.

E enquanto o legislador não intervir – se ele intervir – como organizar e controlar as relações humanas?

Como viver este prazo mais ou menos longo?

5 A INSUFICIÊNCIA DAS REGULAMENTAÇÕES ALTERNATIVAS

No aguardo de uma posição firme e objetiva do legislador, a maioria dos países tem recorrido às regulamentações alternativas que, hoje, são de quatro naturezas:

- a) os códigos de deontologia profissional;
- b) os regulamentos que se impõem certas associações;
- c) as regras de conduta baixadas por certas instituições particulares;
- d) as orientações dos comitês de bioética.

Estas regras não têm a mesma natureza, mas elas se apresentam todas como alternativas de uma legislação estrita. Resta saber qual é seu valor, sua legitimidade e sua pertinência.

Duas seriam basicamente as críticas que se poderia levantar contra estas alternativas.

Primeiramente, estas regulamentações são ineficazes, são destituídas de qualquer cogência, podem ser facilmente contornáveis e, portanto, não permitem se atingir o objetivo visado.

Assim, para citar o exemplo do caso brasileiro, os Códigos de deontologia médica – como ocorre no Brasil, com a Resolução n. 1.358/92, do Conselho Federal de Medicina (que adota normas éticas para utilização das técnicas de reprodução assistida) vincula todos os membros da profissão, sem exceção.

Mas estas normas são destituídas de juridicidade e, pois, não abrem espaço a reais recursos perante a ordem jurídica. Um paciente pode até questionar a conduta de um médico diante do Conselho Federal de Medicina, por exemplo, mas a queixa formalizada produzirá, no máximo, uma sanção de ordem disciplinar: repreensão, suspensão temporária ou, excepcionalmente, exclusão do quadro médico. De qualquer maneira, uma reparação de danos, certamente, nunca ocorrerá com base numa regra de conduta prevista num código deontológico.

No mesmo sentido, as regras oriundas das associações, das instituições ou dos comitês de bioética; o seu campo de ação fica restrito exclusivamente ao órgão emissor da norma, não tem o aval do Poder Legislativo, logo, o seu campo de ação já nasce limitado.

Além do mais, muitas das disposições ali contidas não resistiriam a uma análise mais detida que, porventura, se realizasse quanto à técnica legislativa que originou sua publicação.

No caso da Resolução brasileira n. 1.358/92, por exemplo, uma mulher solteira pode se submeter ao processo de inseminação, quando é sabido que a família que o legislador tem interesse em garantir à criança é formada por pai e mãe; quando é regra dominante da ética mundial contemporânea não admitir o recurso à procriação artificial movido por puro egoísmo, mas sempre como resultado de um projeto parental (de pai e mãe, de casal, portanto) tendente a contornar problemas oriundos da infertilidade, ou da esterilidade humanas.

Da mesma forma, em manifesto desconhecimento de técnica legislativa, aquela resolução refere-se aos embriões excedentes em manifesta contradição. Embora o art. 2º refira-se à impossibilidade de descarte ou destruição do pré-embrião, o art. 3º permite aos cônjuges ou companheiros expressar sua vontade quanto ao destino que será dado aos pré-embriões criopreservados, gerando uma angustiante dúvida ao exegeta da lei: os pré-

embriões podem ser destruídos? (por vontade dos cônjuges), ou devem ser conservados eternamente? (por não poderem ser destruídos).

A redação dos dois artigos provoca uma estranha sensação de contradição, tão comum na produção legislativa brasileira (desejada ou involuntária?). Se realmente o corpo médico não admitisse o descarte ou destruição dos pré-embriões, certamente não atribuiria aos cônjuges (ou companheiros) o poder de expressar sua vontade. Tal atribuição – concretizada no art. 3º – quebra o rigorismo inicial da interdição da destruição, previsto no *in fine* do art. 2º.

Ou seja, a questão dos embriões excedentes, que poderia ter sido devidamente avaliada pela resolução, permanece envolta numa indefinição reveladora de não solução do crucial problema.

Da mesma forma e com muita razão, as discussões mais recentes no mundo europeu têm questionado o valor das decisões tomadas junto aos comitês éticos.

Perguntam alguns: de que adianta a proibição da prática de certas técnicas – como clonagem humana – se os pesquisadores, nos seus laboratórios, são livres para agir conforme seus interesses e curiosidades?

Num segundo momento, as críticas se direcionam em outro sentido: além de ineficazes, as regulamentações alternativas seriam antidemocráticas.

Ou seja, estas regulamentações impostas por determinados segmentos profissionais não representariam o interesse do corpo social como um todo, não corresponderiam a propostas tiradas de um debate público, como ocorreu, por exemplo, com a legislação sueca sobre procriações artificiais.

Além disso, estas regulamentações seriam injustas, uma vez que elas não são necessariamente uniformes em todos os países. Elas podem mesmo diferir consideravelmente de um para outro país. E isto gera uma importante questão de justiça social. À guisa de exemplo, na Alemanha, o Relatório Benda proíbe qualquer experiência sobre o corpo humano (certamente, em decorrência das atrocidades cometidas pelos nazistas durante a Segunda Guerra Mundial). Entretanto, na fronteira entre a Alemanha e a França, em Strasbourg, os alemães passam diariamente para a França em busca de clínicas de reprodução humana (na sua grande maioria, com a expectativa de conseguir realizar uma inseminação artificial).

Tudo indica, pois, que uma legislação suficientemente maleável, mas firme, deva ser criada para controlar e regulamentar questões que, de há muito, estão a exigir uma normatização da sociedade.

Com efeito, nunca a intervenção de uma legislação foi tão desejada quanto atualmente, mas, contraditoriamente, temida pelos juristas, cientis-

tas, médicos e moralistas que se preocupam com a multiplicação de situações totalmente fora das normas geradas por técnicas cada vez mais sofisticadas da manipulação da vida e da morte.

A ausência de textos se faz sentir com cada vez maior intensidade, ou melhor, cresce a necessidade à medida que as questões suscitadas e os litígios daí decorrentes colocam em causa a existência das pessoas, induzindo a sociedade a constranger os juízes a solucionar os dilemas aos quais a ordem jurídica, sequer imaginava pudessem ocorrer.

E esta defasagem entre o real e o ideal, entre o vivenciado e o desejado nos lança no terreno da dúvida, de onde o caos e a amarga sensação de impotência que acompanha irremediavelmente o final deste século.

E a dúvida nos conduz a outro tipo de indagação:

Que normas devem ser criadas?

As dificuldades são de duas ordens:

Primeiramente, de conteúdo: passar da bioética já efetiva a um biodireito é uma formalização cujo risco é a vida. O conteúdo das normas a determinar acarretaria um consenso mínimo bastante incerto.

Em seguida, de forma: o modo de formulação também é problemático. A questão que retorna é sempre a mesma: dever-se-ia legislar com leis gerais, afirmando grandes princípios, ou, ao contrário, deveríamos legislar caso a caso, submetendo-nos aos juízes?

Qualquer que for a solução tomada, uma coisa é certa, a norma jurídica deverá evoluir constantemente para abranger os progressos científicos; isto é, ela deverá segui-los, fornecendo os conceitos e técnicas adaptados às mudanças sociais que a pesquisa médica induz na definição da vida, seu engendrar e o tratamento de tudo que pode ser obstáculo a seu desenvolvimento.

O Direito, nesta ótica, encontra-se a reboque da ciência, quer queiramos ou não; reduzido a uma função instrumental.

A insuficiência desta postura é evidente e, por isso mesmo, não nos serve.

6 A NECESSIDADE E A EMERGÊNCIA DE NORMAS

O recurso às regulamentações alternativas revelou a insuficiência das mesmas, já que a generalidade que as caracteriza não é bastante para atender às necessidades e interrogações específicas surgidas nos diversos setores das ciências biomédicas, especialmente quando se trata de aplicações em determinados terrenos, como ocorre com as procriações artificiais, com as manipulações e testes genéticos, ou com o transplante de órgãos.

Além do mais – conforme já se teve oportunidade de apreciar –, os códigos de deontologia só valem à medida que são respeitados espontaneamente, já que despidos de qualquer caráter cogente. E sabemos perfeitamente que esta não é a regra, especialmente nas instituições privadas de pesquisa e nas clínicas privadas onde, a ausência de regras cogentes provoca a mais ampla permissibilidade e uma perigosa liberdade, porque ilimitada.

Como se não bastassem estas considerações a justificar a necessidade e emergência de princípios normativos, vale lembrar que as regras alternativas (como acontece, no Brasil, com a Resolução n. 1.358/92) não têm, necessariamente, caráter jurídico.

A título de exemplo, tomemos os dois princípios dominantes naquela Resolução, a saber, o anonimato e a gratuidade.

Embora o anonimato seja a regra dominante na maioria das intervenções biomédicas (como ocorre na doação de gametas, na doação de órgãos, de sangue, ou de córneas), a doação anônima não é uma noção jurídica e, como bem ressaltou *Claire Neirinck*,⁸ a doação do Código Civil é uma noção que lhe é diametralmente oposta. Ou seja, a doação prevista na ordem civil implica na intervenção de um doador conhecido que designa nominativamente seu beneficiário. E é a aceitação expressa deste que dá força jurídica à doação. Ora, isto inocorre quando a Resolução brasileira dispõe que: “Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa”; ou quando, em artigo subsequente, afirma o sigilo obrigatório: “Obrigatoriamente será mantido o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e pré-embriões, assim como dos receptores”.

O mesmo ocorre quanto à gratuidade, igualmente prevista na citada Resolução quando dispõe que: “A doação nunca terá caráter lucrativo ou comercial”. Aqui a regra ética fica reforçada e justificada pelo princípio constitucional (art. 199, § 4º) que veda “todo tipo de comercialização”. O que a Constituição visa é proibir o ser humano a dispor de seu corpo como disporia de uma coisa. Entretanto, como sublinhou *Neirinck*, o Direito encara com desconfiança, e por vezes, com hostilidade, as operações sem contrapartida. Ele não as favorece e as regulamenta de maneira bastante rigorosa (como ocorre, por exemplo, com as doações, tradicionalmente submetidas ao formalismo do ato notarial).

Logo, estas regras apresentadas como imperativas e justificadas por considerações jurídicas são, na realidade, meros princípios éticos que nada têm de legal mas que, ao contrário, contradizem as regras de Direito Civil.

8 NEIRINCK, Claire. Le vide législatif. In: *De la bioéthique au bio-droit*. Paris: LGDJ, 1994, p. 115-123.

Na ausência de legislação todas as condutas estão legitimadas e as apreciações sobre o interesse do menor (tão invocado no atual ECA) são extremamente diversificadas, uma vez que inexistente qualquer regulamentação oficial dos centros de reprodução humana que praticam as procriações medicamente assistidas.

O vazio legislativo e a atual e perigosa liberdade que prevalece em matéria biomédica, como alertou *Jean François Barbieri*,⁹ conduzem o juiz a decidir questões particularmente graves em nome de uma moral hesitante e conforme um direito incerto.

Ora, é sem dúvida uma necessidade de segurança e a preocupação de atingir uma limitação do risco de responsabilidade, como pretende *Barbieri*, que estão na origem da expressão desta necessidade de uma norma jurídica, para o meio da pesquisa biomédica.

Não, certamente, uma norma demais precisa, porque constrangedora, não seria desejável em nome da liberdade da pesquisa e porque fecharia os pesquisadores em limites demais estritos, dificultando a evolução da ciência. Normas permissivas respondem os detratores daquela posição, visualizando na atenuação da cogência normativa maiores possibilidades de pesquisa biomédica, embora com possível desvantagem à proteção dos seres humanos.

Todas as atuais tentativas de legislação relativas ao corpo humano, e à utilização dos produtos e elementos humanos parecem traduzir as dificuldades do legislador reafirmando o eterno dilema ou a irreduzível contradição entre a preocupação manifesta de proteger a pessoa humana sem entrar a pesquisa e os progressos científicos.

As regulamentações alternativas embora éticas, como a moral, permanecem facultativas.

E é exatamente nisto que diferem da regra jurídica.

Esta, contrariamente à ética e a moral, é cogente. E da sua cogência decorrem limites às liberdades individuais; limites que não só são necessários como geram sanções eventuais, desejáveis nestas matérias, porque limitadoras de possíveis abusos que se possam perpetrar em prejuízo do ser humano.

Talvez aí resida a origem da questão de saber, como agudamente apreciou *Meulders-Klein*, se é ou não necessário legislar nestas matérias, ou, em outros termos, se é ou não necessário passar da bioética ao biodireito.

9 BARBIERI, Jean-François. Question de responsabilité. In: *De la bioéthique au bio-droit*. Paris: LGDJ, 1994, p. 83-87.

Hesitações ou conflitos sobre as decisões a tomar, desejo de aprofundar a reflexão ou de determinar um consenso social, na ótica daquela civilista belga, o fundamental é que se passe da ética ao direito, independente das atitudes adotadas pelos países, mas com vistas a criação de normas capazes de permitir ou proibir certas pesquisas ou aplicações de novas biotecnologias comprometedoras da dignidade humana.

Se a maioria dos países legislou sobre a matéria (e a afirmação nos remete aos exemplos apresentados pela Suécia, Espanha e Inglaterra, entre outros) é porque a indefinição e os abusos daí decorrentes começaram a revelar o aspecto negativo da permissividade que tudo permite, que tudo justifica.

Por isso aquelas legislações nacionais manifestaram-se com firmeza em relação às procriações medicamente assistidas, aos embriões excedentes, às manipulações genéticas, aos bancos de dados, aos registros epidêmicos e às experiências humanas.

Embora não seja possível visualizar unanimidade nestas legislações, mas, ao contrário, considerável variação de posturas e tendências, em relação a determinados temas (como, por exemplo, as condições de acesso e os métodos empregados quanto às procriações medicamente assistidas) em outras matérias (tais como, as experiências e o descarte de embriões excedentes, a clonagem, a hibridação ou fabricação de quimeras, unanimamente condenadas e proibidas) revelam um consenso que tende à pacificação, em aspectos de fundamental transcendência para a garantia da dignidade humana.

A tendência é reveladora e vem imantada de significação: se o campo da pesquisa científica em matéria biomédica passa a ser balizado por normas jurídicas explícitas, claras e concisas é porque tanto o mundo científico quanto os usuários finais destas conquistas, a saber, o ser humano, necessitam de um controle que torne possível a convivência social.

O Direito é a regra que uma sociedade se impõe. Ele revela os princípios aos quais ela está vinculada. Como consequência, o aumento das possibilidades de intervenção sobre o corpo humano, resultante das procriações artificiais, das manipulações genéticas, clonagens, experiências ou retiradas de órgãos conduzem naturalmente à sua revalorização.

A regra de Direito pode – ainda que integrando os avanços científicos – opor-se aos mesmos mantendo certas categorias clássicas, ou definindo novas categorias suficientemente aptas a garantir a permanência do primado da pessoa humana.

O que é indiscutível, como concluiu *Meulders-Klein*, é que se os debates estão longe de se finalizar, a inação do Direito está em vias de desaparecer. A

evolução da ciência e sua potencial utilização suscita inquietações demais veementes para que a regra *a cada um sua consciência, a cada um seu direito* permaneça ainda viável em matérias tão graves quanto a proteção da pessoa e da espécie humana enquanto se pulverizam as antigas certezas que lhes serviam de garantia.

A ética – que permanece evidentemente necessária – não mais basta para regular as questões, à medida que ela permanece subjetiva e aleatória.

O papel do Direito, único meio capaz de acrescentar segurança e justiça, através de sua força cogente e simbólica, sai fortalecido; mesmo se se fizer necessário recorrer a outras estruturas para sustentar a sua obrigatoriedade.

É indiscutivelmente uma necessidade de segurança o desejo de controlar as probabilidades médicas com segurança jurídica; o cuidado de minorar os riscos da responsabilidade que remontam à origem desta necessidade de uma norma jurídica, para o ambiente da pesquisa biomédica.

É a própria razão que nos induz a nos tornarmos atentos a esta revolução silenciosa, pois quando ela entra em sinergia com as quatro lógicas de mudança, anteriormente invocadas, ela corre o risco de comprometer os fundamentos dos direitos do homem e de sua dignidade, colocando em perigo sua unidade e sua inviolabilidade tão duramente adquiridas.

7 BIBLIOGRAFIA

GARRAFA, Volnei. Clonagem, ciência e ética. *Folha de S. Paulo*, 23 mar. 1997.
LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ENCYCLOPEDIA OF BIOETHICS. 2. ed., W. T. Reich, v. I, 1995.

PESSINI, Léo, BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Problemas atuais de bioética*. 3. ed., ver. e ampl., São Paulo: Loyola, 1996.

DOUCET, Hubert. L'éthique biomédicale. *Le Monde*, 18 nov. 1993.

NERINCK, Claire. Le droit à la recherche de ses catégories. In: *De la bioéthique au bio-droit*. Paris: LGDJ, 1994.

_____. Le vide législatif. In: *De la bioéthique au bio-droit*. Paris: LGDJ, 1994.

MEULDERS-KLEIN, Marie-Thérèse. La production des normes en matière bioéthique. In: *De la bioéthique au bio-droit*. Paris: LGDJ, 1994.

BARBIERI, Jean-François. Question de responsabilité. In: *De la bioéthique au bio-droit*. Paris: LGDJ, 1994.

A DESIGUALDADE DOS GÊNEROS, O DECLÍNIO DO PATRIARCALISMO E AS DISCRIMINAÇÕES POSITIVAS

Rodrigo da Cunha Pereira

Advogado

Mestre em Direito Civil (UFMG)

Prof. de Direito de Família da PUC-MG

Sumário

1. Introdução. 2. Igualdade dos gêneros como regra de juízo e a inclusão no laço social. 3. O não-lugar da mulher ou, a história de uma ausência. 4. A identidade feminina. 5. Sobre a identidade masculina: declínio do viril ou do patriarcalismo?. 6. Discriminações positivas ou ações afirmativas como conclusão. 7. Bibliografia.

1 INTRODUÇÃO

O grande grito da contemporaneidade é o da igualdade. Igualdade dos direitos entre homens e mulheres, das raças, dos estrangeiros, das classes sociais... Desde a Carta da ONU, em 1948, ficou declarada a igualdade de direitos entre todos os homens.

O discurso da igualdade está associado a uma outra categoria de nosso tempo: a cidadania. Esta estruturou-se com o crescimento das cidades e com a definição do sentido do público e do privado.

“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: I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações nos termos desta Constituição.”

Este é um dos princípios da atual Constituição brasileira (art. 5º) e enunciado da maioria dos ordenamentos jurídicos, como palavra de ordem após a Revolução Francesa e especialmente após a Declaração dos Direitos do Homem pela Organização das Nações Unidas – ONU.

Em 1995, após longa preparação em todo o mundo, realizou-se na China a Conferência Mundial de Mulheres. Neste encontro, mulheres de todos os lugares e culturas do planeta novamente discutiram as violações de seus direitos, a discriminação e as desigualdades de direitos entre os gêneros. Demonstrou-se que as mulheres, independentemente da classe social, têm menor ascensão profissional, atingem menor número de cargos de direção, recebem salário inferior ao do trabalhador masculino, submetem-se a uma relação de dependência econômica etc., etc. Reivindicou-se, como forma de diminuir estas injustiças e violências, mudanças legislativas. Por outro lado, constatou-se que nos países onde há avanços legislativos de proteção à mulher, falta a implementação institucional pelo aparelho de Estado, que fragiliza a força normativa das leis reparadoras das desigualdades.

Vê-se, portanto, que a igualização de direitos entre os gêneros não se resolveria simplesmente através de textos legislativos anunciadores de uma igualdade. No Brasil, por exemplo, a lei maior, mais que declarar, estabelece esta igualdade. Entretanto, não há de pronto ainda, e de fato, tal igualdade. Há uma distância entre o fato e o Direito.

A questão está em que o princípio da igualdade transcende o campo normativo. Os fatos geradores do *apartheid* feminino, hoje menos acentuados em algumas sociedades, estão na essência da própria cultura. Os ordenamentos jurídicos são também tradutores destas culturas. Portanto, apesar da proclamação da igualdade pelos organismos internacionais e pelas constituições democráticas do fim deste século, não está dissolvida a desigualdade de direitos dos gêneros. A mulher continua sendo objeto da igualdade, enquanto o homem é o sujeito e o paradigma deste pretenso sistema de igualdade. Isto por si só já é um paradoxo para o qual Direito ainda não tem resposta: qualquer tentativa de normatização sobre esta igualdade terá como paradigma um discurso que é masculino. Mas, o fim deste milênio reflete uma mudança desencadeada pela revolução das mulheres, entrelaçada com o político, econômico, social, religioso, ético e estético. O patriarcalismo, com sua ideologia autorizadora da desigualdade dos gêneros, terá que transitar para um outro lugar, já que alguns de seus elementos básicos estão se rompendo.

2 IGUALDADE DOS GÊNEROS COMO REGRA DE JUÍZO E A INCLUSÃO NO LAÇO SOCIAL

A idéia de igualdade interessa particularmente ao Direito, pois a ela está ligada a idéia de justiça. A justiça é a regra das regras de uma sociedade e é o que dá o valor moral e respeito a todas as outras regras. Portanto, é a questão da justiça que permite pensar a igualdade. E é o princípio da igualdade, em todos os sentidos, e aqui particularmente a de gênero, que os ordenamentos jurídicos mais atuais vêm legislando no sentido de alcançar o princípio básico do Direito e estabelecer as formas contemporâneas do laço social. Esta igualdade é posta, então, como uma regra de juízo.

Se todos são iguais perante a lei, todos estão incluídos no laço social. Sabemos, entretanto, que os excluídos constituem-se em uma realidade. No Brasil, por exemplo, era proibida qualquer participação política da mulher até a Constituição de 1934, quando alcançou o direito de voto. Foi em 1962, com o “Estatuto da Mulher Casada” (Lei n. 4.121/62), que ela adquiriu capacidade jurídica e ficou autorizada, por exemplo, a praticar atos de comércio. Esta exclusão do laço social, na maioria das vezes autorizada pelo Direito, fez e faz com que tais pessoas não sejam propriamente sujeitos de direito.

A constituição do sujeito de direitos é condição necessária para que os homens sejam cidadãos. Quem não é reconhecido pelo Direito como sujeito não pode ser identificado como cidadão. Assim, é o Direito que proíbe e interdita o cidadão, autorizando-o no campo da legitimidade ou excluindo-o. Na verdade isto é um mecanismo ficcional, pois existimos é a partir da existência do *outro*. Existimos e somos em relação ao *outro*. É neste sentido que *Lacan*, engendrando sua teoria, nos demonstra que a criança adquire sua individualidade a partir do momento em que, separando-se da mãe, tem acesso à ordem dos símbolos e começa a adquirir sua própria identidade. E esta só é possível porque o pai, representante da lei, o censor, mostrou àquela criança que existe um outro. Assim, somente a criança marcada pela lei do pai tem acesso ao simbólico, e separa-se da mãe e torna-se sujeito. Tornando-se sujeito é que poderá assujeitar-se às leis jurídicas e tornar-se cidadão como os outros cidadãos, pensar sua liberdade e autonomia.

O acesso à cidadania pressupõe uma sociabilidade marcada pelo discurso iluminista que clama pela liberdade, fraternidade e igualdade. Paradoxalmente, quanto mais se declara a universalidade da igualdade dos direitos, mais abstrata se torna a categoria dos direitos, mais e mais se ocultam as diferenças que essa ordem social gera, e cuja subsistência dependerá agora, em boa medida, da negação e encobrimento daquelas.

Para se pensar a cidadania hoje, há que se substituir o discurso da igualdade pelo discurso da diferença. Precisamos desfazer o equívoco de que as diferenças significam necessariamente hegemonia de um sobre o outro. Ao contrário, a construção de uma verdadeira cidadania só será possível na diversidade. É somente a partir de uma *alteridade*, da existência de um diferente, de um *outro*, é que se pode construir uma identidade. Se fôssemos realmente todos iguais não seria possível, ou mesmo necessário, falar desta igualdade. É necessário o diferente para que exista o outro. Sem o outro, sem a alteridade não existiríamos como sujeitos humanos.

A efetivação da igualização dos direitos entre homens e mulheres não é simples. Ela está entremeadada de uma complexidade que o pensamento jurídico, por si só, não é capaz de responder. Entretanto, poderá começar a ser desvendada com a ajuda de outros campos do conhecimento, e quando começarmos a pensar nesta igualdade de direitos a partir das diferenças. Isto poderá ajudar a superar todo o etnocentrismo, todo o antropomorfismo, a resgatar o singular e irrepitível, a perceber a irredutibilidade do nosso próprio corpo e relevância originária do feminino e do masculino.

3 O NÃO-LUGAR DA MULHER OU, A HISTÓRIA DE UMA AUSÊNCIA

A história da mulher no Direito, ou, o lugar dado pelo Direito à mulher, sempre foi um não-lugar. Na realidade, a presença da mulher é a história de uma ausência, pois ela sempre existiu subordinada ao marido, ao pai, sem voz e marcada pelo regime da incapacidade jurídica.

O movimento feminista, de uma maneira geral, é a reivindicação de uma cidadania, de um lugar de sujeito e para o sujeito. Mas este lugar conquistado, onde a mulher era emoldurada e confinada à reprodução e produção privada, e nunca considerada na economia global de um país, só foi possível graças à aliança de interesses com o próprio homem e um repensar da divisão sexual do trabalho. Afinal, para o sistema, a mulher também é força produtiva, e mais barata.

Podemos observar que a maioria das mulheres que ascendeu ao poder, conseguiu e mantém-se através de um discurso masculino. Será possível uma mulher exercer sua participação política com um discurso feminino? Pode-se dizer então, que ela apropria-se de algo que não é seu, o discurso

fálico masculino. É neste sentido a célebre frase de *Lacan*, que até hoje provoca inquietações: *a mulher não existe*.

Embora pareça uma novidade, os homens sempre disseram isto de outras formas. Por exemplo, em vários concílios da Igreja Católica, decidiram que a mulher não fazia parte do gênero humano e a remetiam a um estado de total inexistência. Está próximo ainda, a redação original do Código Civil Brasileiro, só modificada pela Lei n. 4.121 de 1962, que seguindo tendência da maioria das legislações estabelecia a incapacidade da mulher, *in verbis*:

“Art. 6º São incapazes, relativamente a certos actos (art. 147 n. 1), ou à maioria de os exercer:

I - [...]

II - As mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal; [...]”

A frase de *Lacan* talvez tenha chamado tanta atenção por ser dita por um psicanalista, e se espera daí uma posição progressista. Entretanto, ela não tem o mesmo sentido de desvalorização da mulher, como sempre se fez no patriarcalismo. Embora pareça ao contrário, foi *Lacan* quem veio situar a feminilidade como um valor suplementar, e não excludente, em relação ao que os homens sempre afirmaram das mulheres.

Para que o Direito possa apreender a noção mais profunda do justo, e afinal cumprir sua função primeira que está na idéia de justiça, torna-se necessário compreender um outro campo: o da subjetividade feminina. Com estas noções, a idéia de igualdade será considerada a partir de subjetividades, masculina e feminina, desfazendo-se a confusão, e talvez uma falácia de nosso tempo, que é a igualdade de todos sem considerar as subjetividades. O Direito não pode mais desconsiderar que no campo da objetividade perpassam questões que não são somente do mundo objetivo. A partir do momento em que *Freud* demonstrou ao mundo a existência do *inconsciente*, estas noções pragmáticas pertencentes somente ao campo da objetividade devem ser retrabalhadas.

4 A IDENTIDADE FEMININA

A construção da identidade feminina não pode ser feita em relação à masculina, e tomando-a em paradigma como sempre o foi. Segundo a

Psicanálise, existe algo na estrutura dos sujeitos femininos que os conduzem a ocupar este lugar cultural, estes papéis de dependência e de existência em relação ao outro. Estas peculiaridades, masculina e feminina, constroem-se a partir das anatomias do menino e da menina. É *Freud* quem explica:

“Não encontrando em seu próprio corpo, o órgão fático socialmente valorizado, as mulheres se identificam com a falta. E como tal, procurarão nortear sua vida na posição daquela que não tem e precisa receber de quem tem.”

Para ele, a diferença anatômica dos sexos vem apenas dar forma às teorias sexuais infantis que precedem a descoberta da diferença anatômica dos sexos.

Para a Psicanálise, o primeiro objeto de amor, tanto do menino quanto da menina é a mãe, e para satisfazer a este amor da mãe, há uma erogeneização da mesma forma no pênis e no clitóris. Assim, as crianças de ambos os sexos imaginam, em primeiro lugar, que há um pênis que é equivalente, e é por isto que o pênis aparece como o único símbolo. Segundo o psicanalista *Gerard Pommier*, é por esta razão principal que não há traço de identificação da mulher.

“Trata-se de uma maneira de simplificar o aforismo. ‘A mulher não existe’. Na medida em que esta mulher não existe, vou tentar mostrar que ela se encontra no lugar da fantasia, tanto para os meninos como para as meninas. Se ‘A mulher não existe’, será que isto significa que cada mulher, em particular, não existe?”

Embora a Psicanálise engendre sua teoria a partir da cultura falocêntrica, ela não desvaloriza o feminino. Ao contrário, ela traz este *enigma* para o seu centro. Como assevera *Pommier*, a mulher é assim como um homem, pois a lembrança de seu amor primeiro por sua mãe a faz ingressar no “gozo fático”. E é mais que um homem, pois o amor que lhe é dirigido vem situá-la no centro do sonho masculino, fantasia que a transcende para mais além do falo, num *Outro Gozo*.

Não há dúvidas de que existem vários sinais do feminino, além de sua anatomia. O batom, o tom da voz, a delicadeza, os gestos, os adornos são

formas de reconhecimento universal a que poderíamos chamar de “natureza feminina”. Mas não são estes sinais que asseguram a identidade feminina. *Pommier*, interpretando a teoria lacaniana, nos diz que

“esses sinais vêm no lugar de uma ausência de traços de identificação. Recobrem a presença de um vazio que exige sua causa, e, sob sua máscara, nada é identificado. Tais índices do feminino são os da vacuidade. [...] O mistério feminino, o de uma falta encarnada, se iguala ao mistério antigo, ao véu sempre lançado sobre o falto. A feminilidade ocupa um lugar-mestre através de sua própria exclusão, tão longe quanto remontam as reminiscências, as lembranças e as construções da infância.”

Como se vê, a questão do feminino não é mesmo simples. Mas a Psicanálise, ao contrário do que algumas feministas apregoam, tem o grande mérito de apontar o desconhecido mundo feminino. *Freud* revela isto quando constrói sua teoria a partir das sexualidades, onde o feminino é simbolizado como aquele que não tem, ou melhor, a partir daquele que sabe que tem a falta. Esta falta, representada a partir das anatomias do menino e da menina, é que faz com que a mulher busque identificar-se com o outro que ela pensa que tem.

O aforismo de *Lacan*, *A mulher não existe*, é de grande importância, pois foi a partir daí que começou-se a pensar que as mulheres ainda não apresentaram ao mundo o seu discurso, pois até então, todo ele é baseado e identificado com o masculino. É somente quando se tem esta conscientização que nasce a possibilidade de a mulher apresentar ao mundo um discurso feminino que seja próprio e possa ser incluído nas relações sociais e conseqüentemente nas relações civis e jurídicas.

Assim, a parte da mulher para a construção de uma sociedade mais igualitária e um ordenamento jurídico mais próximo do ideal de justiça, só será possível a partir do momento em que as diferenças dos gêneros forem consideradas. A igualdade genérica, ao contrário do que se apregoa e imagina, poderá estar a favor de um reforço das desigualdades. Marcar as diferenças talvez seja o primeiro passo para apontar a submissão de um gênero ao outro. Identificar a diferença é reconhecer que o feminino tem um lugar de inclusão e não de exclusão, um lugar de sujeito e não de assujeitado ao masculino.

5 SOBRE A IDENTIDADE MASCULINA: DECLÍNIO DO VIRIL OU DO PATRIARCALISMO?

A sustentação da identidade masculina patriarcal, pautada historicamente no ideal de virilidade, colocada num lugar privilegiado e dotada de algo mais que a mulher está posta em questão. Resta saber se a redefinição dos papéis feminino e masculino irá, ou não, alterar o lugar *estruturante* que o homem ocupa na organização e estruturação familiar.

A História, a Psicanálise, o Direito e até mesmo as religiões asseguram ao homem, principalmente como pai, um lugar mais que fundamental: fundante. Fundante porque é ele que, ocupando o lugar da lei, possibilita a passagem da natureza para a cultura, através de um interdito proibitório na relação mãe-filho.

Desde o patriarcalismo, o homem sempre se definiu como um ser humano privilegiado, dotado de alguma coisa a mais, ignorada pelas mulheres: o mais forte, mais inteligente, mais corajoso, mais responsável, mais criativo ou mais racional. Sempre havia um *mais* para justificar a relação hierárquica com as mulheres, ou pelo menos com a sua. *Pierre Bordieu*, em seu livro *A Dominação Masculina*,¹ pontua que *ser homem é estar instalado, de saída, numa posição que implica poderes: É a illusio viril que está na base da libido dominandi*. Ou seja, é a *libido dominandi* que está na base da virilidade, ainda que ilusória. E mesmo se o dominante for dominado por sua dominação, esta última será o critério definitivo da identidade masculina.

Em conseqüência do movimento feminista, na década de 70 os homens começaram a questionar sobre sua identidade. O papel masculino ideal, fonte de alienação para os homens e desentendimentos com as mulheres foi colocado em xeque.

Contrariamente à identificação feminina, a identificação do homem, tradicionalmente se define mais por evitar alguma coisa do que propriamente desejar alguma coisa, ou seja, ser homem significa: não ser feminino, não ser homossexual, não ser dócil, dependente ou submisso; não ser efeminado, não ter relações íntimas com outros homens. Assim, a construção da identidade masculina, confundiu-se com um processo de diferenciação.

“Durante muitos anos, eu imaginava que a mulher era o mistério absoluto. Hoje, sou eu, na condição de homem, que acho difícil

1 BORDIEU, Pierre. La domination masculine. *Acts de la recherche en sciences sociales*, n. 84, p. 21, set./90.

compreender... Acho que posso compreender para que serve uma mulher, mas um homem, para que serve exatamente? Que significa: sou um homem?”²

Declarações como esta seriam impensáveis há 30 anos, pois naquela época o homem pensava que sabia sobre sua identidade, e ninguém ousava questioná-la.

A identidade masculina não está garantida por nenhum conceito que a defina a partir de um predicado. Um ato se faz necessário, pois sem ele o sujeito não se efetiva como membro da classe dos homens. O candidato se afirma como homem antes mesmo da constituição da classe, isto é, do universal que permite proposições do tipo: animal racional, “aquilo roxo”, “macho não chora” etc. Ser homem se diz mais no imperativo do que no indicativo. “Seja homem”, freqüentemente dito, é um sinal de que a virilidade talvez não seja tão natural quanto se pretende. Ser homem implica um trabalho que não é exigido das mulheres. Assim, o homem se apressa a definir-se como homem, receioso de que venha alguém lhe dizer que não é...

Mas, afinal, o que mesmo um homem quer, além de ficar por aí perguntando “o que quer uma mulher”? Esta é uma pergunta que os homens tentam evitar de fazê-la, a não ser quando vêm sua virilidade ameaçada, pois queremos que ela queira só o que temos a oferecer. Nossa fé no significante único sobre o qual se estrutura o ideal do gênero masculino(falo), não nos permite duvidar. Esta dúvida só se torna possível ao macho quando ele se *histeriza* um pouco e permite-se duvidar. E aí a questão formulada pelo primeiro neurótico assumido da história, *Freud*, o fundador da Psicanálise, volta à cena quando, através do enigma da mulher, ele pode indagar sobre o próprio desejo.

Colette Soler, em seu livro *Existe el Narcisismo Feminino?*, indaga porque ninguém pergunta *o que quer um homem*. Provavelmente porque todos já sabem: *quer um objeto cujo valor de mais gozar compense o menos gozar da castração*.³

Mas o homem nunca pode saber o que quer uma mulher, já que o que ela quer é ser objeto de seu desejo. *Seria preciso que ele soubesse, quisesse, supor-*

2 PHILIPPE DJIAN. *Lent de hors*. Bernard Barrault, 1991, p. 44, 63.

3 SOLER, Colette. *Existe el narcisismo feminino?* Escola de la Orientacion Lacaniana, 1994.

tasse saber de seu próprio desejo para ter a resposta. Talvez seja mesmo uma pergunta para ser perguntada, e não respondida.

O melhor homem, segundo *Maria Rita Kehl* é mesmo aquele que

“não quer nem saber – mas detém alguma arte no fazer. Fazer que a mulher responda ao seu desejo. Fazer que ela lhe minta bem. Fazer que ela acredite que ele, ao nada perguntar, sabe perfeitamente o que ela quer. A arte erótica do homem consiste em saber fazer.”⁴

Por outro lado, poderíamos dizer que a mulher sabe muito bem o que quer: manejar o desejo masculino, mesmo sem nomeá-lo. Mas isto não a satisfaz, nem a tranqüiliza, pois esta posição é trabalhosa e sempre ameaçada. Esta insatisfação consiste em não saber quem ela pode ser fora do âmbito do gozo amoroso, coisa que nenhum amante pode lhe responder, e exigiria dela arriscar levantar algum véu e decepcionar aquele que só lhe pede que saiba mentir.⁵

Mas, a pergunta continua: o que quer um homem, o que pode um homem, ou, o que é um homem? Após a década de 70, com as certezas abaladas sobre os lugares definidos pelo patriarcalismo, a resposta é: no final do Século XX o homem não sabe mais se definir... *Gunter Grass* responde: *Um lugar de doloroso sofrimento... um brinquedo do acaso... um teatro de angústia e desesperança*. Diante deste indefinido, ou, da dificuldade de se redefini-lo, os versos de *Marcelo Nova* (roqueiro da banda *Camisa de Vênus*), embora também não cumpra esta tarefa, ajuda a falar sobre o desejo masculino:

“... Meu desejo voa, vem, vai de trem além de bonde/Se exhibe quando a trilha é clara, no túnel escuro ele se esconde/Mas se o objeto é da primeira, de segunda a segunda-feira/Meu desejo se mantém firme, ereto, madeira// Meu desejo é impossível, imprevisível e amoral/Às vezes me faz escravo, às vezes nem faz por mal/Tem horas que fecha os olhos, babando assim como quem dormiu/Mas de tão cego enxerga até o que eu sei que ele não viu.”

4 KEHL, Maria Rita. O que um homem quer saber? *In: Sobre o desejo masculino*. Salvador: Agalma, 1995, p. 108.

5 *Ibidem*, p. 109.

A indefinição do homem como provedor, mantenedor, aquele que paga a conta e sustenta a família, está mesmo perdendo terreno. Assistimos neste final de século, por exemplo, o crescimento do número de famílias chefiadas e sustentadas por mulheres. Mas não se pode com isto, dizer que há um declínio do masculino. Há sim, o declínio das funções que sempre foram identificadas com o masculino e a virilidade. Na realidade a mudança, ou o declínio, é do milenar sistema patriarcal. Mais que isto: o declínio de uma ideologia patriarcal, no contexto e em consonância com o fim das teorias e ideologias totalizantes.

6 DISCRIMINAÇÕES POSITIVAS OU AÇÕES AFIRMATIVAS COMO CONCLUSÃO

Norberto Bobbio, filósofo italiano e um dos mais importantes pensadores do nosso tempo, já disse que a revolução da mulher foi a mais importante revolução do Século XX.⁶ A partir daí a feminilidade e a sexualidade feminina começaram então a ser vistas independentemente do espaço doméstico. A *ausência* histórica da mulher no espaço público tinha, por outro lado, uma produção silenciosa das possibilidades desejantes e da subjetividade.

Considerando o que se convencionou chamar *falo* em nossa cultura, como aquilo que sinaliza o *valor*, como as mulheres poderiam conquistar, no campo social o *falo da fala* sem contrariar seus atributos femininos? Retomando o aforismo de *Lacan*, *A mulher não existe*, já que não foi apresentado ao mundo o discurso feminino, como seria possível, pela via do Direito e seus instrumentos normativos, proporcionar a igualdade de direitos, respeitando-se as diferenças dos gêneros?

Para que se alcance a igualdade formal consagrada no art. 5º, I, da Constituição Federal, é necessário que as leis estabeleçam benefícios para aqueles que estão em condições desiguais. Estes “benefícios legislativos” constituem atualmente o que denominamos de *ações afirmativas*. É que a realidade trazida pelas estatísticas⁷ mostra-nos a necessidade da elaboração

6 TELLES, Lygia Fagundes, PRIORE, Mary del (Coord.). *História das mulheres no Brasil*. São Paulo: Contexto/Unesp, 1997.

7 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família* – uma abordagem psicanalítica. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 116-118.

de instrumentos normativos para diluir as desigualdades dos gêneros. Por exemplo, as mulheres recebem 40% a menos que os homens para a mesma atividade profissional; a participação das mulheres no mercado de trabalho é 40% menor que a dos homens.

As *ações afirmativas*, também chamadas de *discriminação positiva*, prática já bastante avançada nos EUA e países da Europa, consiste em adotar medidas legislativas para superar a desigualdade entre homens e mulheres, a exemplo do que adotou-se para garantir a quota mínima de 20% de mulheres candidatas aos cargos legislativos para as eleições municipais de 1996. No campo específico do Direito de Família essas *ações afirmativas* viriam reconhecer diferenças, não só biológicas, mas principalmente as de ordem cultural, evitando-se inclusive a dupla jornada de trabalho. Sabemos todos, por exemplo, que o investimento profissional da mulher, em decorrência da maternidade, não é o mesmo do homem, em razão da paternidade. Maternidade e paternidade, pelo menos até que estes valores sejam repensados ou reestabelecidos em nossa cultura, são exercidos de formas completamente diferenciadas. As discriminações positivas viriam equilibrar as diferenças quando, por exemplo, valorizassem o espaço doméstico, tanto quanto o espaço público historicamente foi valorizado.

Talvez o primeiro exemplo destas *positive discrimination* seja mesmo a que já está no Código Civil Brasileiro, quando estabelece em seus arts. 183, XII e 258, inciso II, diferenças para homens e mulheres, em relação à idade mínima para o casamento, e máxima para limitar a liberdade dos nubentes na escolha do regime matrimonial de bens. Podemos até questionar se estas idades atualmente correspondem, ou não, à realidade do início do século, consciente ou inconscientemente quando da elaboração deste texto normativo. Mas importante é observar que mesmo o legislador do início do século já tinha a intenção de implementar essas *ações afirmativas* para estar mais próximo do ideal de justiça.

Não se pode afirmar, de maneira alguma, que essas *ações afirmativas* estariam infringindo o princípio constitucional da igualdade dos gêneros. A própria Constituição Federal concede tratamento diferenciado quando estabelece, por exemplo, aposentadoria para a mulher, cinco anos antes do homem. Estas discriminações são positivas pois constituem, na verdade, preceitos compensatórios como solução para superar as diferenças.

É a competente e visionária Desembargadora gaúcha, *Berenice Dias*, em seu texto *A solução para a desigualdade*, quem melhor sintetiza esta questão:

“Ao que se deve atentar não é à igualdade perante a lei, mas ao direito à igualdade mediante a eliminação das desigualdades, o que impõe que se estabeleçam diferenciações específicas como única forma de dar efetividade ao preceito isonômico consagrado na Constituição.”⁸

7 BIBLIOGRAFIA

- BORDIEU, Pierre. La domination masculine. *Acts de la recherche en sciences sociales*, n. 84, set./90.
- DIAS, Maria Berenice. A solução para a desigualdade. *Jornal Zero Hora*. Porto Alegre, 28 maio 1997.
- KEHL, Maria Rita. O que um homem quer saber? *In: Sobre o desejo masculino*. Salvador: Agalma, 1995.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família – uma abordagem psicanalítica*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- PHILIPPE DJIAN. *Lent de hors*. Bernard Barrault, 1991.
- SOLER, Colete. *Existe el narcisismo feminino?* Escola de la Orientacion Lacaniana, 1994.
- TELLES, Lygia Fagundes, PRIORE, Mary del (Coord.) *História das mulheres no Brasil*. São Paulo: Contexto/Unesp, 1997.

8 DIAS, Maria Berenice. A solução para a desigualdade. *Jornal Zero Hora*. Porto Alegre, p. 23, 28 maio 1997.

OS DIREITOS DA MULHER NAS CONVENÇÕES INTERNACIONAIS – SUA INTEGRAÇÃO NOS MECANISMOS DOS DIREITOS HUMANOS

Florisia Verucci

Advogada

Membro do Conselho Estadual da Condição Feminina de São Paulo

Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros

Olympe de Gouges, nascida em 1748, liderou as mulheres que queriam ter voz ativa no processo da Revolução Francesa. Reclamou o direito de voto às mulheres, o direito de exercer um ofício e o reconhecimento das uniões concubinárias. Advogou pela abolição da escravidão dos negros, por melhores condições para a maternidade e contra a pena de morte. Propôs um *referendum* sobre a escolha do sistema de governo.

Mas a Convenção mandou-a para a guilhotina – em 1791, aos 43 anos de idade – pelo delito de haver “esquecido as virtudes de seu sexo e intrometer-se em assuntos da República”. Seus julgadores consideravam as mulheres ineptas para a vida pública.

Quando se comemoravam os 200 anos da Revolução Francesa, historiadoras tiraram do ostracismo um documento extraordinário – a Declaração dos Direitos da Mulher e da Cidadã, em que *Olympe de Gouges* sintetiza seu pensamento.

Vale a pena lembrar desse documento que serviu de motivo para sua pena de morte.

*Vovelle*¹ diz que o Século das Luzes (Século XVIII) foi por excelência o século das mulheres – elas estavam presentes e visíveis por toda parte, mas totalmente excluídas do poder político e dos negócios jurídicos, econômicos e científicos. A influência das mulheres foi muito grande nos primeiros tempos da Revolução, mas foram riscadas totalmente logo depois. A Con-

1 VOVELLE, Michel. O século das mulheres. In: *França Revolucionária – 1789-1799*. São Paulo: Brasiliense, 1989.

venção negou-lhes o reconhecimento de seu direito de cidadania, de seus direitos profissionais e políticos.

Duzentos anos depois o tema da igualdade de direitos para homens e mulheres tornou-se paradigma do Século XX em decorrência da reflexão sobre os temas que concernem aos direitos de toda a humanidade, oficializados na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, das Nações Unidas.²

As questões que dizem respeito às mulheres têm sido objeto de estudos e pesquisas de fundamental importância para o conhecimento da extensão das diferenças, das discriminações e das carências das populações femininas, sobretudo nas décadas de 70 e 80, quando esses estudos tiveram intensa divulgação. A Unesco foi o órgão que mais contribuiu nesse período para o conhecimento da situação das mulheres no mundo.

O Relatório de Desenvolvimento Humano, de 1995, do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, traz um retrato completo da situação das mulheres em todos os países, confrontada com as normas e decisões internacionais, originadas nas conferências e convenções internacionais.

Na América Latina, a Faculdade Latino Americana de Ciências Sociais – FLACSO, sediada em Santiago do Chile, em parceria com outras instituições, procedeu à pesquisa *Mulheres em Dados*, país por país.³

Em nível nacional, a grande maioria dos países ocidentais desenvolvidos ou em vias de desenvolvimento incluiu em suas constituições princípios garantidores da igualdade entre os sexos, condenando discriminações, acrescentando essas às referentes a raça, classe social, credo político e religioso. No Brasil essa inclusão data da Constituição de 1934.

Gradualmente, os direitos da mulher foram integrados aos mecanismos dos direitos humanos, formando parte de um processo de construção de uma cultura universal de respeito pela pessoa humana. O papel dos movimentos feministas, originados nas mulheres de classe média dos países desenvolvidos – Estados Unidos e Europa Ocidental –, foi de vital importância para esse processo. Sobretudo na América Latina, onde os movimentos feministas viveram com dupla identidade – a da reflexão sobre a condição feminina de subalternidade e incapacidade jurídica, e a da participação

2 Originalmente denominada Declaração Universal dos Direitos do Homem.

3 ECHENIQUE, Teresa Valdes (Coord.) *Mulheres latino-americanas em dados*. Espanha: Instituto da Mulher; Chile, Santiago: FLACSO, 1993.

determinante nos processos de abertura democrática e de resistência aos regimes autoritários e repressores que infestaram o continente na década de 70. No Brasil, essa duplicidade atuava às vezes no meio de contradições políticas, pois os partidos e grupos de esquerda, que lideravam a oposição ao regime militar, cooptavam os movimentos feministas para a “luta geral”.

Os países orientais, que não têm em sua cultura política os marcos da democracia – a Revolução Parlamentar Inglesa, a Independência dos Estados Unidos e a Revolução Francesa –, assim como os países socialistas, consideram os direitos humanos sob o enfoque coletivista⁴ e não dos indivíduos; alguns resistem a certos direitos consagrados na Declaração Universal,⁵ como os países muçulmanos, para quem as normas religiosas impedem a aceitação do primado do indivíduo diante da tradição da comunidade; no que respeita às mulheres a resistência é ainda maior, estando estas submetidas, com algumas variações de país a país, à condição de subalternidade e sujeição ao *status* masculino.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, “marco absoluto da democracia moderna”, não é coercitiva, mas os países que a integram aderem a um direito costumeiro e abdicam de uma parcela de sua soberania, reconhecendo o direito da comunidade internacional, de observar suas ações e opinar sobre seu comportamento interno. Existem discussões doutrinárias sobre a força de coerção da Declaração, mas são raros os casos de países que invocam o princípio da não-ingerência.

A Carta das Nações Unidas, em seu art. 2º, § 7º, introduz o princípio da não-ingerência, mas, em conjunto com o art. 55, alínea c, traz o compromisso de os Estados-Membros agirem em cooperação com a ONU para a “promoção” do respeito e observação universal dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião.⁶ Daí resulta a força crescente das Organizações Não-Governamentais, que assumem o papel de “fiscais” das ações do governo e da sociedade, além do papel de incentivadoras e promotoras do cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados.

Foi somente a partir dos meados da década de 70 que a ONU, através da Comissão de Direitos Humanos, passou a ter um caráter interven-

4 ALVES, J. A. Lindgren. *Os direitos humanos como tema global*. São Paulo: Perspectiva, FONAG, 1994.

5 Declaração Universal dos Direitos Humanos – ONU 1947, adotada sem consenso (48 votos a 0 com 8 abstenções) na Assembleia Geral da ONU de 10/12/1948.

6 ALVES, J. A. Lindgren. *Op. cit.*

cionista, utilizando mecanismos de controle; antes dessa fase, dedicou-se a formular princípios gerais (de 1947 a 1954) e promover valores através de cursos, de seminários e de estudos (de 1955 a 1966).

Desde a Declaração de 1947, mais de sessenta Declarações e de Convenções foram adotadas pela ONU, referindo-se a direitos humanos. As mais importantes referem-se à discriminação racial, à discriminação da mulher, à tortura e às crianças.⁷

A Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher foi adotada em 1979, produto dos trabalhos que envolveram a Conferência Internacional da Mulher do México de 1975, que inaugurou a Década da Mulher. Entrou em vigor em 1981.

O Brasil, pelo Decreto n. 89.460/84, homologou a referida Convenção com ressalvas aos artigos: 15, § 4º, e 16, § 1º, alíneas **a**, **c**, **g** e **h**, desconhecendo, naquele momento, o importante trabalho desenvolvido pelas mulheres para modificar o Código Civil.⁸ As ressalvas referiam-se ao *status* da mulher casada: escolha de domicílio, igualdade de direitos no casamento e na sua dissolução. Em consequência da Constituição de 1988, o Itamaraty encaminhou ao Congresso Nacional mensagem propondo a retirada dessas ressalvas.

A Convenção de 1981 ressalta a discriminação positiva, pela qual os Estados devem adotar medidas para acelerar o processo de equiparação de direitos e de condições entre os homens e as mulheres. A denominação hoje mais correta é a de ações positivas, como o fato recente e inédito, no Brasil, de se estabelecer, por lei, quota de 20% para o mínimo de apresentação de candidaturas femininas de cada partido político nas eleições municipais.

O mais relevante conteúdo da Convenção pode se resumir nos seguintes pontos:

1. Direito de votar e ser votada para cargos políticos e órgãos públicos e de exercer funções públicas em todos os níveis.
2. Direito de participar da formulação de políticas governamentais e de organizações não-governamentais voltadas para a vida pública e política.

7 A Carta Internacional de Direitos Humanos foi constituída basicamente pelos dois primeiros Pactos Internacionais: sobre Direitos Cívicos e Políticos e sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Os Pactos foram aprovados pela Assembléia Geral de 1966, mas só entraram em vigor em 1976, quando completou-se o número de ratificações necessárias para sua vigência.

8 Esboço do Novo Estatuto Civil da Mulher, já transformado em projeto de lei tramitando na Câmara dos Deputados, e depois inserido como emenda no Projeto do Novo Código Civil de 1975, de autoria de *Florisa Verucci* e *Silvia Pimentel*.

3. Igualdade perante a lei.
4. Direitos iguais quanto à nacionalidade.
5. Direito ao trabalho com igualdade de oportunidades e de salários em relação aos homens.
6. Igualdade de acesso aos serviços de saúde pública e de planejamento familiar.
7. Direitos e responsabilidades iguais no casamento e na relação com os filhos.
8. Proteção contra o casamento infantil e a exploração sexual.
9. Medidas para modificar os padrões culturais de conduta que mantêm as mulheres em situação de inferioridade.
10. Medidas para reprimir a prostituição e o tráfico de mulheres.

A Convenção conta com um comitê de controle, o Comitê para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres – CEDAW, composto por 23 membros, que analisa os relatórios periódicos que os Estados-Partes se obrigam a apresentar sobre as medidas tomadas no interior dos países para implementar a Convenção.

Em setembro de 1987 o CEDAW se reuniu no Brasil. Nessa reunião, procedeu-se a um “balanço” dos avanços e das dificuldades enfrentadas até então, principalmente pelos países em vias de desenvolvimento. Até então, o governo brasileiro não havia apresentado seu relatório à ONU, como havia se obrigado ao assinar a Convenção, assim como se obrigam todos os signatários.

Uma equipe, nomeada pela coordenação do CEDAW, fez um levantamento da situação dos principais setores como saúde, educação, violência, legislação e esses documentos serviram de tema de referência para os debates então realizados.

Embora a Convenção seja a mais importante de todas as que foram adotadas pela ONU, pois afeta mais da metade da população do planeta, conta com menos ratificações do que as outras Convenções: 118, até 1993. É, entre seus similares, o instrumento jurídico que conta com o maior número de ressalvas, pois contraria legislações discriminatórias de muitos países – “às vezes por mero anacronismo superável sem maiores problemas, como no caso brasileiro –, mas também crenças e costumes arraigados, respaldados, não raro, em tradições ancestrais, nefastas ou doutrinas religiosas.”⁹

9 ALVES, J. A. Lindgren. *Op. cit.*

A Conferência Mundial de Copenhague em 1980, no meio da década, aprovou um programa de ação para a segunda metade da década: “Igualdade, Desenvolvimento e Paz”, em que se faz um exame pormenorizado dos obstáculos com que se confrontava e do consenso internacional referente às medidas que se deveria adotar para o progresso da mulher. Nesse mesmo ano, a Assembléia Geral da ONU adotou-o como seu Programa de Ação.

Ainda em 1980, a Assembléia Geral instava para que se adotassem medidas adequadas a efetuar mudanças sociais e econômicas profundas para eliminar os desequilíbrios estruturais que acentuavam e perpetuavam as desvantagens da mulher na sociedade, agravada pela crise econômica internacional desse período.

A Conferência de Copenhague interpretou a igualdade não só no sentido jurídico – a eliminação da discriminação de júri – mas também a igualdade de direitos, responsabilidades e oportunidades para a participação da mulher no desenvolvimento como beneficiária e agente ativo.¹⁰

A Conferência Internacional da Mulher de Nairobi, em 1985, tratou de uma grande prestação de contas sobre a Década instituída pela Conferência do México, em 1975,¹¹ década que coincide com o período de esforço para superar o autoritarismo e os regimes ditatoriais da América Latina. Foi a época em que se desenvolveram os grandes movimentos sociais e entre eles os movimentos feministas que estabeleceram vários instrumentos legais e institucionais para a implantação das ações positivas para igualizar o *status* jurídico das mulheres.

Em muitos países implantaram-se Ministérios, Secretarias, Comissões e vários outros tipos de órgãos públicos especiais para tratar das necessidades específicas das mulheres, com diferentes níveis de eficácia. No Brasil, foram criados os Conselhos dos Direitos da Mulher (1985), em nível federal, estadual e municipal e as Delegacias de Polícia (1985), para atendimento especial das mulheres vítimas de violência, abrigos, centros de orientação jurídica e outros serviços.

No Brasil, o movimento feminista mais radical se opunha à participação nos órgãos do Estado, mas os movimentos de mulheres participaram diretamente das discussões e das manifestações que visavam não só à emanci-

10 Estratégias de Nairobi para o futuro e progresso da Mulher – § 10.

11 Na Conferência do México, o Brasil apresentou como parte de seu programa o Plano de Atendimento Integral à Saúde da Mulher – PAISM, bastante avançado para a época, quando ainda vigorava no país o regime militar. Esse plano continua na plataforma dos movimentos de mulheres, pois não se conseguiu implantá-lo satisfatoriamente até hoje.

pação das mulheres, mas participavam do movimento político multifacetado de resistência ao regime militar e da construção do processo democrático.

Tratavam de reformas na legislação, denúncias da opressão do Estado, da opressão do mercado de trabalho, da luta pela despenalização do aborto, da luta pela anistia, da denúncia da violência doméstica, entre outras.

A Conferência Mundial para o Exame e Avaliação das Conquistas da Década da Mulher realizada em Nairobi, em 1985, aprovou as Estratégias para o Futuro e o Progresso da Mulher, com a participação de 157 países e 300 ONGs. As Estratégias visam o período entre 1986 e o ano 2000, portanto em pleno vigor, e preconizam medidas concretas para superar os obstáculos que se opõem à consecução das metas da Década e fortalecer as atividades para integrar a mulher no processo de desenvolvimento, tendo em conta a nova ordem econômica internacional. As Estratégias retomam os objetivos da Década – igualdade, desenvolvimento e paz, vinculados a três subtemas – emprego, saúde e educação.

Da avaliação exaustiva da Década resultou um documento de 372 parágrafos, em que se percorre exaustivamente todas as incidências de fatos e direitos que afetam o desenvolvimento da mulher no mundo.

Com mais de mil painéis e seminários preparados com antecedência nas várias partes do mundo e organizados na ocasião, tanto de governos como de organismos não-governamentais, Nairobi demonstrou o caráter político do feminismo, incluindo a discussão das relações de poder na sexualidade e na religião; discutiu a dívida externa e o militarismo, sem encobrir a questão da subordinação das mulheres.

“Em relação às Conferências de 1975 e 1980, houve enorme ampliação dos setores que reconhecem que a luta contra a opressão da mulher é tão importante quanto e está intimamente ligada às lutas contra todas as demais formas de opressão.”¹²

A Conferência Mundial da Mulher de 1995, realizada em Pequim, precederam duas importantes Conferências das Nações Unidas que, embora não fossem específicas da mulher, trouxeram resoluções e declarações que lhe dizem respeito diretamente: a Conferência Mundial de Direitos Humanos em Viena, em 1993, e a Conferência sobre População, no Cairo, em 1994.

12 BARROSO, Carmem. *Folha de S. Paulo*, 31 jul. 1985.

A Conferência Mundial sobre Direitos Humanos foi a maior até hoje sobre o tema e reuniu 171 países e 2000 ONGs, depois de quatro Reuniões Preparatórias, em 1991, 1992 e 1993. Foram muitas polêmicas e dificuldades pela desconfiança de muitos países em relação à ingerência em seus problemas internos e muitas diferenças ideológicas e divergências políticas. O Brasil presidiu o comitê de redação da Declaração e Programa de Ação de Viena, por indicação da comunidade internacional, e conduziu as negociações para a aprovação de cada parágrafo, aplainando muitas arestas.

A Declaração de Viena é o documento mais abrangente adotado sobre o tema e conferiu caráter efetivamente universal aos direitos definidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

O maior capítulo do Programa de Ação – do § 36 ao § 44, tem por título *A Igualdade de Condições e os Direitos Humanos das Mulheres*. Já na sua parte conceitual, o art. 18 afirma:

“Os direitos humanos das mulheres e das meninas são inalienáveis e constituem parte integral e indivisível dos direitos humanos universais. A violência e todas as formas de abuso e exploração sexual, incluindo o preconceito cultural e o tráfico internacional de pessoas, são incompatíveis com a dignidade e o valor da pessoa humana e devem ser eliminadas. Os direitos humanos das mulheres devem ser parte integrante das atividades das Nações Unidas, na área dos direitos humanos...”

A Declaração contém 17 considerandos e 22 decisões abarcando todo o universo das formas de violência específica contra as mulheres.

A Resolução n. 48/104 da Convenção aprovou a Declaração sobre a Violência contra a Mulher e a Assembléia Geral, em 20/12/93, adotou-a por unanimidade.

Ela define a violência contra a mulher como uma forma específica de violência e estabelece o compromisso da comunidade internacional com sua eliminação.

O art. 1º define a violência contra a mulher como “qualquer ato de violência baseado no gênero” e o art. 2º estabelece os tipos de violência, de forma não-limitativa:

a) a violência física, sexual e psicológica na família, inclusive espancamentos, abuso sexual de meninas no lar, violência relacionada a dote, estu-

pro marital, mutilação genital feminina e outras práticas danosas à mulher, violência não-marital e violência relacionada à exploração;

b) violência física, sexual e psicológica no âmbito da comunidade, inclusive estupro, abuso sexual, assédio sexual, intimidação no trabalho, em estabelecimentos educacionais e em outros lugares, tráfico de mulheres e prostituição forçada;

c) violência física, sexual e psicológica perpetrada pelo Estado ou com sua conivência, onde quer que ocorra.

A Conferência inseriu plenamente a questão da violência de gênero no sistema internacional de proteção aos direitos humanos. Mas isso não se deu de forma gratuita, pois, desde a década de 70 e especialmente durante a década de 80, as mulheres consolidaram vínculos regionais e intercontinentais possibilitando uma mobilização muito forte sobre a questão da violência de gênero, que “cruzava as vivências das mulheres de todas as latitudes”. As formas manifestas de violência compreendiam a violência doméstica, a violência sexual, as mutilações genitais, a maternidade forçada, assassinatos, esterilizações não voluntárias. As mulheres dos países em vias de desenvolvimento e do chamado Terceiro Mundo lutavam com condições materiais penosas, crises econômicas, convulsões sociais e até mesmo situações de guerra. A convocatória para a Conferência de Viena ofereceu a oportunidade esperada para exercer pressão sobre suas reivindicações mais prementes.¹³

Mulheres de mais de 120 países fizeram circular uma petição para a inclusão das mulheres em todos os procedimentos e deliberações para a Conferência e, especificamente, demandaram o reconhecimento da violência baseada na relação de gênero como uma violação dos direitos humanos.

A importância e a abrangência das conclusões da Conferência de Viena, no que diz respeito à violência contra as mulheres, evidenciam a gravidade do problema e o inclui no sistema de proteção aos direitos humanos. Em todos os países existe essa violência, países ricos e pobres, ocidentais e orientais. A violência está na proporção da persistência do machismo, entendido como predominância do ego masculino.

13 LEÓN, Giulia. *Los derechos humanos de las mujeres*. Centro de la Mujer Peruana “Flora Tristan” Comité Latinoamericano para la Defensa de los Derechos de la Mujer – Cladem – mimeo.

Como afirma *Lindgren Alves*,¹⁴

“Tais fatos auspiciosos da diplomacia multilateral contrastam, entretanto, com a dura realidade enfrentada pelas mulheres, agravada neste período de pós-Guerra Fria.”

A pobreza que afeta o mundo todo atinge particularmente as mulheres. No Leste Europeu, 70% das pessoas que perderam emprego são mulheres, conforme dados de 1994.¹⁵ Mulheres e crianças formam 80% das 20 milhões de pessoas refugiadas ou deslocadas pelas guerras e cataclismas.¹⁶ Os países de predominância muçulmana sofrem as ações dos fundamentalistas que restringem as conquistas penosamente obtidas pelas mulheres em termos de liberação dos costumes e participação na vida social e política.

Em junho de 1994, a XXIV Assembléia Geral da OEA, ocorrida em Belém do Pará, com a participação de 30 embaixadores, após horas de discussões, aprovou a Convenção Internacional de Belém, um instrumento jurídico internacional que cria mecanismos de prevenção, sanção e erradicação da violência contra a mulher no continente americano.

Não foi fácil chegar a esse resultado, pois alguns países, incluindo o Brasil (Estados Unidos, México, Jamaica e Canadá), lutaram ardentemente para adiar a decisão para a Conferência de Pequim, que iria se realizar em 1995.

A Convenção aprovada é um texto jurídico que pretende abrir caminhos para que as legislações de cada um dos países atendam às mudanças necessárias para coibir a violência contra as mulheres. Os Estados-Partes deverão ratificar essa Convenção para que tenha valor de compromisso interno.

A Convenção fora anteriormente aprovada na VI Assembléia Extraordinária da Comissão Interamericana de Mulheres em abril de 1994, em Washington, e já naquela época as delegações do México e do Brasil expressaram reservas aos arts. 7º – que trata dos deveres dos Estados-Membros – e 12 – que dá liberdade a qualquer entidade não-governamental de um dos Estados-Membros de apresentar à Comissão Interamericana de Direitos Humanos petições que contenham denúncias ou queixas de violação da Convenção.

14 ALVES, J. A. Lindgren. *Op. cit.*

15 The war against women. *U. S. News and World Report*. 28 mar. 1994.

16 Dado da Comissão de Refugiados da ONU – documento de 15/4/94 do Grupo de Trabalho sobre Mulheres e Crianças.

O documento entende que a violência contra a mulher inclui a violência física, sexual e psicológica. Essa violência pode ter lugar dentro da família ou em qualquer outra relação interpessoal e abrange violação, maus-tratos e abuso sexual. Pode ter lugar na comunidade se praticada por qualquer pessoa que cometa violação, abuso sexual, tortura, prostituição forçada, seqüestro e assédio sexual. Determina que os países-membros da OEA incluirão em suas legislações normais penais, civis e administrativas para prevenir e erradicar a violência e adotar medidas jurídicas para condenar o agressor. Determina que os países modificarão ou revogarão leis e regulamentos vigentes que tolerem essa violência.

A Organização dos Estados Americanos – OEA deverá acompanhar o cumprimento da Convenção pelos seus Estados-Membros e o cumprimento de medidas específicas – programas educativos – para mudar os padrões socioculturais da conduta de homens e mulheres e combater costumes que se baseiam na premissa da inferioridade da mulher. Os Estados também têm que incentivar a criação de instituições, públicas e privadas, tais como casas-abrigos, serviços de orientação para a família e de cuidados e custódia para as crianças afetadas pela violência.

A 4ª Conferência Mundial da Mulher foi realizada em Pequim em 1995 e reuniu cerca de 180 países e 3.000 ONGs. Foi a maior reunião internacional na história da mulher, com boa representação da Ásia, África, América Latina, Estados Unidos e Europa Ocidental. Os países da Europa Oriental e da ex-União Soviética também compareceram, embora não tão bem representados.

Jane Bayes resume bem o que foi a Conferência de Pequim, na análise que elaborou para a IPSA.¹⁷ Os organismos não-governamentais, embora na Conferência Oficial confinados em Huaison, a 70 km de Pequim, trataram de uma multitude de temas, em mais de 3.000 eventos, desde seminários e performances artísticas, e interagiram praticamente em todos os níveis com os delegados oficiais que iam a Huaison para superar o isolamento. Foi esse o maior cenário de intercâmbio cultural até hoje, reunindo mulheres de todas as culturas e etnias, trocando conhecimentos e expressões culturais.

A Conferência oficial trabalhou durante duas semanas para produzir uma Declaração de 38 parágrafos e uma Plataforma de Ação de 345 parágra-

17 BAYES, Jane H. Report from beijing. *Participation – Internacional Political Science Association, Bulletin*, v. 19, n. 3, 1995.

fos, tratando de 12 temas principais relativos à mulher: pobreza, educação, saúde, violência, mulher e conflito armado, desigualdade na participação econômica e tomada de decisões, mecanismos insuficientes para colher dados dispersos sobre a mulher (especialmente aqueles referentes ao trabalho não-remunerado), direitos humanos, meios de comunicação, mulher e meio ambiente e a criança-mulher. Este último tema incluiu casamento precoce, infanticídio de meninas, mutilação genital, educação igualitária, nutrição e assistência médica a meninas.

Os documentos emanados de Pequim reafirmaram os compromissos relativos à mulher trabalhados nas conferências da ONU, do Rio de Janeiro – Eco 1992, de Viena, 1993, do Cairo, 1994 e de Copenhague, 1995.

As declarações-chave foram:

- os direitos da mulher são direitos humanos (Viena);
- as mulheres têm o direito de controlar sua própria fertilidade (Cairo e Viena);
- é necessário o envolvimento pleno e igualitário da mulher no processo de desenvolvimento econômico (Copenhague) e na prevenção e eliminação de todas as formas de violência contra a mulher (Copenhague, 1996).

A Plataforma de Pequim também fez avanços em outros temas:

- o estupro sistemático durante conflitos armados foi declarado crime de guerra;
- os direitos e responsabilidades parentais devem garantir os interesses da criança, particularmente quanto ao acesso à saúde e serviços de saúde;
- ampliação e afirmação da necessidade de produzir dados sobre o trabalho não-remunerado da mulher.

Alguns itens controvertidos provocaram reservas dos países desenvolvidos, como por exemplo as demandas para mudanças nas políticas de ajustamento estrutural dos países desenvolvidos.

Outro item controvertido referia-se aos “direitos humanos das mulheres de controlar e decidir livre e responsavelmente nas questões sobre sua sexualidade”, incluindo saúde sexual e reprodutiva e um parágrafo que apelava aos governos para rever leis punitivas do aborto ilegal. Esses parágrafos provocaram reservas de países com posições religiosas contrárias à contracepção, ao aborto e às relações sexuais fora do casamento.

Muitas delegações muçulmanas expressaram reservas sobre o parágrafo que exige direitos iguais de herança para homens e mulheres, invocando violação da lei islâmica.

A maior inovação da Conferência de Pequim foi a ênfase na obtenção de “compromisso” dos representantes dos governos nos discursos em plenário, para enfatizar a implementação dos itens acordados. Embora não adotado como uma atividade oficial da Conferência, os “compromissos” foram monitorados pelas ONGs. A identificação e a publicação desses compromissos pretendem auxiliar os movimentos de pressão no seu esforço de implantar a Declaração de Pequim e sua Plataforma de Ação.

Os avanços obtidos na Conferência de Pequim estão ligados a todas as expectativas e perspectivas do universo de pessoas e instituições envolvidas na questão da mulher desde a criação da Comissão da Condição da Mulher da ONU em 1946. Desde então, a ONU tem conduzido campanhas educativas e de informação para colocar as mulheres e os assuntos que lhes afetam na agenda internacional.

Conseguiu-se o reconhecimento de que a situação da mulher no mundo tem relação direta com as questões econômicas e sociais do desenvolvimento.

A Conferência do México em 1975 fez a ligação entre “igualdade entre homens e mulheres” e “desenvolvimento e paz” e instaurou a Década da Mulher – 1975-1985. A Conferência de Copenhague, em 1980, e Nairobi, em 1985, fizeram ligação entre a condição das mulheres e os problemas mundiais de pobreza, analfabetismo, carência de alimentos, desnutrição e superpopulação.

Vemos a ascensão da questão da mulher em nível global, como parte do reconhecimento de que essas questões não são limitadas às esferas feministas dentro do grande fluxo que, desde 1990, produz debates, decisões, conferências e documentos sobre direitos humanos, meio ambiente, desenvolvimento social, pois todos esses temas envolvem a mulher de modo direto e específico.

Alguns itens foram rejeitados por alguns países, como o referente a orientação sexual, sexualidade, saúde e herança, mas as mulheres desses países estão engajadas em vários estudos políticos e religiosos, tentando conciliar alguns conflitos, mesmo conservando suas crenças religiosas, como fazem as mulheres muçulmanas.

Avanços concretos dentro de cada país dependem de como os governos encaram os compromissos assumidos ao assinar as Declarações emana-

das das Conferências Mundiais. Esses compromissos fazem parte do Direito Internacional e muitas constituições reconhecem o princípio assente que tratados e convenções, uma vez ratificados, produzem o mesmo efeito da lei ordinária nacional.

O Brasil segue a corrente jurídica segundo a qual o Direito Internacional e o Direito Interno são dois ramos de um mesmo sistema jurídico, segundo o axioma “A lei internacional é parte da lei do país”.

O não-cumprimento pelos países dos compromissos internacionais sofre sanções de caráter moral, por respeito à soberania dos Estados; o Estado responde perante a comunidade internacional por desrespeito ao princípio *pacta sunt servanda*.¹⁸

A eficácia dos compromissos internacionais estará na pauta das organizações de mulheres de todo o mundo, fortificadas pela Conferência de Pequim e deverão produzir um grande número de desdobramentos quanto a reuniões regionais e setoriais, grupos de pressão, de estudos e de divulgação para encorajar os governos e as pessoas a assumirem aqueles compromissos de forma concreta, mudando suas legislações e suas culturas nessa direção.

Nota

No Brasil, em nível regional, deve-se registrar a adaptação da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher para o Estado de São Paulo, feita pelo Conselho Estadual da Condição Feminina.

Essa Convenção Estadual deveria ainda obter sua ratificação pelos Municípios do Estado, para ter força jurídica. Foi traduzida para o inglês e divulgada internacionalmente pelo International Women’s Rights Action Watch – IRAW.

18 LOURES, Angelina A. S. A Convenção e a Constituição Federal. In: *A legislação brasileira à luz da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher* – Documento preparado para a I Jornada do Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher (CÉDAW), São Paulo, 1987.

Temário III

**VINTE ANOS DE DIVÓRCIO NO BRASIL –
OITENTA ANOS DE CÓDIGO CIVIL – UM
CÓDIGO DE FAMÍLIA?**

O PAPEL DA CULPA NA SEPARAÇÃO E NO DIVÓRCIO

Gustavo Tepedino

Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da UERJ

Sumário

1. A presença da culpa na tradição ética judaico-cristã. 2. A culpa no Código Civil Brasileiro e na Lei do Divórcio. 3. Notas sobre as experiências comparadas: o direito francês e o direito italiano. 4. A justificativa axiológica da culpa no Código Civil e a perda de significado no ordenamento constitucional. 5. Notas conclusivas. Critérios interpretativos aplicáveis à separação e ao divórcio. Aspectos controvertidos: a culpa na conversão da separação em divórcio e na união estável.

1 A PRESENÇA DA CULPA NA TRADIÇÃO ÉTICA JUDAICO-CRISTÃ

Deriva do pecado original, metaforicamente representado pela maçã mordida no paraíso, a expressão da tentação humana dirigida a tomar o lugar de Deus, com a cumplicidade da serpente, a suscitar a pronta e enérgica ira divina:

“Então o Senhor Deus disse à serpente: ‘Porque fizeste isso, serás maldita entre todos os animais e feras dos campos, andarás de rastos sobre o teu ventre e comerás o pó todos os dias de tua vida. Porei ódio entre ti e a mulher, entre a tua descendência e a dela. Esta te ferirá a cabeça, e tu ferirá o calcanhar’. Disse também à mulher: ‘Multiplicarei os sofrimentos de teu parto, darás à luz com dores, teus desejos te impelirão para o teu marido e tu estarás sob o seu domínio’. E disse em seguida ao homem: ‘Porque ouviste

a voz de tua mulher e comeste do fruto da árvore que eu te havia proibido comer, maldita seja a terra por tua causa. Tirarás dela com trabalhos penosos o teu sustento todos os dias de tua vida’.”

O impressionante relato bíblico revela, assim, a idéia, incrustada na formação cultural judaico-cristã, de que a reprodução humana, o relacionamento conjugal e as relações de trabalho, atividades que, de um certo modo, resumem a vida do homem em sociedade, estão associadas irremediavelmente à idéia de expiação de pecados. Não pareceria demasiado, portanto, formular a hipótese de que, à luz da nossa mais profunda tradição ética, o prazer não é facilmente absorvido desvinculado do elemento culpa: “este doce é tão bom que me dá até remorso comê-lo”, dizia-me minha saudosa avó, no remanso das montanhas das Minas Gerais.

No Direito de Família, a culpa expressa-se na tradição ocidental tanto no momento patológico do casamento, quando alguém é responsabilizado por não mais querer viver com o seu cônjuge – na perspectiva da ruptura da sociedade conjugal –, quanto no quadro – por assim dizer – de estabilidade da vida a dois, culpando-se os cônjuges freqüentemente pelo papel que desempenham no cenário da família, associando-se o esforço individual por objetivos comuns à idéia de sofrimento: o sacrifício que alguém faz pela família é a medida, assim, do amor conjugal.

Nesta perspectiva, não surpreende que o estigma do egoísmo venha a ser contraposto à atitude de permanente sofrimento que se espera do cônjuge – especialmente do cônjuge-mulher e mãe (na voz popular, ser mãe é sofrer no paraíso) –, como se inexistisse o ponto de equilíbrio consistente na relação de mútuas concessões, postas – não já impostas – pelo amor de um cônjuge ao outro – derivado do seu próprio sentimento e não de um mero dever institucional.

2 A CULPA NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO E NA LEI DO DIVÓRCIO

O papel da culpa na separação tem sido atenuado, ao menos no que tange à tendência dominante na política legislativa contemporânea, embora o seu espectro continue presente na cultura do Direito de Família, traduzido na tentativa de reinserir, no âmbito da união estável, efeitos punitivos pela ruptura dos deveres preestabelecidos, posição também sustentada, em doutrina, como proposta legislativa, para a disciplina da sociedade conjugal.

Como se sabe, no regime do Código Civil, anteriormente à Lei do Divórcio, o casamento era indissolúvel, configurando-se duas espécies de desquite: o desquite consensual, ou o desquite litigioso, este associado sempre à idéia de culpa. Vale dizer, se um dos cônjuges não consentisse com o desquite consensual, somente a ocorrência de uma das hipóteses de conduta culposa previstas pelo legislador autorizaria o desenlace. A idéia de culpa estava intensamente presente, portanto, no desquite litigioso, que dependia da prova, atribuída ao autor da ação, de uma das seguintes causas taxativamente enumeradas pelo art. 317, do Código Civil: **a)** adultério; **b)** tentativa de morte; **c)** sevícias ou injúria grave; **d)** abandono voluntário do lar conjugal durante dois anos.

Não havendo outra forma de desquite unilateral senão a litigiosa, avultavam, no passado, os pedidos de anulação de casamento ou de imputação de culpa como causa do desquite, em particular na hipótese de adultério, não raro forjado em circunstâncias ensejadoras de enorme constrangimento para os cônjuges e para os filhos.

Por outro lado, sendo o casamento indissolúvel, era inegável o estigma da culpa atribuído a quem pretendesse se separar, sendo certo que, do ponto de vista cultural, o cônjuge desquitado, sobretudo o cônjuge-mulher, era visto com forte preconceito, como pessoa posta à margem das relações familiares.

A introdução do divórcio no ordenamento brasileiro, através da Emenda Constitucional n. 9, de 28 de junho de 1977, que deu nova redação ao § 1º do art. 175 da Carta de 1967, e regulamentado pela Lei do Divórcio (Lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977), ocorreu em meio a intenso confronto ideológico entre divorcistas e antidivorcistas, daí decorrendo uma regulamentação assaz limitativa do divórcio. O casamento somente poderia ser dissolvido após prévia separação judicial por ao menos três anos. Admitiu-se, ainda, o divórcio-direto (art. 40, *caput*), sem a etapa da separação judicial, para a hipótese em que, segundo a redação original do dispositivo, os cônjuges já se encontrassem separados de fato quando da promulgação da Lei do Divórcio e desde que decorrido um período mínimo de cinco anos.

O art. 38 da Lei do Divórcio, em sua redação originária, foi veementemente censurado por prescrever que o pedido de divórcio, em qualquer dos seus casos, somente poderia ser formulado uma única vez. O dispositivo, de compreensão obscura – por referir-se ao pedido de divórcio, fazendo supor que a proibição seria apenas da iniciativa do novo divórcio, não excluindo divórcios sucessivos desde que mediante requerimento do cônjuge não antes divorciado – teve o propósito de coibir o que os antidivorcistas chama-

vam de poligamia sucessiva, oferecendo tratamento flagrantemente desigual às pessoas casadas, “permitindo que algumas se divorciem e que outras permaneçam simplesmente separadas por toda a vida”.

Tais restrições demonstram as dificuldades encontradas pelo legislador para a introdução do divórcio, ressaltando as implicações religiosas, culturais e sociais da ruptura do vínculo matrimonial, permeada seguramente pela idéia de que extinção do casamento, mais do que retratar um fracasso conjugal anterior, representaria, em si próprio, um pecado social.

Com a reforma, de toda sorte, na esteira das reformas legislativas francesa, italiana e alemã, abrandam-se o sistema, prevendo-se, ao lado da chamada “separação-sanção”, inculpada no *caput* do art. 5º, e associada, portanto, à presença da conduta culposa – já agora não mais sujeita a causas taxativamente expostas –, a “separação-remédio” e a “separação-falência” (ensejadoras do divórcio-remédio e do divórcio-falência), previstas nos §§ 1º e 2º do mesmo art. 5º, derivadas da constatação fática da falência do casamento (§ 1º) ou de doença incurável que torna impossível o convívio conjugal (§ 2º), sendo a ruptura do vínculo em ambos os casos o único meio ou remédio para se minorar o drama em que se tornou a convivência familiar.

A Lei n. 7.841, de 17/10/89, deu nova redação ao mencionado art. 40, *caput*, da Lei do Divórcio, em consonância com o art. 226, § 6º, da Constituição Federal, de molde a alterar profundamente o sistema. É de se conferir: “No caso de separação de fato, e desde que completados dois anos consecutivos, poderá ser promovida ação de divórcio, na qual deverá ser comprovado decurso do tempo da separação”.

Vale examinar, ainda, mais detidamente, a dicção do art. 5º e seus parágrafos:

“Art. 5º. A separação judicial pode ser pedida por um só dos cônjuges quando imputar ao outro conduta desonrosa ou qualquer ato que importe em grave violação dos deveres do casamento e tornem insuportável a vida em comum.

§ 1º A separação judicial pode, também, ser pedida se um dos cônjuges provar a ruptura da vida em comum há mais de um ano consecutivo e a impossibilidade de sua reconstituição.

§ 2º O cônjuge pode ainda pedir a separação judicial quando o outro estiver acometido de grave doença mental, manifestada após

o casamento, que torne impossível a continuação da vida em comum, desde que, após uma duração de cinco anos, a enfermidade tenha sido reconhecida de cura improvável.

§ 3º Nos casos dos parágrafos anteriores, reverterão, ao cônjuge que não houver pedido a separação judicial, os remanescentes dos bens que levou para o casamento, e, se o regime de bens adotado o permitir, também a meação dos adquiridos na constância da sociedade conjugal.”

Na Lei do Divórcio, portanto, em um primeiro momento, o divórcio-remédio, despido da idéia de culpa, tanto o direto (disposição transitória) como o indireto (exigindo o período de três anos de prévia separação judicial), mostrava-se ainda tímido, sendo de se sublinhar, no transcrito § 3º, o resquício da culpa projetada na perda patrimonial de quem toma a iniciativa da separação, além do lapso de três anos para requerê-la no caso de impossibilidade de vida em comum.

De toda sorte, a partir do advento da Lei n. 8.408, de 13/2/92, que reduz para um ano o prazo para a propositura da separação-remédio ou falência (prevista no art. 5º, § 1º, em sua redação original, desde que decorridos três anos), e da Lei n. 7.841/89, que deu a nova redação ao art. 40, expande-se, sensivelmente, a separação ou divórcio-remédio, promovido de maneira objetiva, arrefecendo papel da culpa.

Quanto ao preceito do § 3º, como justamente observou-se em doutrina, tratava-se de uma espécie de indenização compatível unicamente com a comunhão universal, único regime em que há meação dos bens anteriores e posteriores ao casamento. Nos demais regimes, ou não há meação anterior – e portanto, não há bens levados para o casamento (comunhão parcial) ou não há bens comuns posteriores às núpcias (separação total).

Há que se remarcar, ao propósito, que o preceito do § 3º, embora não tenha sido propriamente revogado, tornou-se ineficaz diante da nova redação do art. 40 que, como antes examinado, permite aos cônjuges separados de fato promoverem diretamente o divórcio sem se sujeitarem à sanção prevista na lei especial.

Tal proposta, entretanto, longe de ser pacífica, suscita conceituada objeção de quem afirma que o divórcio direto somente poderá ser promovido, consensualmente, por vontade de ambos os cônjuges, prevalecendo, conseqüentemente, as conseqüências previstas no § 3º para os demais casos

em que apenas uma das partes queira se divorciar – sujeitando-se, então, à prévia separação judicial. O argumento, contudo, não colhe, não sendo consentido ao intérprete restringir o alcance do Texto Constitucional, *in verbis*:

“Art. 226, § 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.”

O papel da culpa, portanto, no que tange aos efeitos patrimoniais, mostra-se reduzido, embora permaneça em realce no tocante ao dever de alimentos, prevendo o art. 19 da Lei do Divórcio que “o cônjuge responsável pela separação prestará ao outro, se dela necessitar, a pensão que o juiz fixar”.

Outro aspecto de grande relevo, no tocante à culpa, refere-se à possibilidade de perda do sobrenome pela mulher após a separação. Com efeito, nos termos do art. 17, perde o nome de casada não só a mulher considerada culpada da separação, mas também a que teve a iniciativa da separação-remédio ou separação-falência, consoante os §§ 1º e 2º do art. 5º da Lei do Divórcio. Da dicção dos arts. 17 e 18 exsurge nitidamente o caráter punitivo da perda do nome, associada à culpa pela ruptura ou mesmo pela mera iniciativa:

“Art. 17. Vencida na ação de separação judicial (art. 5º, *caput*), voltará a mulher a usar o nome de solteira.

§ 1º Aplica-se, ainda, o disposto neste artigo, quando é da mulher a iniciativa da separação judicial com fundamento nos §§ 1º e 2º do art. 5º.

§ 2º Nos demais casos, caberá à mulher a opção pela conservação do nome de casada.

Art. 18. Vencedora na ação de separação judicial (art. 5º, *caput*), poderá a mulher renunciar, a qualquer momento, ao direito de usar o nome do marido.”

A solução legal mostra-se plasmada pela idéia da culpa, vinculando a manutenção do nome de família, atributo da identificação pessoal da mulher – e incrivelmente sempre tratado, diga-se de passagem, como nome do marido – ao seu comportamento durante o casamento, e, pior ainda, subtraindo-lhe o sobrenome como uma sanção, não só na separação culposa mas na separação-remédio.

Já na hipótese de divórcio, o art. 25, parágrafo único, introduzido pela Lei n. 8.408, de 13/2/92, prescreve, como regra, a perda pela mulher do nome de família, valendo a transcrição do preceito:

“Art. 25 [...]”

Parágrafo único. A sentença de conversão determinará que a mulher volte a usar o nome que tinha antes de contrair matrimônio, só conservando o nome de família do ex-marido se a alteração prevista neste artigo 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 em decisão judicial;”

A perda do nome de família, portanto, no divórcio, a partir da Lei n. 8.408/92, desvincula-se da idéia de culpa, embora pudesse ser questionada a constitucionalidade da solução legal que, em última análise, viola o direito à identificação pessoal da mulher. Afinal, com o casamento, o nome de família integra-se à personalidade da mulher, não mais podendo ser considerado como nome apenas do marido. Muitas vezes poderá ser difícil à mulher demonstrar uma das hipóteses previstas nos incisos acima enumerados, embora a alteração do seu sobrenome - que, de resto, a identifica com os filhos do casamento desfeito -, altere necessariamente a sua identificação pessoal, atributo de sua personalidade, cuja eventual alteração deveria ser, por isso mesmo, a ela exclusivamente facultada.

Insera-se, ainda, no rol das conseqüências da culpa na separação, a possibilidade de perda da guarda dos filhos pelo cônjuge culpado, dispondo o art. 10 que “os filhos menores ficarão com o cônjuge que a ela não houver dado causa”.

O dispositivo, contudo, vem sendo temperado pela boa atuação da jurisprudência que, valendo-se do art. 13, segundo o qual, “se houver motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular por maneira diferente da estabelecida nos artigos anteriores a situação deles com os pais”, tem-se firmado no sentido de definir a guarda em favor do melhor interesse dos filhos. Tal entendimento, que expressa a crescente aplicação, pela magistratura, do princípio do *The best interest of child*, é digna de encômios, não sendo tolerável, à luz da Constituição da República, condicionar a convivência familiar dos filhos de pais separados à vida conjugal fracassada.

3 NOTAS SOBRE AS EXPERIÊNCIAS COMPARADAS: O DIREITO FRANCÊS E O DIREITO ITALIANO

A trajetória do legislador brasileiro não se diferencia, substancialmente, do percurso histórico verificado em outros ordenamentos da família romano-germânica, nos quais, em geral, se tem atenuado os efeitos da culpa na separação conjugal, malgrado a sua renitente presença. Vale, ao propósito, passar em revista, ainda que superficialmente, a disciplina legal da França e da Itália, de modo a que se possa compreender a não-linear tendência legislativa.

Inspiradora da Lei do Divórcio brasileira, a reforma de 1975 francesa prevê, como causa para o divórcio, o descumprimento dos deveres conjugais genericamente considerados (art. 242, Código Civil francês): “*Le divorce peut être demandé par un époux pour des faits imputables à l'autre lorsque ces faits constituent une violation grave ou renouvelée des devoirs et obligations du mariage et rendent intolérable le maintien de la vie commune*”.

Comentando a reforma do Direito de Família francês, Carbonnier evidencia que

“*Dans le système d'avant 1975, qui reposait tout entier sur des idées de faute et de sanction, chacun des deux époux recevait du jugement de divorce l'étiquette et partant la condition juridique, soit d'époux coupable, soit d'époux innocent.*”

No regime atual, a regra na França é a ausência de pensão alimentícia (*devoir de secours*), substituída pela *prestation compensatoire*, de característica *forfaitaire* e, portanto, não variável, imutável, com outra natureza em relação à pensão já que, nos termos do art. 270 do *Code*, visa a compensar a disparidade que ruptura do casamento cria nas respectivas condições de vida.

Já na separação de corpos, estágio anterior ao divórcio, correspondente ao que seria a nossa separação judicial, embora restrita a pôr fim ao dever de coabitação, que se transformará em divórcio, mediante simples procedimento não contencioso, é devida a prestação de alimentos (justamente porque o *devoir de secours* é inerente ao casamento) *sans considération des torts* (art. 303, Código Civil francês).

Excepcionalmente, na hipótese de divórcio direto, motivado pela ruptura da vida em comum, seja por uma separação de fato superior a seis anos (art. 237 – *divorce pour rupture de la vie commune*), seja no caso de doença grave de um dos cônjuges, que se prolongue por mais de seis anos, afetando suas

faculdades mentais e comprometendo irremediavelmente a vida conjugal (art. 238, CC francês), aquele que toma a iniciativa da separação terá que arcar com todas as responsabilidades, como uma espécie de sanção.

Com efeito, nos termos do art. 281, do Código Civil francês, ao cônjuge que tomou a iniciativa do divórcio-remédio incumbirá a pensão alimentícia em favor do outro cônjuge, constituindo-se em dever transmissível hereditariamente (art. 282), incluindo aí, na hipótese de doença, as despesas com o tratamento médico.

Verifica-se em todos estes dispositivos, que influenciaram diretamente o legislador brasileiro, a forte presença da culpa, que se manifesta ainda nos efeitos patrimoniais do divórcio. Nos termos do art. 267, o cônjuge culpado perde todas as doações recebidas do outro antes ou depois do casamento, o mesmo ocorrendo, segundo o art. 269, no divórcio-remédio, contra àquele que toma a iniciativa judicial.

Sublinhe-se, ainda, os efeitos da culpa no tocante à perda do nome de família pela mulher, já que, segundo dispõe o art. 264, a mulher só manterá o sobrenome no divórcio-remédio na hipótese em que o homem tenha tido a iniciativa da separação. Nas demais hipóteses, voltará a usar o sobrenome anterior ao casamento, salvo se obtiver a autorização do marido para a manutenção do sobrenome ou a autorização judicial, diante de justificado interesse dela ou dos filhos.

Há, ainda, no Direito francês, um dispositivo não importado pelo legislador pátrio, que prevê expressamente a possibilidade de condenação ao dever de reparar os danos morais e materiais decorrentes do divórcio culposo.

“Art. 266. Quand le divorce est prononcé aux torts exclusifs de l'un des époux, celui-ci peut être condamné à des dommages-intérêts en réparation du préjudice matériel ou moral que la dissolution du mariage fait subir à son conjoint.

Ce dernier ne peut demander des dommages-intérêts qu'à l'occasion de l'action en divorce.”

O preceito suscita intensa objeção, já que transforma em regra geral a reparação por perdas e danos que, submetida à disciplina da responsabilidade aquiliana, já seria aplicável, como exceção, ao divórcio, desde que se demonstrem os pressupostos do ato ilícito (art. 159, Código Civil Brasileiro). Demais disso, os deveres conjugais não parecem suscetíveis de

recondução ao regime da responsabilidade contratual, disciplinadora dos negócios jurídicos patrimoniais, onde o inadimplemento culposo pode ser facilmente presumido.

A natureza jurídica específica do casamento, ao reverso, presidido por deveres não-patrimoniais, dificilmente se coaduna com a presunção de inadimplemento e a aplicação automática de perdas e danos, sem que especificamente se demonstre a presença do ilícito. Basta pensar nos deveres do art. 231 do Código Civil Brasileiro, notadamente os deveres de fidelidade recíproca e de coabitação, para se ter em conta que o comportamento contrário à vida conjugal, capaz de levar ao desenlace, não é suscetível de identificação objetiva com o ato ilícito – a menos que se pretendesse, por absurdo, fixar um *standard* médio de performance sexual, ou um padrão ideal de fidelidade, cujo não-atendimento pudesse ser considerado como ilícito.

Do exame da legislação francesa, pode-se concluir que, no tocante aos efeitos do divórcio, independem de culpa: **a)** a já mencionada prestação a ser paga por um cônjuge ao outro para evitar disparidades em seus padrões de vida (*prestation compensatoire*); **b)** a determinação da guarda dos filhos, a qual, nos termos dos arts. 286 e 287, atenderá exclusivamente ao melhor interesse da criança.

Na experiência italiana, a culpa perdeu terreno com a reforma de 19 de maio de 1975 (Lei n. 898, modificada pela Lei n. 74, de 1987), que introduziu o divórcio.

O art. 151 do Código Civil italiano, com a redação que lhe deu a lei especial, desloca “a pedra angular sobre a qual assenta o sistema da separação judicial para circunstâncias puramente objetivas: verificação de fatos que tornem intolerável a prossecução da vida em comum ou que causem grave prejuízo à educação da prole”. Vale examinar o preceito, destacando-se a preocupação do legislador italiano no sentido de incluir, dentre as causas objetivas, ao lado da falência da vida em comum, a possibilidade de prejuízo para os filhos:

“Art. 151. *Separazione giudiziale* – *La separazione può essere chiesta quando si verificano, anche indipendentemente dalla volontà di uno o di entrambi i coniugi, fatti tali da rendere intollerabile la prosecuzione della convivenza o da recare grave pregiudizio alla educazione della prole.*

Il giudice, pronunciando la separazione, dichiara, ove ne ricorrano le circostanze, e ne sia richiesto, a quale dei coniugi sia addebitabile la separazione, in considerazione del suo comportamento contrario ai doveri che derivano dal matrimonio.”

Extrai-se do preceito acima transcrito a permanência da separação culposa, que será declarada, no entanto, somente na hipótese de requerimento expresso de um dos cônjuges, com conseqüências danosas para o culpado exclusivamente no que toca aos alimentos, excluindo-lhe a possibilidade de recebê-los, nos termos do art. 156:

“Art. 156. Effetti della separazione sui rapporti patrimoniali tra i coniugi. – Il giudice, pronunciando la separazione, stabilisce a vantaggio del coniuge cui non sia addebitabile la separazione il diritto di ricevere dall’altro coniuge quanto è necessario al suo mantenimento, qualora egli non abbia adeguati redditi propri...”

No que tange ao nome da mulher, o art. 156 bis, também introduzido pela reforma legislativa, afasta-se da idéia de culpa, autorizando o juiz a alterar o sobrenome sempre que a sua manutenção possa acarretar prejuízos para a ex-mulher ou para o ex-marido.

Finalmente, no que concerne à guarda dos filhos, o art. 155 determina que a decisão judicial seja baseada exclusivamente no melhor interesse da prole (*con esclusivo riferimento all’interesse morale e materiale di essa*), prevendo que, em regra, *le decisioni di maggiore interesse per i figli sono adottate da entrambi i coniugi*, sendo ao magistrado facultado, inclusive, a determinação da guarda conjunta.

4 A JUSTIFICATIVA AXIOLÓGICA DA CULPA NO CÓDIGO CIVIL E A PERDA DE SIGNIFICADO NO ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL

As experiências legislativas nacional e estrangeira, acima referidas, indicam, por um lado, a tendência a se atenuar o papel da culpa da separação judicial, por outro, a permanência de sua presença nos efeitos da ruptura matrimonial, atraindo sanções de várias espécies, estimuladas, do ponto de vista hermenêutico, por uma vetusta tradição cultural que ainda se pode considerar dominante no Direito brasileiro.

Entretanto, parece indispensável que o intérprete consiga distinguir a justificativa axiológica do Código Civil brasileiro, que atribuía à separação culposa posição predominante, daquela emanada pela Constituição da República de 1988, que alterou o conceito de unidade familiar e deter-

mina profunda revisão dos critérios interpretativos em matéria de Direito de Família.

À luz do Código Civil de 1916, inspirado na linha dominante da codificação europeia do Século XIX, considerava-se o casamento indissolúvel e a separação, em regra, culposa, gerando um conjunto de sanções patrimoniais e não-patrimoniais contra o cônjuge faltoso: a noção de culpa identificava um comportamento causador de dano (por si só, necessariamente) injusto, ou seja, a dissolução do vínculo conjugal.

E, com efeito, tal circunstância derivava do fato de que, para o Código Civil, a família representava uma instituição fundada no casamento, e a este, portanto, inexoravelmente vinculada. Daí uma certa sublimação do casamento, instituição transpessoal, intrinsecamente legítima. O casamento era assim valorado como um bem em si mesmo, necessário à consolidação das relações sociais, independentemente da realização pessoal de seus membros.

O rompimento da sociedade conjugal, portanto, afigurava-se como o esfacelamento da própria família, reprovado socialmente, a despeito das causas subjetivas que o motivaram.

O exame crítico da legislação codificada ajuda a melhor compreender tal transformação. Segundo o sistema do Código Civil, tudo aquilo que pudesse representar uma ameaça ao casamento suscitava a hostilidade do legislador, sendo a unidade formal do casamento um valor superior ao interesse individual da mulher ou do marido que pretendessem se separar. Daqui decorria todo um regime rígido de preservação da estrutura familiar em torno do casamento, tanto no que concerne ao vínculo matrimonial, como no tocante à relação entre os cônjuges e à relação entre pais e filhos.

No tocante ao vínculo matrimonial, este deveria ser preservado, na lógica do Código, mesmo se os cônjuges individualmente já não mantivessem qualquer vida em comum e se desquitassem (operando a dissolução da sociedade conjugal). Explica-se assim: **a)** a indissolubilidade do casamento (mantida até a aludida Emenda Constitucional n. 9/75); **b)** o repúdio a qualquer outra estrutura familiar fora do casamento (e a reação radical contra o concubinato); **c)** a dificuldade processual para se tornar inválido um casamento, mesmo se celebrado em violação de impedimento dirimente público, atentatório, portanto, à ordem pública – o art. 222 remete a matéria para ação ordinária, em que é nomeado curador para defender o vínculo, mesmo no caso de vício ensejador de nulidade absoluta (!); **d)** a dificuldade para a obtenção do desquite, submetido a já mencionada taxatividade de

causas; e) a presunção quase absoluta de paternidade do marido em relação aos filhos da mulher casada, regulada nos arts. 348 e ss., mesmo contra todas as evidências, o depoimento e a prova de adultério da mulher (art. 343), sempre em favor da paz doméstica.

No que concerne à relação entre os cônjuges, avultava no Código Civil o poder marital e a incapacidade relativa da mulher casada, em franca agressão à sua dignidade e inteligência, mecanismo perverso que só se poderia justificar no interesse da manutenção da unidade formal do casamento, favorecida pela chefia unilateral e despótica do marido.

No tocante à relação entre pais e filhos, destaca-se, na ótica do Código, o papel central exercido unilateralmente pelo pai, cujo pátrio poder era exaustivamente regulado, nos arts. 379 e ss. do Código Civil, no que tange às relações patrimoniais, sendo ao revés incrivelmente desregulamentada a condução da educação dos filhos naquilo que pertine às relações não-patrimoniais, ou existenciais – atribuída ao exclusivo alvedrio do pai, sem qualquer controle ou regra específica.

Também aqui, pode-se dizer que o sacrifício do filho, objeto inteiramente passivo do próprio processo educacional, atendia à preocupação de manter coesa, do ponto de vista formal, a unidade familiar.

A Constituição da República de 1988, ao contrário, na esteira de longo processo histórico de transformação da estrutura familiar, em seus arts. 226 e 227, altera radicalmente o quadro normativo. Estabelece a proteção da família como meio para a realização da personalidade de seus membros, estremando a entidade familiar da entidade matrimonial, esta apenas uma espécie privilegiada daquela, admitindo-se, expressamente, a união estável e as famílias monoparentais, formadas por qualquer um dos pais e seus descendentes.

Dito diversamente, a família é considerada pelo constituinte, no art. 226, base da sociedade, comunidade intermediária com especial proteção do Estado, à medida que cumpra o seu papel – a um só tempo dever e justificativa axiológica. E o papel da família, nitidamente instrumental, exsurge de diversos preceitos constitucionais, em particular: art. 227, no sentido de promover os direitos inerentes à plena realização da personalidade dos filhos; art. 226, § 5º, dirigido a garantir a igualdade entre homem e mulher e, portanto, à real emancipação de ambos; art. 226, § 7º, voltado ao planejamento familiar fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável. Todos estes preceitos hão de ser interpretados à luz dos princípios fundamentais enumerados nos arts. 1º a 4º da Constitui-

ção Federal, sendo certo que a República, nos termos dos incisos II e III do art. 1º, tem como fundamento a cidadania e a dignidade da pessoa humana.

Pois bem: se a unidade da família, à luz da Constituição, não mais se identifica com a unidade do casamento, não há como associar a aplicação de sanções atinentes a efeitos jurídicos existenciais – alimentos, guarda de filhos, sobrenome da mulher – e mesmo patrimoniais – divisão dos bens – à culpa pela ruptura do vínculo matrimonial.

5 NOTAS CONCLUSIVAS. CRITÉRIOS INTERPRETATIVOS APLICÁVEIS À SEPARAÇÃO E AO DIVÓRCIO. ASPECTOS CONTROVERTIDOS: A CULPA NA CONVERSÃO DA SEPARAÇÃO EM DIVÓRCIO E NA UNIÃO ESTÁVEL

A Constituição da República, como se viu, promove a democratização da família e a sua funcionalização à realização da personalidade de seus integrantes. O Estatuto da Criança e do Adolescente constitui-se em referência emblemática desta nova tábua de valores, ao elevar a criança a protagonista do processo educacional, facultando-lhe, a todo momento, questionar os métodos pedagógicos empregados pelos pais e educadores, mesmo que o conflito de interesses venha a abalar a estrutura formal do vínculo familiar.

A igualdade entre os cônjuges, assegurada constitucionalmente, também pode gerar atritos, os quais, contudo, jamais deverão ser dirimidos em prejuízo da isonomia, já que a comunidade familiar, segundo a nova ordem pública constitucional, não expressa um valor superior às pessoas, sendo tutelada somente na exata medida em que for capaz de preservar a dignidade da mulher, do homem e dos filhos.

E é precisamente por tais circunstâncias, por ter o constituinte concebido a família como comunidade intermediária instrumentalizada à realização da pessoa humana, que admitiu diversas espécies de entidades familiares: a família fundada no casamento – merecedora de tutela privilegiada, à medida que a solenidade e a publicidade do rito matrimonial geram uma segurança jurídica favorável ao compromisso assumido pelas partes; a união estável, baseada puramente na solidariedade espontânea e duradoura; e ainda a família monoparental, constituída pela relação de amor entre qualquer um dos genitores com os filhos, rompendo, assim, com a lógica suprapessoal da instituição matrimonial prevista no Código Civil (art. 226, §§ 1º a 4º, CF).

Assim estando as coisas, compreende-se facilmente que todas as normas que privilegiavam o vínculo matrimonial em detrimento dos integrantes da estrutura familiar perderam sua base de validade – ou não foram recepcionadas – com o advento da Constituição de 1988.

Tal construção, à evidência, aplica-se não somente à disciplina da relação matrimonial mas também às normas atinentes à separação, não sendo consentido imputar sanções pelo simples fato da ruptura do vínculo matrimonial – sem que se identifique, especificamente, a prática de um ato ilícito; mormente quando estas sanções deixam de ter relação de causalidade com o dano efetivamente produzido e afetem outros institutos, como alimentos, o nome de família, a guarda dos filhos, o patrimônio individual de cada cônjuge.

Pode-se dizer, portanto, em estreita síntese conclusiva, que todas as hipóteses que vêm agitando os tribunais e que dizem respeito ao papel da culpa devem ser analisadas à luz de uma espécie de carta de alforria constitucional.

Quanto às sanções patrimoniais, já se disse que a nova dicção do art. 40 da Lei do Divórcio mostra-se mais ampla e incompatível com o da regra do art. 5º, § 3º, do mesmo Diploma.

Relativamente ao dever de pensão alimentícia, também anteriormente examinado, o art. 19, da Lei do Divórcio, atribui exclusivamente ao cônjuge responsável pela separação a obrigação alimentar, sendo de se dar ao dispositivo interpretação restritiva, aplicável somente à separação culposa e inaplicável às modalidades de separação previstas nos §§ 1º e 2º do art. 5º.

Quanto ao nome da mulher, a nova redação do aludido art. 25 da Lei do Divórcio já afasta a idéia de culpa, presente no art. 17, embora deva se privilegiar, sempre que possível, o direito à identidade pessoal da mulher, sendo o sobrenome por ela adotado parte essencial do seu próprio nome, capaz de vinculá-la aos filhos do casal, não já um mero e contingente empréstimo do sobrenome do marido.

No que concerne à guarda dos filhos, é preciso que o magistrado, valendo-se do permissivo do art. 13, disponha sempre de acordo com o melhor interesse da criança, conforme tendência que se corporifica em nossa jurisprudência, sem que a conduta conjugal possa ter qualquer interferência em sua decisão.

Discute-se, ainda, se o descumprimento dos deveres estipulados na separação judicial possa ser causa impeditiva da conversão da separação em divórcio, a teor do art. 36, II, da Lei do Divórcio. Em que pese a existência de

conceituadas vozes em contrário, parece que a previsão constitucional de divórcio direto no prazo de dois anos faz com que o direito à dissolução não possa ser obstaculado pelo comportamento culposos do cônjuge separado. Mais uma vez, é preciso evitar que a inadimplência em relação aos deveres estipulados na separação – a ser sancionada com as consequências próprias da inexecução das obrigações de dar, fazer e não fazer –, se estenda de molde a impedir direitos constitucionalmente tutelados: a permanência do estado civil e do vínculo matrimonial não pode ser moeda de troca, à luz dos valores constitucionais, para se obter o cumprimento das obrigações derivadas da separação judicial.

Uma última palavra, ainda, acerca do papel da culpa nas uniões estáveis. A idéia de separação culposa não se ajusta facilmente ao conceito de união estável, marcada pela constatação fática e espontânea dos seus pressupostos constitutivos: o amor, a solidariedade, a seriedade recíproca, a estabilidade. De toda sorte, segundo preceitua o art. 7º da Lei n. 9.278, de 10 de maio de 1996, “dissolvida a união estável por rescisão, a assistência material prevista nesta lei será prestada por um dos conviventes ao que dela necessitar, a título de alimentos”.

Diante do dispositivo, muitos autores sustentam que os alimentos derivados da ruptura da união estável restringe-se à hipótese de separação culposa. Tal entendimento, contudo, não colhe. A uma, porque a lei não o restringe expressamente, tendo o legislador se limitado a utilizar o vocábulo rescisão, de modo pouco claro, o que, mesmo no sentido mais técnico, estaria a regular uma única espécie de ruptura, a separação culposa; a duas, porque, em se tratando de entidade familiar, há que se aplicar, por interpretação extensiva, a regulamentação em tema de alimentos prevista no art. 17 e ss. da Lei do Divórcio. A pensão alimentícia, derivada da conversão em pecúnia do dever de mútua assistência próprio e típico da relação familiar – incluído de forma expressa no casamento, e recorrente, como pressuposto fático, na caracterização da união estável –, tem origem na solidariedade familiar, podendo ser requerida, conseqüentemente, desde que haja a necessidade de um dos parceiros, no momento em que se dissolve qualquer espécie de entidade familiar constitucionalmente tutelada.

SEPARAÇÃO E DIVÓRCIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E COMPARADO

Renan Lotufo

Mestre e Doutor em Direito (PUC/SP)

Professor de Direito Civil (PUC/SP)

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Se queremos enfrentar o tema do Direito de Família, temos que fazer uma revisão, e essa revisão é histórica e por isso começa na interdisciplinariedade; temos que ver o que é e o que se considera família, e o que este conceito resultou em termos de direito positivo.

Foi lembrado aqui que o nosso Código Civil já adotou a família como uma instituição, e esta visão institucional da família implicou, sempre, numa preservação do instituto sem maior relevo para os seus integrantes. O único integrante que teve alguma repercussão foi exatamente o chamado “chefe da família” – tradicionalmente eram famílias patriarcais.

Esta colocação, parece-me, não era o problema exclusivo do Código Civil Brasileiro. Foi um legado que tivemos da antiguidade e uma tradição, inclusive, de origem religiosa, porque o casamento, como sacramento, na sua indissolubilidade, teve uma característica diferente no Brasil da maior parte dos outros povos. E o Professor *Yussef Cahali* lembra muito bem disso. O Brasil colocou a indissolubilidade em nível constitucional. Em todos os outros países o problema da indissolubilidade do casamento era matéria da lei ordinária. Não se tinha essa dificuldade, tão fundamental, na alteração do problema da dissolução do matrimônio.

Esta colocação do casamento, na Constituição, com a sua indissolubilidade, fez com que só se pensasse o Direito de Família no casamento, e o Código Civil refletiu isso. O nosso Código Civil não é um código em que se tem um livro, na verdade, do Direito de Família. Nós tínhamos um livro de direitos decorrentes do casamento e tudo sempre girou em torno das relações derivadas a partir dele. Esta é uma visão clássica, que todos os autores são concordes, e nós vamos verificar que a luta pela reformulação do dispositivo constitucional levou anos e anos e, finalmente, chegou através da

Emenda n. 9, em 1977. Mas, o advento da Emenda do Divórcio ainda teve um parâmetro constitucional que era o casamento, e um Código Civil voltado para o casamento.

Esta colocação de preservação, exclusiva de uma forma, de uma instituição formal atemporal e que tinha sempre uma visão exclusiva em torno de uma pessoa e, portanto, unipessoal, decorre de toda uma estrutura de pensamento, de toda uma formulação.

O momento fundamental no Direito mundial, e particularmente com o Direito de Família, ocorre com a Declaração dos Direitos Humanos em 1948. Este é o ponto fundamental, é o momento de diferença no mundo para a visão do próprio Direito. A declaração pelas Nações Unidas, dos Direitos Humanos, implica em alteração comportamental em quase todos os povos. A primeira Declaração subsequente é da unidade européia, da Comunidade Européia. Mas, se formos verificar aquilo que já existia na Constituição americana, aquilo que veio da Constituição francesa com a Revolução Francesa, na verdade, até então, não chegou a ter esse âmbito fundamental e não se tinha essa sensação básica de que o fundamental é preservar o ser humano enquanto ser humano em sua plenitude.

A Constituição americana, quando faz a primeira emenda, não traz, efetivamente, o direito de personalidade como fundamental, mas, basicamente a liberdade de pensamento. A Revolução Francesa traz um indivíduo, como fundamental, mas o traz em anteposição a uma ordem social, econômica e política existentes. É a oposição do indivíduo diante de uma ordem imposta e permanente.

Com a Declaração dos Direitos do Homem, em 1948, no entanto, a reformulação é brutal, que todos os países, praticamente, da civilização ocidental, contêm hoje, em suas constituições, um capítulo dos Direitos Humanos. A Alemanha passou a ter depois da queda de Hitler; a Itália, depois da queda de Mussolini; a Espanha, depois da queda de Franco; Portugal, a partir da queda de Salazar; a França, depois da queda da 3ª República. Todos os países, hoje, passaram a inscrever, em nível constitucional, os Direitos Humanos. Isto implica que o direito individual, o direito do ser humano é realmente fundamental para a interpretação de toda a estrutura constitucional e jurídica decorrente.

Quando nos voltamos para essa colocação, vamos ver que o Direito brasileiro, com a Constituição de 1988, sofre essa reformulação fundamental e básica e traz logo no seu art. 1º, como princípio fundamental de República, a dignidade do ser humano. E o fato de colocar dignidade como

princípio, antes da veiculação do art. 5º, com os Direitos Individuais – Direitos Humanos –, traz uma conseqüência básica, e me parece, tem que refletir na forma de se interpretar todo o Direito, porque o Direito ordinário só pode ser interpretado à luz da Constituição, e nunca ao inverso como se pretendeu fundamentalmente na França, porque o Código Civil francês foi chamado de a Constituição do Cidadão, pois, na verdade, foi o Código Civil francês que inspirou a Constituição francesa. Mas isso é um problema histórico e que também não pode mais ser admitido. *Marc Frangi*, um dos autores especializados nessa matéria de Direito Civil Constitucional, é expresso em referir que não se pode mais, também na França, querer interpretar o Direito Civil à luz dele próprio, mas, sim, há que se interpretar à luz da Constituição.

Se temos essa visão e a dignidade é a fundamental, temos que trazer dessa dignidade uma lição para o âmbito do Direito de Família. As relações do Direito de Família hão que decorrer desse núcleo fundamental que é para a sociedade ou família nas suas relações mais íntimas.

Bem dizia o Professor *Agostinho Alvim*, fundador da PUC: “O Direito de Família começa onde termina o amor”. É esta a exata sensação que temos da legislação.

Vejo aqui uma coisa que é preciso se repensar. Quando falamos do Direito de Família, e estamos pretendendo usar muito a interdisciplinaridade, temos que pensar que existe realmente algo que existe e que antecede, portanto, a tudo que se fale com relação ao Direito de Família – que é o amor. Sem amor não há família. E é esta a grande evolução que a Constituição traz. É que se permite chamar de “entidade familiar” aquilo que não é a formalidade do casamento, mas é essencialmente a unidade decorrente do afeto entre as pessoas. Daí a natureza da entidade familiar, daí essa natureza que decorre do amor.

Com esta visão, se é um dado que antecede, vamos constatar que tudo que vem e, portanto o problema da validade da eficácia, posteriormente, vai decorrer exatamente de problemas de aferição jurídica. Portanto, também no ato constitucional. Ora, quando temos essa colocação do casamento como uma das formas de concretização do amor, a forma mais importante dentro da nossa estrutura jurídica, vamos constatar que a forma de dissolução desse casamento – basicamente a separação com o divórcio –, tem que ser sempre pensada de maneira a preservar a dignidade de cada um dos integrantes do núcleo familiar. Sem este pensamento nós não estaremos dando eficácia ao Texto Constitucional, nem ao pressuposto de que tudo é o

amor. E, conseqüentemente, estaremos sempre aplicando a legislação de uma maneira sem enfoque básico e axiológico fundamental.

Quando pegamos a Lei do Divórcio e vamos enfrentar as colocações que ela nos dá, com relação à culpa, verificaremos que isto é um resquício efetivo dos conceitos precedentes, quer quanto ao casamento quer quanto a nossa estrutura de direito de família centrada no casamento. Tudo que se refira à dissolução se refere, de alguma maneira, àquela antiga idéia de pressupor que aquela instituição não poderia ser desfeita; quando, na verdade, a visão tem que se voltar para o fato de que em tudo e por tudo temos que, acima de tudo, preservar a dignidade do ser humano. E, se por acaso, dentro de um vínculo existir um ferimento à dignidade do ser humano, este vínculo não pode subsistir, porque está afetando um valor que é princípio fundamental constitucional. E mais, está violando a personalidade.

Para mim, a personalidade, portanto, vem em segundo plano e a dignidade antecede a personalidade. Dentro dessa visão, qualquer fórmula que pretenda dificultar o efetivo exercício do direito de busca à dignidade com imposições de sanções, como se houvesse culpa na busca da felicidade e da dignidade, são restrições que não se podem manter em nível constitucional vigente.

Temos que repensar o Direito Civil e o Direito de Família nesta ótica, no meu modo de ver.

De início, tentamos fazer uma conjugação do lógico e do Código. Realmente se busca toda essa colocação. Parece que, quando queremos divisar sempre a estrutura com base na culpa, estamos trazendo algo, como bem disse o Professor *Gustavo Tepedino*, que vem muito do passado, muito arraigado por relações religiosas, etc. Estamos querendo trazer alguma coisa como se tivéssemos culpa de existirmos e buscarmos a felicidade. Não é isso. Isso é um direito inato que Deus nos deu – o de buscarmos a felicidade –, porque se ele nos fez à sua imagem e semelhança foi para que buscássemos ser felizes. E, se vamos encontrar restrições, que hoje em dia cessam em quase todos os setores do mundo, vamos constatar que ao lado das legislações já referidas – como Itália e França – temos a Grécia, com seu Código mais recente, a sua alteração legislativa no Direito de Família também, não mais admitindo que a culpa faça parte integrante na relação do divórcio.

Vamos encontrar desta evolução em textos da Turquia, e vamos ter uma lição básica e fundamental na Finlândia. Vamos encontrar, portanto, no mundo, uma tentativa de superação advinda de outros países, inclusive com outras fontes religiosas; uma, vinda da religião muçulmana, e a outra,

fundamentalmente, protestante e de ordem efetivamente bem marcada como a Finlândia.

Então, todas essas alterações que vão ocorrendo, buscarão exatamente tirar o sentido da culpa, porque não se busca nesta forma de dissolver a sociedade conjugal, a forma de sancionar alguém, de se imputar uma situação de demérito com outras sanções como as decorrentes até a prisão – no nosso sistema –, mas, sim, uma forma de compor e deixar com que esta entidade realmente funcione. E mais, que os efeitos que vêm pós-separação sejam favoráveis, particularmente, aos que integram esse grupo que teve desfeita a sociedade. Nem sempre isso é fácil. A França, que adotou uma das formas mais modernas, na palavra do professor de Strasburgo, tem encontrado grandes dificuldades para superar um sentido de falsidade, em determinados tipos de separação consensual, porque, realmente, os problemas pessoais existentes no conflito, dentro do casamento, são muito difíceis. Por isso devemos tender, no futuro, a uma solução que podemos implantar, de certa maneira, no sistema brasileiro.

Se temos a fase de conciliação, e essa fase de conciliação é obrigatória, parece-me que podemos, efetivamente, utilizar todos os recursos que possam existir dentro do Judiciário e, particularmente, uma Vara de Família, para que se tente superar aquilo que a sociologia americana chama de “transição”.

O Professor *Peluzo*, de São Paulo, eminente Desembargador, reflete que a transição é aquela dificuldade que existe entre os integrantes do casamento que passam a conflitar. Normalmente, um começa a se sentir extremamente infeliz e argüir esse conflito e começa a se remoer e, por vezes, sem condições de pleitear, em juízo, a separação e, por isso mesmo, vai aumentando a tensão dentro da família; e o outro, por vezes sem poder identificar e sem que haja a abertura da pessoa, sua companheira ou companheiro, começa a se angustiar também e passa a sentir essa tensão. Esta situação conflitiva leva, então, a que mais tarde possa eclodir e exatamente não no que originou o problema, mas, sim, naquele que teve menos condição de suportar o fenômeno da transição.¹

1 Claude Lienhard (Regards sur L'état actuel des procédures de divorce en France. In: GANGHOFER, Roland. *Le droit de famille en Europe* Universitaires de Strasbourg), ao referir-se ao problema da transição: “L'expérience française s'est essentiellement inspirée de l'expérience canadienne. L'expérience canadienne elle-même a largement profité des acquis faits en la matière aux Etats-Unis. En effet, l'émergence initiale de la médiation s'est faite aux Etats-Unis, s'inscrivant dans un courant d'innovation sociales des années 60. Le point de départ est la perception des dégâts et des traumatismes causés par le recours au système adversaire dans les litiges familiaux. Ce constat empirique, fait par des praticiens, a été confirmé par des études cliniques analysant les effets traumatiques des séparations mal vécues, parce que mal négociées ou imposées.

Todas as vezes que se consegue, através dos recursos dos psicólogos, dos assistentes sociais – em nível judicial norte-americano – se equacionar esse problema da transição, a ruptura, quando ocorre, se dá sem trauma e, conseqüentemente, preservando a dignidade dos integrantes.

Parece-me que não podemos ter toda uma estrutura em todos os lugares do Brasil, mas, nas grandes comarcas, sempre existe à disposição dos juízes de Família um serviço de psicologia, de assistência social que podem e devem fornecer elementos para se passar desta fase e se evitar efetivamente o conflito, porque a decisão é sempre algo que jamais satisfaz o litigante. Quem perde sabe que perde e não tem recurso, mas nunca admitiu a justiça da decisão. E é por isso que temos aquilo que o Professor *Peluzo*, reflete: “O entulhamento do Judiciário com as lides conseqüentes de um divórcio litigioso ou uma separação litigiosa”. São as ações de alimentos, são as ações de alteração de guarda, são todas sem trânsito em julgado e os conflitos se renovam dia-a-dia e não há Juízo de Família que dê conta de tantos processos.

Só num divórcio litigioso, em que fui relator e fiquei vinculado, julguei 11 processos diferentes entre as mesmas partes. É um absurdo e é um abuso do Direito o que ocorre, porque não há mais limite, pois a parte perdeu o controle emocional, porque ficou no plano do litígio e a esse momento transpassou do amor para o ódio. E é aí que temos que interferir como Judiciário, de evitar que essas decisões levem a exacerbação para o ódio, porque todos os momentos decisórios de conflitos de tal intimidade não resolvem o problema do ser humano, logo, não resolvem o problema da família. São decisões que vão criar traumas, que vão contundir e que, por isso mesmo, vão lesar fundamentalmente aqueles que decorreram dessa união e, muito mais, os que ocorrem dos integrantes dela. Por isso, todas as sanções que vamos verificar, que foram relatadas pelo Professor *Gustavo Tepedino*, e particularmente aquelas que pretendem ter a iniciativa da ação, a perda de direitos, a única que eu admito com uma certa razoabilidade de que venha a causar um certo agravamento para o autor, é o problema com relação às mães. Porque, efetivamente, se houver essa separação, aquele que já está no infortúnio da doença, e a doença é incurável, deve então sofrer uma condenação não, mas, sim, ser dito e deixar claro que seu dever de solidariedade tem que permanecer, sob pena de – na verdade – estarmos não condenando um a pagamento de pensão, mas certamente condenando o doente à pena de morte.

Por essas razões me parece que a revisão do problema “culpa” é fundamental.

GUARDA COMPARTILHADA

Waldir Grisard Filho

Advogado em Curitiba

Membro do Instituto dos Advogados do Paraná

Professor na Faculdade de Direito de Curitiba

Sumário

1. Advertência inicial. 2. Introdução. 3. Pátrio poder – Guarda – Custódia. 4. A guarda compartilhada. 5. Conclusões.

“A criança gozará proteção especial e ser-lhe-ão proporcionadas oportunidades e facilidades, por lei e por outros meios, a fim de lhe facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, de forma sadia e normal e em condições de liberdade e dignidade. Na instituição das leis visando este objetivo levar-se-ão em conta, sobretudo, *os melhores interesses da criança.*”¹

1 ADVERTÊNCIA INICIAL

Não me proponho tratar do tema *Guarda Compartilhada* em toda a sua extensão ou em toda a sua profundidade, porque, interdisciplinar, faltam-me lastros da Sociologia, da Psicologia, da Psicanálise e da Psiquiatria, mas, sim, abordá-lo em nível de *considerações gerais*.

Diante de um tema de complexidade, derivado do complicado relacionamento humano, e de sua limitada abordagem em nossos manuais de Direito, sujeita-se o presente trabalho a merecidos reparos, que só enriquecerão a nós todos e a nós todos melhor conduzirão na trilha do moderno caminho que deve percorrer o Direito de Família às portas do 3º Milênio.

1 Declaração Universal dos Direitos da Criança, Princípio 2º.

Com este propósito, importa não só a nós advogados, mas, também, a juízes e promotores de justiça, e demais que lidam no Direito de Família, o conhecimento sobre a *guarda compartilhada* ou *conjunta*, de forma a melhor desempenharmos nossos papéis, jamais olvidando que, neste ramo do Direito Civil, o de Família, em especial, lidamos necessariamente com pessoas e, eventualmente, com patrimônios.

Advirto, por fim, com a devida licença da Dra. *Maria Antonieta Pisano Motta*, psicóloga e psicanalista, que

“A guarda compartilhada não é panacéia para os consideráveis problemas que a separação suscita; ela, de fato chega a não ser adequada para algumas famílias, especialmente aquelas em que os cônjuges vivem em conflito crônico. Entretanto, não deve ser descartada *a priori*, como muitas vezes lamentavelmente ocorre.”²

As referências doutrinárias e jurisprudenciais vão em notas de rodapé.

2 INTRODUÇÃO

O tema da *guarda* migrou do Direito de Família para o Direito do Menor,³ levando, porém, em sua bagagem o acervo acumulado pela tríade civilística (lei, doutrina e jurisprudência) nestes anos de vigência do Código Civil.

Ali está:

“Art. 231 – São deveres de ambos os cônjuges:

I –

.....

IV – sustento, *guarda* e educação dos filhos,”

estabelecendo, por outro lado, como efeito pessoal do pátrio poder, competir aos pais quanto a pessoa dos filhos a *guarda*, a representação e a assistência enquanto menores de idade e reclamá-los de quem ilegalmente os detenha (incisos II, V e VI, do art. 384).

² Guarda compartilhada – Uma solução possível. *Revista Literária de Direito*, Ano II, n. 9, p. 19.

³ Sobre a autonomia desse novo ramo da Ciência Jurídica, v. CAVALIERI, Alyrio. O direito do menor – Um direito novo. *Revista da Faculdade de Direito*, UFMG, 1979.

Está claro ter o Código Civil disciplinado a *guarda* do ponto de vista do *pátrio poder*,⁴ com ressonância maciça na jurisprudência, sem atender aos *melhores interesses da criança*, que bem poderiam estar melhor preservados se na *guarda* de terceiros.

O trabalho da doutrina abalou os alicerces daquela jurisprudência, que sustentava o caráter absoluto do *direito de guarda*, de exaustiva regulamentação entre os romanos, onde o *paterfamilias* era o personagem todo-poderoso da estrutura familiar, fundada em relações de poder e cristalizada na *patria potestas* (*ius vitae et necis; ius exponendi; ius vendendi*; poder de emancipação; etc.).

O evoluir social determinou o declínio e a morte do pátrio poder de feição romana, discricionário, prevalente, abstrato, afirmando a nova jurisprudência⁵ não ser a guarda de sua essência, mas de sua natureza, tanto que transferida essa a terceiro não implica na transferência daquele;⁶ a guarda é, então, um dos atributos do pátrio poder, que desse se separa, não se exaurindo nem se confundindo com ele, podendo um existir sem o outro. A autoridade do guardião é restrita, pois subsistem com os pais certos deveres, que só desaparecem com a suspensão ou a destituição do pátrio poder.⁷

Impunha-se, então, uma disciplina legal do instituto, que se adequasse à sua nova concepção – no interesse dos filhos e da família, não em proveito dos pais –, vindo esta, embora acanhada, com o Código de Menores de 1927 (Decreto n. 17.943-A, de 12/10/27).⁸

Já o de 1979 procurou discipliná-lo mais completamente, conceituando a figura do responsável,⁹ admitindo-o como forma de colocação em

4 Sobre o pátrio poder, vide: ROCHA, J. V. Castelo Branco. *Pátrio poder*, 1960; DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, v. 5, 1989; MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*, v. 2, 1995; SANTOS NETO, J. A. de Paula. *Do pátrio poder*, 1994.

5 RT 554/209, RT 575/134, RTJ 56/53.

6 Em voto do Min. *Themístocles Cavalcante*, no RE 61.887-SP (RTJ 46/257-9): “A cláusula que, em desquite por mútuo consentimento, estabelece a guarda de filho menor por terceira pessoa, não pode importar em redução, mesmo em parte, do pátrio poder, de modo a subordinar a vontade do pai àquela quem foi confiado o menor” (RT 193/322).

7 RTJ 45/457. V. SUANES, Adauto Alonso S. *JUSTITIA* 83/79, 87/115. Diversos autores ver. *Temas de direito do menor*, São Paulo: RT, 1987.

8 CAPÍTULO IV – Dos Menores Abandonados, art. 27: Entende-se por *encarregado da guarda* do menor a pessoa que, não sendo seu pai, mãe ou tutor, tem por qualquer título a responsabilidade de vigilância, direção ou educação dele ou voluntariamente o traz em seu poder ou companhia.

9 Lei n. 6.697, de 10/10/79, art. 2º parágrafo único: Entende-se por *responsável* aquele que, não sendo pai ou mãe, exerce, a qualquer título, vigilância, direção e educação de menor, ou voluntariamente o traz em seu poder ou companhia, independentemente de ato judicial.

lar substituto (art. 17, II) e estabelecendo normas de regência em seus arts. 19, 24 e 25.¹⁰

A Carta Política de 1988, art. 227, estabeleceu como dever da família, da sociedade e do Estado

“assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, 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”,

cabendo ao Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069, de 13/7/90), que lhe sobreveio, tornar efetivo aquele direito fundamental (art. 4º), o que fez pelos arts. 19, 28 a 32 e 33 a 35, esses últimos em especial: os filhos menores têm direito a ser criados e educados no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, incumbindo aos pais o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores (arts. 19 e 22).

Na nova lei, a guarda é a forma mais simples de colocação da criança ou adolescente em família substituta, onde ele encontrará ambiente adequado ao seu desenvolvimento como pessoa e à sua perfeita integração na comunidade (arts. 15 a 18).

Mas o tema da *guarda* não se circunscreve à legislação menorista. Ele pauta intensamente nos feitos de *separação judicial* e de *divórcio*, que não alteram as relações entre pais e filhos, senão quanto ao direito que cabe aos primeiros de terem em sua companhia os últimos (art. 381 do CC).

É sob este viés que se apresenta o estudo da *guarda compartilhada*, como alternativa à solução dos consideráveis problemas a respeito da guarda dos filhos de pais separados.

3 PÁTRIO PODER – GUARDA – CUSTÓDIA

Na dicção de *Carbonnier*, é o pátrio poder o conjunto de poderes conferidos aos pais com o fim de proteger o menor em relação aos perigos a que está

¹⁰ Ver *Código de Menores* – Lei n. 6.697/79 – Comparações, anotações, histórico, informações. 2. ed., Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1984. A análise, os comentários e uma visão integrada do trabalho desenvolvido à sua codificação.

exposto em decorrência de sua juventude e inexperiência.¹¹ Para os autores modernos, o pátrio poder é o conjunto de faculdades encomendadas aos pais, no interesse dos filhos. É um poder familiar, diz *Clóvis Beviláqua*, uma autoridade que mantém os laços de família sob vigilância social.¹²

Em nosso Direito, a titularidade do exercício do pátrio poder pertence conjunta e igualitariamente aos genitores (arts. 5º, I e 226, § 5º, da CF; art. 379, do CC).

No Direito estrangeiro encontramos sistemas de *exercício conjunto* do pátrio poder, exigindo convergência de vontade de *ambos* os pais e de *exercício indistinto*, validando-se os atos praticados por *quaisquer* deles. Na prática, mostram-se inconvenientes, seja pela extrema dificuldade de se obter simultâneo e imediato consentimento dos pais às pequenas decisões, seja pelo perigo a que se expõem os interesses do menor pela excessiva liberdade conferida a um só dos pais para quaisquer deliberações.

Para abrandar o rigor dos efeitos destes sistemas, se aplicados irrestritamente, algumas legislações estabeleceram mecanismos de controle: *Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad*, como estampa o art. 156, Código Civil espanhol. Na mesma linha de preocupação, dispõe o Código Civil argentino: “os atos praticados por um dos pais no interesse dos filhos presumem-se consentidos pelo outro, exceto para os casos em que a lei exige consentimento expresso” (art. 264, quarto).

Nosso sistema, quanto ao exercício do pátrio poder, acomoda-se no primeiro dos acima referidos, exercitável na forma da legislação civil, assegurado a qualquer dos pais, em caso de desacordo, o direito de recorrer à autoridade judiciária para a solução da divergência (art. 21, Estatuto da Criança e do Adolescente).

O pátrio poder emoldura a *guarda*, guarda propriamente dita, também chamada *guarda jurídica*, que encerra as relações parentais de caráter pessoal emergentes do pátrio poder (sustento, criação, educação, representação, proteção, correção, controle, guia moral e intelectual, vigilância, respeito, honra, afeição, etc.). Para *Clóvis Beviláqua*, o art. 384 do Código Civil enumera os elementos jurídicos das relações pessoais entre pais e filhos.¹³

11 CARBONNIER. *Apud* VIANA, Marco Aurelio da S. *Curso de direito civil*. Direito de família, 1993, v. 2, p. 189.

12 BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1975, v. 1, p. 833.

13 BEVILÁQUA, Clóvis. *Op. cit.*, p. 839.

Emoldura, também, a *custódia*, ou *guarda material*, embutida na anterior e da qual é um componente. Encerrando a idéia de posse (art. 33, § 1º, Estatuto da Criança e do Adolescente) ou cargo, refere a imediatidade do exercício da guarda jurídica por aquele com quem viva o menor.

Na constância do casamento, o pátrio poder, a guarda jurídica e a custódia polarizam-se nas pessoas dos genitores (art. 381 do CC; art. 27, Lei do Divórcio). Advinda a separação e o divórcio, mantêm os pais o pátrio poder, mas a guarda dissocia-se em jurídica e material (exercício mediato e imediato, respectivamente).

Com a separação e o divórcio, admite *Marco Aurelio S. Viana*, pode “haver um *desmembramento* da guarda em que o *direito de guarda* é atribuído a um dos pais, e o *direito de visita* ao outro”,¹⁴ correspondendo a custódia e a guarda jurídica.

Tal desdobramento da guarda debilita o pátrio poder do cônjuge não guardador, uma vez estabelecido por lei seu exercício conjunto (arts. 379, CC e 21 do ECA), que fica impedido do amplo exercício de seu direito (*v.g.*, a correção) com a mesma intensidade e na mesma medida que o outro, o guardador. Nesse diapasão são naturais os conflitos relativos à guarda (o que também acontece na vigência do casamento, tanto que o art. 21 do ECA assegura o recurso ao Judiciário).

A legislação alienígena (francesa, portuguesa, italiana) encontrou solução ao problema, concentrando a autoridade parental em mãos do cônjuge que detém a posse do filho, salvo o direito de visitas do outro, solução que encontra similar na legislação brasileira, revelada pelos arts. 381, do Código Civil e 9º e 15, da Lei do Divórcio. Para o Direito espanhol, por exemplo, o pátrio poder se exercerá conjuntamente ou por um só dos pais, com o consentimento tácito ou expresso do outro. Em caso de discordância é atribuído ao Juiz decidir se caberá ao pai ou a mãe, total ou parcialmente, ou distribuirá entre eles as suas funções (art. 156, CC).

Em resumo, o *pátrio poder*, tanto em uma relação matrimonial vigente como quando tem lugar uma separação ou divórcio, coincide em ambos os pais. A *guarda jurídica*, cujos elementos estão enumerados no art. 384 do Código Civil, emerge do pátrio poder e são exercidos à distância pelo genitor não guardador; portanto, mediatamente, através do sistema de visitas periódicas. A *guarda material*, ou custódia (*tenencia* na legislação argentina e

14 VIANA, Marco Aurelio da S. *Op. cit.*, p. 191.

uruguiaia), realiza-se pela imediatidez, pela proximidade diária do genitor que conviva com o filho, monoparentalmente. Em verdade, o que obtenha a guarda material exercerá o pátrio poder em toda sua extensão, como ocorre no Direito argentino (art. 264.2).¹⁵

Modernamente, tende-se a compartilhar também a custódia – não só a guarda jurídica, desregulamentando-se a visita –, entre ambos os pais, sem pacificidade, porém, tal solução, encontrando-se-lhe defensores e detratores. Se, por um lado, o compartilhamento da custódia mostra-se inconveniente à falta de unidade de critério na direção da educação e formação da personalidade do menor, quando esse passa de mão em mão, por outro, garante ao genitor não guardador uma ampla participação na vida de seu filho.

O que deve prevalecer, entretanto, em qualquer hipótese, é o supremo interesse do menor, diretiva aurida da Declaração Universal de seus direitos.

4 A GUARDA COMPARTILHADA

Enquanto menores, os filhos estão sujeitos ao pátrio poder, devendo esse ser exercido conjuntamente pelos pais e em igualdade de condições (arts. 379 e 380 do CC e 21 do ECA).

As relações paterno-filiais que daí decorrem não se alteram com o advento da separação e do divórcio dos progenitores, para quem não há ruptura, nem restrições, exonerações ou isenções de seus direitos e deveres em suas funções parentais (arts. 329, 381 e 393 do CC e 27 da Lei do Divórcio).

O advento, porém, da separação e do divórcio, apresenta grave e intrigante problema no que respeita à guarda dos filhos menores, e dos maiores inválidos (art. 16, Lei do Divórcio); no dizer de *Washington de Barros Monteiro* é “dos mais delicados de todo o Direito de Família”.

Sem dúvida, a fixação da guarda após a dissolução da sociedade conjugal e do casamento é de elevada importância para a vida do menor, tratado egoisticamente pelos pais como objeto da própria disputa que travam no feito de separação e de divórcio.

15 *TITULO III – De La Patria Potestad – Art. 264 – La patria potestad es el conjunto de deberes y derechos que corresponde a los padres sobre las personas y bienes de los hijos,...Su ejercicio corresponde: 2) en el caso de separación de hecho, separación personal, divorcio vincular o nulidad de matrimonio, al padre o madre que ejerza legalmente la tenencia sin perjuicio del derecho del otro de tener adecuada comunicación com el hijo y de supervisar su educación.*

Eis a questão: qual dos pais é o mais indicado para deter, e com exclusividade, a guarda do menor? A sentença tende a responder e ao fazê-lo em favor de um deles, abre enchança à eternização dos processos e a intermináveis ações visando sua modificação, só aumentando a competição em ambiente já hostil.

Dispõe a Lei do Divórcio (art. 15), que “Os pais, em cuja guarda não estejam os filhos, poderão visitá-los e tê-los em sua companhia, *segundo fixar o juiz*”, podendo esse, em qualquer caso (separação consensual ou não, divórcio consensual ou não, por conversão ou direto), presente motivo grave (art. 13) ou lhe parecendo mais acertado, regular a guarda, levando em conta os *melhores interesses da criança*, preponderantemente aos dos pais (art. 34, § 2º).¹⁶

Via de regra, a guarda é entregue à mãe, impondo-se ao pai o dever dos alimentos e se lhe facultando esporádicas visitas, com o fim exclusivo de fiscalizar a manutenção do menor (o correto emprego da verba alimentar) e sua educação, frustrando-se, assim, a adequada convivência desse com seu pai, como se descartável a função paterna nas diversas fases do desenvolvimento do filho. A guarda, assim, uniparental, desatende às necessidades do menor, que não dispensa a presença do pai e da mãe, permanente, conjunta e ininterrupta, em sua plena formação para a vida.

Por vezes, são as partes que elegem o guardião do menor e regulam os seus aspectos materiais, como local de moradia, alimentos e visitas, e o juiz homologa (arts. 9º a 14, Lei do Divórcio). Por outras, ao regularem a guarda, distribuem entre elas a posse, o cargo ou a custódia dos filhos, revezando-a entre si – *v.g.*, semanalmente, quinzenalmente, mensalmente –, porém, com o desaplauso da jurisprudência, ao fundamento da inconveniência à consolidação dos hábitos, valores, padrões e idéias na mente do menor e à formação de sua personalidade.¹⁷

Nessa linha, decidiu o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, ao julgar, por sua 5ª Câmara, a Apelação Cível n. 48.974-0, da qual foi Rel. o Des. *Campos Oliveira, verbis*:

“MENOR – Guarda – Pais separados – Custódia alternada semanalmente – Inconveniência – Permanência sob a guarda da mãe – Direito de vista do pai.
Ementa Oficial: É inconveniente à boa formação da personalidade do filho ficar submetido à guarda dos pais, separados, durante a

¹⁶ *Jurisprudência Brasileira*, 123/130; RF 228/95.

¹⁷ *RJTJRS* 113/428; RT 573/207.

semana, alternadamente; e se estes não sofrem restrições de ordem moral, os filhos, principalmente durante a infância, devem permanecer com a mãe, por razões óbvias, garantindo ao pai, que concorrerá para as suas despesas dentro do princípio necessidade-possibilidade, o direito de visita. (RT 733/333 – Nov. 96)”

Embora reconheça o acórdão que as partes são dignas de terem os filhos em sua companhia e que a prova não foi capaz de incompatibilizar qualquer deles com a guarda pretendida, entendeu que, como a estebelecida em acordo, *guarda compartilhada*, não foi das mais felizes – pode o juiz recusar a homologação da convenção se essa não preservar suficientemente os interesses dos filhos, cf. art. 34, § 2º da Lei do Divórcio (texto não do acórdão –, porque “não há constância de moradia, a formação de hábitos deixa muito a desejar, porque eles não sabem que orientação seguir, se a do meio familiar paterno ou materno”. Por outro lado, o exame técnico revela que os filhos amam os pais e fantasiam a família unida.

Diante deste contexto – invariabilidade da guarda uniparental –, adverte a Dra. *Maria Antonieta Pisano Motta*:

“Faz-se necessário proceder à profilaxia dessas situações, tentando uma modificação dos padrões culturais e das decisões legais a eles atreladas. É fundamental que os advogados de família desmotivem os pais de lutar pelos filhos nos Tribunais e os ajudem a compreender que, sempre que um dos genitores ‘ganha’, quem perde é a criança.”

E, conclui:

“Ao conferir aos pais essa igualdade no exercício de suas funções, essa modalidade de guarda valida o papel parental *permanente* de pai e mãe e incentiva ambos a um desenvolvimento ativo e contínuo com a vida dos filhos.”

A *guarda conjunta*, diz a psicóloga antes mencionada, deve ser compreendida como aquela forma de custódia em que as crianças têm uma residência principal (proximidade com o colégio, vizinhos, amigos, clube, pracinha) que define ambos os genitores do ponto de vista legal como detentores do mesmo *dever* de guardar seus filhos. Não se refere a uma caricata divisão

pela metade, em que os ex-parceiros são obrigados por lei a dividir em partes iguais o tempo passado com os filhos. Ela é inovadora e benéfica para a maioria dos pais cooperativos e é também muitas vezes bem-sucedida, mesmo quando o diálogo não é bom entre as partes, desde que estas sejam capazes de discriminar seus conflitos conjugais do adequado exercício da parentalidade.

Se é difícil a escolha do cônjuge que deve exercer a guarda, também o é encontrar a solução (o modelo adequado – guarda jurídica e/ou guarda material compartilhada) mais justa para esse problema, à qual não pode prescindir o direito dos conhecimentos úteis que as ciências da mente proporcionam. Aí estão à disposição dos que lidam com o Direito de Família a Sociologia, a Psicologia, a Psicanálise. A família, como cada um de seus integrantes, com suas particularidades, sua dinâmica, suas emoções, deve ser conhecida com profundidade antes de uma decisão sobre a atribuição de guarda de filhos, por isso ela é mutável, pois a separação e o divórcio a desorganiza e a guarda de filho bem solucionada é um dos passos à sua reorganização, como nova célula social (família monoparental), que ao Estado interessa proteger.

O advogado, indispensável à administração da Justiça, em seu ministério privado, exerce função social, tanto como os que fazem as leis, fiscalizam-nas ou as aplicam – notadamente as de Direito de Família, onde o psicoemocional se faz permanentemente presente –, necessitam de indispensável apoio técnico-profissional-interdisciplinar às decisões legais pertinentes, para nelas valorizar os aspectos socioafetivos das relações entre pais separados e seus filhos.

Em artigo publicado na *Revista dos Tribunais*, as psicólogas e psicanalistas *Eliane Michilini Marraccini* e *Maria Antonieta Pisano Motta* oferecem importante contribuição, sob o ponto de vista das ciências que estudam a mente humana, à busca de soluções mais justas à questão da guarda de filhos, enfatizando os aspectos psicológicos do conhecimento elementar do papel e função parentais no desenvolvimento infantil, a partir de conhecimentos básicos sobre o funcionamento mental e a dinâmica interpessoal que se estabelece no âmbito familiar.

Inexiste solução única, pronta, perfeita, acabada, definitiva, imutável, mas acreditam caber ao casal em processo de separação a criação de uma solução particular, a beneficiar a todos. Desse modo, dizem as autoras, a guarda compartilhada, alternada, a flexibilização das visitas – acórdão do TJSP entende que a regulamentação de visitas obsta o fortalecimento dos

laços de amizade entre pais e filhos –,¹⁸ a guarda por outrem, devem ser consideradas, escapando-se das soluções automáticas, tradicionais e preconceituosas de que sempre a guarda deve ficar com a mãe, e os alimentos obrigatoriamente com o pai.¹⁹

5 CONCLUSÕES

Com estes contornos, a *guarda compartilhada* apresenta-se como uma alternativa adequada à solução dos conflitos relativos à guarda de filhos de pais que não convivem. Por seus múltiplos entornos, a fixação da guarda não se submete a uma pauta geral e abstrata de circunstâncias, senão a particularidades próprias e objetivas de cada caso concreto.

É certo que a aceitação, como rotina, desta modalidade de guarda ainda não encontrou humo ao seu desenvolvimento, mas

“sem uma teoria crítica do Direito de Família, será demasiado difícil alcançar o valor do novo, seja em matéria de técnicas, seja de práticas ou de instituição, para pô-las em relação com os termos da vida social.”²⁰

Assim, nesta quadra do Direito de Família, não há lugar para rigidez formal nem hábitos estandardizados, que mascaram os preceitos constitucionais da igualdade e da liberdade dos cônjuges referentes à sociedade conjugal e obscurecem o exercício de uma paternidade responsável.

Destas *considerações gerais*, como advertido inicialmente, tiram-se as seguintes conclusões: o pátrio poder será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe (art. 21, Estatuto da Criança e do Adolescente),

18 RJTJSP 22/204. *Apud* CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e separação*. 7. ed., 1994, t. 1, p. 270 e 271.

19 MARRACINNI, Eliane Michilini, MOTTA, Maria Antonieta Pisano. Guarda de filhos: algumas diretrizes psicanalíticas. *Revista dos Tribunais*, 375, v. 716. Refugindo às decisões estereotipadas, o TJPR, no julgamento da Ap. Cível n. 47.816-8 (RT 740/401-4), ao decidir demanda sobre a guarda de menor entre mãe e avós paternos, levou em conta *os melhores interesses do menor*, afirmando que “o que deve ser considerado primordialmente é o interesse da criança e não da sua genitora biológica, pois esta não possui, apenas por essa condição, o direito de ter a filha em sua companhia, mas o dever desse encargo”.

20 VILLELA, João Baptista. As novas relações de família. *Anais da XV Conferência Nacional da OAB*. Foz do Iguaçu, PR, 1994, p. 645.

competindo, igualmente, a ambos o dever de assistir, criar e educar os filhos menores (art. 229 da CF).

Em toda decisão judicial a respeito da guarda de filhos de pais separados e divorciados,

- a) o interesse do menor deve ser sobrevalente;
- b) a integração sociofamiliar deve ser priorizada;
- c) o estudo biopsicossocial das partes deve preceder-lhe.

Entendendo-se a guarda como um atributo do pátrio poder, que, quando deferida a um só dos genitores, importa em limitações ao seu exercício pelo que não a detém, deve ser estimulada a *guarda compartilhada*, possibilitando a convivência permanente de ambos os pais com seus filhos, preservando-se, assim, a continuidade, e o fortalecendo, dos laços afetivos já existentes.

O DIREITO DE FAMÍLIA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Sálvio de Figueiredo Teixeira

Ministro do Superior Tribunal de Justiça
Professor Universitário e Diretor da Escola Nacional da Magistratura

Antes de focalizar alguns exemplos que possam refletir a orientação que vem adotando o Superior Tribunal de Justiça no campo do Direito de Família, desejo assinalar dois ou três aspectos que se me afiguram relevantes como preâmbulo.

Em primeiro lugar, para anotar que a jurisprudência brasileira atual não pode deixar de levar em consideração as extraordinárias mudanças por que passa o Direito de Família em nossos dias, quer no plano nacional, quer no internacional, com profundas repercussões no casamento, na família, na convivência humana e na própria sociedade contemporânea.

Nenhum outro ramo do Direito vem recebendo tantos influxos nem passando por tantas mutações.

Com efeito, a ciência, nos últimos tempos, apresenta um quadro evolutivo de grande significação, sobretudo com o desenvolvimento dos estudos da pílula anticoncepcional, do DNA e das novas formas e possibilidades de fecundação, ensejando, inclusive, o surgimento de novos modelos de família e filiação.

A um só tempo, outrossim, mudam-se os costumes sociais e transforma-se o comportamento na sociedade, com a mulher, especialmente a adolescente, adotando uma postura mais liberal e independente.

Paralelamente a esses dois relevantes fatores, e em parte como reflexo dessas mudanças, surge, inclusive no País, uma nova legislação, quer em nível infraconstitucional, quer no próprio texto da Constituição, a abrigar os revolucionários princípios da igualdade jurídica dos cônjuges e dos filhos.

Ganhou o Direito de Família, como se vê, um novo perfil, para o qual devem estar atentos os juristas e os operadores do Direito.

Outro ângulo digno de nota relaciona-se com a postura do hermeneuta.

A par dos tradicionais métodos de interpretação – literal ou filológico, histórico, comparado e lógico-sistemático –, a hermenêutica tem evoluído com marcante desenvoltura, dotando o intérprete de novos parâmetros exegéticos, incentivando-o a pautar-se, na aplicação da lei, por critérios mais eficazes, como o evolutivo, o teleológico e o axiológico, dentro da lógica do razoável (*logos del razonable*), a exemplo do que recomenda a norma do art. 5º da “Lei de Introdução”, segundo a qual, na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

Dentro desta nova moldura, em que inserido o Direito de Família, e orientado por métodos e critérios de hermenêutica que melhor refletem o avanço da ciência jurídica, cumpre ao juiz dar às causas sob sua apreciação e julgamento uma visão de vanguarda, a compatibilizar a segurança jurídica com os novos ventos que sopram, impulsionados por novos fatores – legais, científicos e sociais.

Neste sentido, aliás, tem buscado direcionar-se, como se verá, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, Corte que o constituinte de 1988 erigiu como intérprete maior do nosso Direito infraconstitucional.

O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE INOVANDO O DIREITO DE FAMÍLIA

Tânia da Silva Pereira

Advogada

Mestre em Direito Privado

Professora em Direito Civil, Direito da Criança e do Adolescente (PUC/Rio) e do
Curso de Pós-Graduação (UERJ)

Partindo da premissa que somos um País de mais de 70 milhões de pessoas com menos de 18 anos, a previsão é que entre os anos de 1960 e 2020, a população brasileira vai dobrar cinco vezes e a terceira idade 15 vezes. A Organização Mundial de Saúde fala, hoje, em 13 milhões e, no ano 2020, em 32 milhões de pessoas com mais de 60 anos.

Diante desta perspectiva, temos acompanhado o grande destaque que os meios de comunicação e toda a estrutura política desse País começam a dar à educação, à erradicação do trabalho infantil, ao problema da violência doméstica, etc.

Tudo isto reflete a grande abertura que representou a Constituição de 1988, declarando criança e adolescente como titulares de direitos fundamentais, sem deixar de destacar que hoje podemos falar quase de um Direito de Família Constitucional.

A Professora *Heloísa Barboza*, nossa diletta companheira na UERJ, citou a grande modificação que representa no Código Civil a implantação, no Brasil, da Doutrina Jurídica da Proteção Integral.

A história da humanidade não é uma história de crianças, é uma história de adultos. O mundo assistiu, a partir do Século XVIII, à substanciais mudanças ideológicas no que tange à população pobre e miserável da Europa. A necessidade de ocupação das novas terras descobertas conduziu a novos pensamentos e propostas no sentido da valorização e recuperação desta parcela da população. Aquela proposta veio repercutir entre nós numa disputa a que assistimos nas duas primeiras décadas deste século no Brasil. Naquele período duas correntes se contrapunham: de um lado a *caridade*, liderada pela Igreja Católica, que detinha o monopólio da proteção do pobre (envolvendo aí, mendigos, crianças, mulheres, idosos etc.) e de outro,

a *filantropia*, por iniciativa do Estado, que passou a dominar, assumindo a responsabilidade de preparar a população para o trabalho, eis que a abolição da escravatura exigia a substituição da mão-de-obra escrava. Essa disputa durou, aproximadamente, 20 anos, o que resultou na conclusão pelas forças políticas dominantes na época de que a filantropia não podia viver sem os recursos da caridade e a caridade convenceu-se da necessidade da técnica da filantropia.

Data de 1927, o primeiro Código de Menores do Brasil, o Código de Mello Mattos, que sucedeu à iniciativa argentina, o que não representou uma liderança continental. Os Estados Unidos já tinham iniciado um grande movimento de criação de tribunais juvenis, liderado pelo Estado de Illinois, copiado por alguns países europeus, o que conduziu, em 1927, à criação, no Rio de Janeiro, do primeiro Juizado de Menores.

Não cabe aqui nos deter ao grande debate ideológico que resultou na substituição da Doutrina Jurídica da situação irregular pela Doutrina Jurídica da Proteção Integral, pois estaríamos nos desviando da proposta deste tema que procura infatizar as inovações que esta Doutrina introduziu no Código Civil.

Eu gostaria de chamar a atenção de alguns aspectos que são fundamentais para entendermos o que representa a adoção pelo Brasil, da Doutrina Jurídica da Proteção Integral, substanciada, sobretudo, no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Assistimos três espécies de mudanças básicas sistematizadas pelo Dr. *Leoberto Narciso Brancher*, juiz do Rio Grande do Sul.

Refere-se, ele, inicialmente, a *mudanças políticas*, refletidas na proposta de descentralização, de uma democracia participativa consubstanciada nos Conselhos de Direitos e nos Conselhos Tutelares, estes representando a efetiva participação da sociedade civil no atendimento à comunidade.

Por outro lado, assistimos também a *mudanças culturais* lideradas pela idéia de crianças e adolescentes como cidadãos, titulares de direitos fundamentais. Esta proposta, que já existia na Constituição espanhola de 1978, colocou o Brasil na posição de liderança na América Latina, ao declarar, no art. 227 da Constituição Federal, os direitos fundamentais da criança e do adolescente, destacando, com prioridade absoluta, a responsabilidade da família, da sociedade e do Estado, por todas as pessoas com menos de 18 anos.

O mesmo autor lembra o que representou em nosso sistema jurídico toda a estrutura de *mudanças jurídicas*, a exemplo da implantação do devido processo legal para adolescentes, destacando o tratamento especial conferi-

do aos adolescentes em conflito com a lei, o que será objeto de um painel neste Congresso.

Nesta redistribuição de responsabilidades, o Ministério Público sai de uma posição simplesmente reativa, para uma função ativa no exercício de proteção de direitos infanto-juvenis. Como titular da Ação Civil Pública é importante a sua titularidade para iniciativas de proteção dos interesses difusos e coletivos, sem tirar da sociedade civil, também, esta possibilidade.

A função jurisdicional passa a se destacar na composição de conflitos de interesses, atendendo aos ritos e procedimentos especiais previstos no Eca e no CPC, passando ao Conselho Tutelar o atendimento e assistência, convocando o Poder Executivo, auxiliado pelo Conselho de Direitos, para a fixação das políticas básicas infanto-juvenis.

Nós aqui nos reportamos a um aspecto importantíssimo. A partir do momento em que a Constituição Federal declara a convivência familiar e comunitária como um direito fundamental e se tratando de um seminário de Direito de Família, acho que seria importante revermos este conceito a partir da ótica do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A proposta da família como *base cultural da sociedade, não mais como base natural da sociedade*, tão bem levantada pelo Dr. *Rodrigo da Cunha Pereira* em seu livro *Direito de família: uma abordagem psicanalítica*, recorre a *Lacan* em sua monografia *Complexos familiares*, onde o autor destaca a família como *uma estruturação psíquica*. Existe um lugar de filho, um lugar de mãe e um lugar de pai que não tem que ser necessariamente fruto de uma relação biológica.

Essa proposta se soma à idéia da Professora *Heloísa Barboza*, que falou de uma paternidade afetiva; eu me reporto, também, ao trabalho do Professor *João Baptista Villela*, talvez da década de 80, onde ele fala de uma desbiologização da paternidade, destacando a importância de uma paternidade social.

Quando nós falamos deste lugar de pai, de mãe, de filho, estamos falando, também, de políticas públicas de colocação familiar. Não podemos deixar de recorrer a outras ciências, abrindo novos espaços, uma vez que o Direito não esgota mais todas as possibilidades de regulação social.

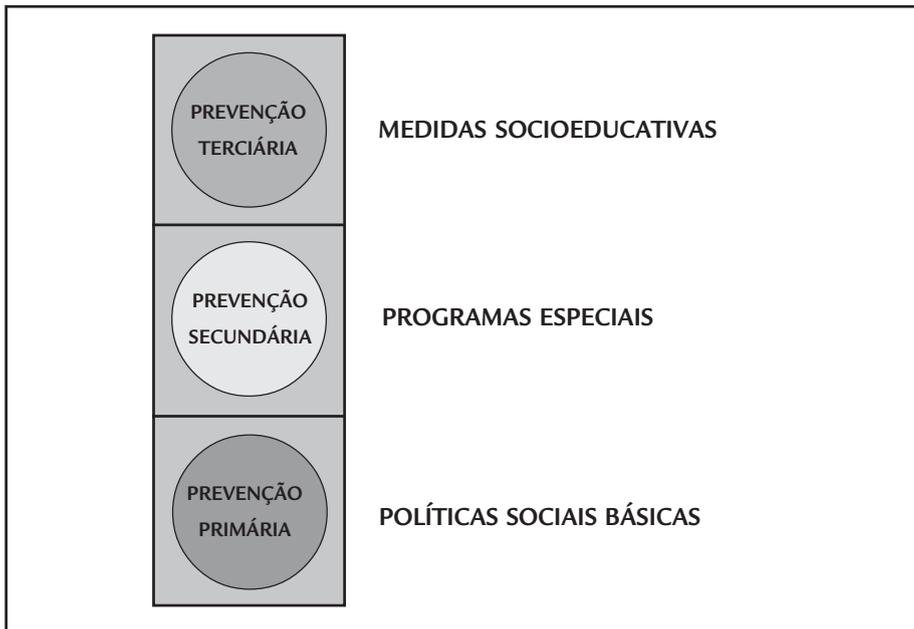
É que boa entendamos a proposta de *Lacan*, sobretudo, esse “lugar de pai” ou “lugar de filho”, neste momento em que se discute a nova visão da adoção, da inseminação artificial. Nós latinos, somos muito ligados a este biologismo da paternidade e precisamos rever a idéia de paternidade numa perspectiva mais social.

Eu gostaria de lembrar que desta família fazem parte também os avós e é em nome desse direito fundamental da convivência familiar, que seria bom lembrar que estes avós têm direito a visita, de participar da família e da comunidade.

A Organização Mundial de Saúde fala de uma população de 13 milhões de pessoas com mais de 60 anos, numa perspectiva de 32 milhões no ano de 2020. Não podemos cometer os equívocos de alguns países europeus que segregaram por décadas a terceira idade e buscam hoje assumi-la com grandes dificuldades como parte da família, integrante do processo de desenvolvimento da comunidade.

Eu gostaria de mostrar uma proposta gráfica que é a síntese do que representa, efetivamente, o Estatuto da Criança e do Adolescente.

O Estatuto trabalha, sobretudo, a prevenção. A partir da imagem de um sinal de trânsito (proposta, também, pelo Dr. *Leoberto*, do Rio Grande do Sul), se as *políticas sociais básicas* são implantadas (e aqui estamos falando de prevenção primária), temos a possibilidade de uma vida em sociedade relacionada com a criança e o adolescente, fluindo normalmente. Nesta forma de prevenção temos o Conselho de Direitos exercendo atribuições fundamentais junto ao Poder Executivo.



Se não implantarmos as políticas sociais básicas, teremos que promover os *programas especiais* de atendimento: meninos de rua, desnutrição, questões de educação especial. O Conselho Tutelar vai exercer papel fundamental nesta forma de prevenção secundária. Se essas duas formas de prevenção não forem aplicadas, nós não temos que sair necessariamente para medidas socioeducativas. Na realidade, *as medidas socioeducativas*, caracterizadas como prevenção terciária, refletem o fracasso das demais medidas.

Gostaria agora de chamar a atenção para alguns pontos que considero importantes e que exigem atenção no Código Civil em vigor.

Em primeiro lugar, quando se fala em início da personalidade, existe, hoje, uma tese liderada por alguns civilistas da USP, em São Paulo, a qual justifica a proteção da criança prevista no Estatuto, a partir da concepção, quando o Estatuto fala no atendimento pré-natal. Segundo alguns doutrinadores daquela casa, a personalidade se divide em formal e material. A personalidade formal teria início com a concepção e só o nascimento com vida daria início à personalidade material.

Estamos falando de um direito da personalidade que é fundamental, que é o direito à vida, e hoje com tantas cirurgias intra-uterinas, manipulações de embriões, inseminações artificiais, nós temos que falar efetivamente no direito à vida dessa criança que foi concebida, que nascer e tem direitos materiais.

Esta proposta traduz uma ousadia, mas acho que vivemos em um mundo de ousadias. Quando falamos em políticas básicas, acho que o Estatuto parte de uma premissa que é essencial. O mais importante é a preservação de vínculos com a família biológica. Políticas básicas devem caminhar no sentido de manter a criança na sua família biológica. A família substituta reflete uma importante alternativa. Na realidade, ela significa uma exceção; a família biológica deve ter prioridade na convivência familiar e as políticas públicas devem priorizar a preservação dos vínculos familiares.

Neste momento em que estamos falando de uma responsabilidade dos pais, o Estatuto fala em medidas aplicáveis aos pais ou responsáveis no sentido de convocá-los às suas responsabilidades. O exercício do pátrio poder assume uma nova visão.

O Ministério Público, os magistrados, os advogados e os defensores públicos devem abandonar o critério de preferência dado pelo Código Civil, que considerava o pátrio poder apenas como uma representação. É muito mais uma responsabilidade. Nós já temos decisões nesse País de destituição do pátrio poder em decorrência de não ter a mãe proposto a ação de investi-

gação de paternidade, quando ela já sabia quem era o pai. O Ministério Público promoveu a destituição do pátrio poder por abandono material e por abandono psicológico.

Não temos ainda no Brasil nenhum precedente de indenização por dano moral nas ações de investigação de paternidade, o que já acontece no Direito argentino. O pai, a quem é atribuída a paternidade, é condenado também a indenização por dano moral, uma vez que privou o seu filho dos recursos que teria permitido a ele um maior melhor desenvolvimento. O Código boliviano, em seu art. 1.511, fala em dano moral à mãe na hipótese destas ações. Eu estou acompanhando, em três escritórios-modelo de universidades brasileiras, que já entraram com essa ação, acrescendo esse pedido. Este precedente seria muito importante.

O Professor *Sylvio Rodrigues*, de São Paulo, fala em uma presunção de paternidade decorrente da união estável. Tal idéia se confronta com a explanação do Dr. *Sérgio Gischkow Pereira*, mas essa já é uma opinião importante, em nível nacional.

Muitos têm falado neste seminário a respeito da investigação de paternidade. Trago-lhes uma informação do Dr. *Sérgio Penna*. Em levantamento feito em 1988, 30,1% das crianças nascidas naquele ano não tinham o nome do pai. De fato, isto teria levado o Poder Legislativo federal buscar, no Direito português, o modelo da Lei n. 1.560/92, que legitima o Ministério Público à ação de investigação de paternidade. Apesar de questionada a inconstitucionalidade desta lei, em doutrina liderada pelo Professor *Marco Aurelio Viana*, o que eu acho é que, na realidade, a legitimação está aí. É importante vermos que estamos convocando este pai para suas responsabilidades.

Outro aspecto importante ligado ao reconhecimento de paternidade é também previsto no Código Civil em seu art. 1.627, autorizando o adolescente maior de 16 anos a fazer testamento, não assistido. Outro dia um tabelião me telefonou lá no Rio de Janeiro dizendo assim: “*Professora, tem aqui um jovem de 18 anos querendo fazer um testamento para reconhecer um filho e falou que é possível, pois a senhora falou em classe.*” – *Então pode fazer, que pode mesmo*”, respondi-lhe. O art. 1.627 do Código Civil se refere a esta autorização. Efetivamente, se o jovem maior de 16 anos, sem assistência, efetua um ato personalíssimo, ele pode reconhecer este filho e sabemos que a revogação do testamento por outros, posteriormente, não vai atingir esse reconhecimento.

Um outro tema importante no Estatuto da Criança e do Adolescente é o tratamento dado à guarda, a tutela e a adoção como formas de colocação

em família substituta. Temos que perceber como é inovadora a proposta do Estatuto. A guarda, tão discutida no nosso Direito de Família, e na separação, como é controvertida perante juízes, no que tange à forma de sua regulamentação! E hoje nós sabemos que o Ministério Público e os Magistrados assumiram, definitivamente, o art. 3º da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, que declara, como prioridade, *o maior interesse da criança*. Eu já vi ser preterido o pedido por tio, avó, para ser dada a tutela da criança a uma vizinha, porque ela teria acolhido a criança quando a mãe se acidentou, permanecendo a mesma no mesmo ambiente comunitário, na mesma escola, com outras crianças do bairro, com quem ela já convivia. Este é o sentido *do maior interesse da criança*.

Merece destaque o recente Decreto n. 2.172/97, que acabou no Direito brasileiro com a guarda previdenciária. Hoje, nós temos como dependentes previdenciários o irmão, o filho e o menor tutelado. Se vivíamos as dicotomias de uma interpretação ambígua quanto à guarda previdenciária, nós vamos sair para uma situação que é, também, um pouco complicada. Para haver dependência previdenciária vamos ter que buscar a destituição do pátrio poder. Nós que temos lutado por todas as políticas públicas de preservação dos vínculos familiares, teremos neste País uma batalha judicial grande para, destituído o pátrio poder, ter o guardião o direito à ajuda previdenciária.

Há uma interpretação equivocada do Estatuto, ao dizer que a tutela pressupõe a guarda. Nós tivemos na elaboração do Estatuto, embora participassem vários autores, alguns equívocos em relação às terminologias incorretas. Quando o art. 30 – ECA faz esta afirmativa, significa, não necessariamente, o instituto da guarda, mas é no sentido de ter o tutor, a criança ou jovem, permanentemente, em sua companhia. Acabou a figura tradicional do Código Civil a dizer que admite a transferência da criança para um colégio interno ou para a responsabilidade de terceiros. Hoje, para que a criança que é tutelada não fique sob a responsabilidade direta de seu tutor, é preciso que haja uma autorização judicial. É muito bom que a tutela tenha deixado de ser um instituto, unicamente, de representação e passe a ser obrigatoriamente uma relação familiar. Tem o tutor todas as responsabilidades como família substituta. Essa inovação, mesmo o Estatuto reportando à lei civil, assume uma concepção mais coerente com a Doutrina Jurídica da Proteção Integral.

O art. 34 – ECA permite às autoridades promover programas ou políticas públicas de colocação familiar, sobretudo, sob a forma de Guarda, autorizando, inclusive, incentivos fiscais. Nós rompemos com o paradigma de famí-

lia legítima decorrente do casamento. Estamos priorizando a convivência familiar, dentro ou fora do casamento, e eu penso que estas formas estatutárias não são incompatíveis com a união estável em face da opção de não casar.

Quanto à adoção, temos aqui alguns aspectos a destacar. Nós estamos vivendo uma mudança de paradigmas. Uma adoção clássica, que era, essencialmente, a busca de uma criança para uma família, foi substituída por uma noção moderna de adoção, que prioriza uma família para uma criança. Temos que entender a adoção como uma política pública. Mesmo contrariando alguns autores ligados à área da infância, eu me coloco nessa posição. É uma forma de política pública que temos que assumir como alternativa diante de um país com tantos problemas de crianças abandonadas.

O Estatuto estabeleceu procedimentos próprios, fixando, como competência exclusiva para a adoção, o Juízo da Infância e Juventude para aqueles abaixo de 18 anos. É dominante na doutrina a tese de que, para os maiores de 18 anos, ainda prevalece o princípio da adoção do Código Civil. A Constituição fala que a adoção deverá ser por autoridade própria e a interpretação tem sido que, mesmo a adoção para maiores de 18 anos, deve passar pela homologação judicial.

Quanto ao consentimento para adoção, existem questões controversas que devem ser revistas. A Professora *Heloísa*, em recente seminário no Rio de Janeiro, levantou uma questão da maior relevância: a validade do consentimento de uma adolescente para entrega do seu filho em adoção. Também essa adolescente está sob proteção integral. Não se pode adotar a tese de que, se se pode consentir para adoção, pode-se consentir a entregar o filho. Quando o Estatuto, no seu art. 45, fala que o maior de 12 anos deve consentir na adoção, é simplesmente no sentido de concordar. Não é porque ele pode concordar com a sua própria adoção que ele pode consentir em entregar o seu filho. Recomendamos, portanto, um cuidado especial ao Ministério Público e à Magistratura em face desta medida. Não seria melhor uma guarda provisória e, eventualmente, uma destituição do pátrio poder em situações excepcionais, para então consentir na adoção? O que eu questiono é a validade do consentimento de um adolescente para entregar o filho. Quantos arrependimentos a vida profissional nos tem trazido de jovens que entregaram seus filhos, seduzidos por mil hipóteses. “Você vai ter oportunidade de estudar, você terá oportunidades para ter outros filhos.” Reitero, aqui, a minha afirmação: também esses jovens menores de 18 anos estão sob proteção integral.

Em relação à adoção, são inúmeros os temas polêmicos. Eu me reservaria a completar alguns aspectos na fase de debates. Mas desejaria lembrar um aspecto importante que é a questão da adoção internacional. Esta se apresenta no Estatuto como a exceção das exceções. A prioridade é a família biológica. Como exceção vem a família substituta e a adoção internacional é a exceção das exceções. Cada Estado tem dado interpretações diversas da forma de considerá-la, como levar em conta esta exceção das exceções.

Gostaria de relatar uma experiência pela qual passei recentemente. Como Professora e Coordenadora Adjunta do Curso de Pós-Graduação em Direito Especial da Criança e do Adolescente da UERJ fui convocada a montar e coordenar um curso que seria ministrado em todo o Brasil, tendo com público alvo, juízes, promotores, defensores públicos e advogados, para discutir a questão da infância neste País. Nos meses de setembro, outubro e novembro (1997), 1.830 operadores de Direito no Brasil inteiro participaram deste curso. Infelizmente, o Estado de Minas Gerais foi o único que não o promoveu. Deixo aqui o meu protesto. Foi muito rico ver essa experiência em nível de Brasil. Eu percorri 10 Estados, participando deste curso. É interessante ver a forma como estes operadores de Direito têm trabalhado essa exceção das exceções.

O mais importante é ver que, se nós somos um País de adotandos, temos que entender o interesse que há em adotar no Brasil, não em razão de irregularidades. Eu considero o sistema rigoroso. Não podemos dizer que não há quem não fure este sistema, pois isto acontece. Mas, em nome das irregularidades, não podemos proibir.

Infelizmente, no Brasil, temos muitos preconceitos em relação à adoção. O estrangeiro, normalmente, adota qualquer criança. Eu já tive oportunidade de acompanhar um casal português que veio buscar uma criança e, ao chegar a Portugal, constataram ser ela portadora do HIV. Este mesmo casal voltou para buscar outro portador do HIV. Consideraram que o melhor para o seu filho seria ter outra criança com o mesmo problema.

Quantas vezes levam dois ou três irmãos para não separá-los!!! Será que nós, brasileiros, temos esta mesma abertura? Acho muito difícil. Eu tenho acompanhado isto muito de perto e acho que é tempo de entendermos a adoção como oportunidade de dar a esta população uma situação de vida digna.

Eu gostaria de lembrar que o Brasil está em fase final de ratificação da Convenção de Haia sobre Adoção de 1993. Ela prevê a existência de uma autoridade central e autoridades centrais nos Estados federados. A CEJA já

existe em quase todos os Estados brasileiros e tem a função de selecionar os documentos estrangeiros que seriam encaminhados ao juiz da adoção, que tem plena competência para conceder ou não a adoção internacional. Há equívoco em dizer que a CEJA tirou a competência dos juízes. Ela vai facilitar ao juiz certas situações que são contraditórias internacionalmente.

Israel, por exemplo, decretou que maiores de 40 anos não podem adotar, considerando que já teriam passado da idade, enquanto a Itália autoriza a adoção só para os maiores de 40 anos. Então a CEJA tem papel importantíssimo no sentido de examinar os documentos estrangeiros e de fornecer ao juiz quais são as alternativas para o adotante. De modo que, no momento em que o Brasil está entre aqueles países que estão efetivamente no caminho dessa ratificação, nós temos que, trabalhando com o sistema jurídico que já tem seus instrumentos, pensar neles como mecanismos eficientes de proteção. Se dificuldades existem, temos que enfrentá-las.

Temos que trabalhar com um parâmetro fundamental: as políticas públicas deste país têm que levar em conta a convivência familiar. São equivocados os projetos sociais que dão dinheiro à criança para ficarem na escola. Os pais, sim, têm que ser convocados nestes projetos, para centralizar a responsabilidade pela família. Em Blumenau, em projeto inovador, promovido pela Secretaria da Criança, os pais são convocados e devem comprovar que os filhos estão na escola, estão sendo levados para vacinar. Estes pais recebem o salário mínimo na mão, mas vinculado a um projeto de convivência familiar comunitária.

Eu terminaria com um verso de *Lelon*, poeta francês: “Tanto é criminoso tomar o filho da mãe que deseja criá-lo como mantê-lo com a mãe que o rejeita”. Nós temos uma responsabilidade social. *Sartre* diz que “o mais importante não é o que fizeram de nós mas o que nós mesmos faremos com o que fizeram de nós”. Se nós temos um passado controvertido, problemas em relação à nossa infância, nós temos hoje uma grande responsabilidade de não passarmos para a história como *uma sociedade de crianças mortas*.

DIRETRIZES PARA UM CÓDIGO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA

César Augusto de Castro Fiuzza

Doutor em Direito (UFMG)

Professor de Direito Civil e Romano

Coordenador do Curso de Mestrando em Direito Processual (PUC/MG)

Sumário

1. Introdução. 2. Codificação. 2.1. Definição de código. 2.2. Características. 2.3. Histórico. 2.4. Vantagens e desvantagens da codificação. 3. A experiência de outros países na codificação do direito de família. 4. Codificação do direito de família no Brasil.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo se destina a traçar algumas diretrizes para o que podemos chamar de Código Brasileiro de Direito de Família.

Qualquer abordagem deste jaez não pode ter início, sem prévia análise, da própria teoria da codificação. Não se pode defender um Código de Direito de Família, sem antes se indagar de sua propriedade histórica, de suas vantagens e desvantagens.

Estaria a sociedade atravessando momento adequado para a codificação? Quais os objetivos de um tal código?

Para bem respondermos a essas e outras questões, que, de alguma forma, eventualmente, serão suscitadas, devemos ter bem claros os delineamentos e a evolução histórica do processo de surgimento e aperfeiçoamento dos modernos códigos do Ocidente.

2 CODIFICAÇÃO

2.1 Definição de código

Do ponto de vista puramente etimológico, a palavra código vem do latim, *codex*. Para a maioria, *codex* era, para os romanos, toda tábua de

madeira, recoberta com cera, na qual se inscreviam as leis. Segundo outros, *codex* eram os pergaminhos, utilizados para a escrita da lei, dentre outras coisas, por serem mais resistentes. Opondo-se a eles, havia o *liber*, escrito em papiro, material menos resistente. Com o passar dos anos, a palavra *codex* tomou o significado de conjunto de leis, exatamente por serem elas escritas em pergaminhos.¹

Modernamente, código é todo corpo legislativo, cientificamente sistematizado e estruturado em torno de um único ramo das letras jurídicas.

Segundo *Paulo Nader*, “código é o conjunto orgânico e sistematizado de normas jurídicas escritas e relativas a um amplo ramo do Direito”.²

Para que se tenha um código é absolutamente necessário que todas as normas se refiram a um único ramo do Direito, seja ele mais amplo (Código Civil), seja mais restrito (Código de Família, Código do Consumidor). Caso contrário, ter-se-ia uma grande compilação de leis variadas.

Além disso, os códigos devem retratar o pensamento jurídico mais moderno e consentâneo com a realidade, embora deva pretender à duração indeterminada.

A elaboração de um código não é trabalho de mera reunião de dispositivos já existentes esparsamente em fontes diversas. Não é tarefa somente de caráter pragmático. Importa sempre atualização científica do Direito. O legislador há de se fundamentar nos costumes, retendo as normas que julgar necessárias, mas agindo com liberdade para inovar, introduzir novos institutos ditados pelo avanço social.

A construção de um código pressupõe o conhecimento científico e filosófico do Direito e requer um apuro de técnica e beleza. Se a ciência fornece os princípios modernos, as novas concepções, a filosofia estabelece as estimativas, o sentido do justo, o critério da segurança. A elaboração de um código exige uma técnica legislativa mais qualificada e o sentido de arte se revela na beleza do estilo, pela *elegantia iuris*, pelo emprego da língua vernácula.³

2.2 Características

Da própria definição podem-se extrair os elementos que caracterizam um código, traçando-lhe, aliás, a diferença das meras compilações ou consolidações.

1 SILVA, A. B. Alves da. *Introdução à ciência do direito*. 3. ed., Rio de Janeiro: Agir, 1956, p. 311.

2 NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 7. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 224.

3 NADER, Paulo. *Op. cit.*, p. 224.

O código pressupõe trabalho de sistematização científica de normas, relativas a um ramo ou sub-ramo do Direito. Se o trabalho de reunião dessas normas não for cientificamente organizado, ter-se-á mera consolidação, resultado de um processo legisferante denominado “incorporação”.

O código deve retratar de algum modo os avanços da ciência do Direito. É lógico que deve espelhar as aspirações da sociedade, deve incorporar costumes e normas jurisprudenciais, mas, necessariamente, deve avançar, deve buscar algo mais.

Assim, basicamente, são características dos códigos a sistematização lógica e científica de normas relativas a um ramo do Direito; o retrato das aspirações sociais e a inovação científico-doutrinária.

2.3 Histórico

Antes de mais nada, é preciso que se esclareça que os chamados códigos da antigüidade não são códigos na acepção mais moderna. São, em verdade, compilações assistemáticas de normas, sem qualquer rigor científico, se comparados aos nossos grandes códigos.

Tendo isso em vista, o primeiro código de que se tem notícia é o Código de Ur-Namu, de aproximadamente 2050 a.C. O código, também conhecido por “Tabuinha de Istambul”, consagrou a pena de multa em dinheiro.

Outro código da antigüidade foi o de Lipit-Istar de Isin. Mas o mais conhecido foi o de Hamurabi, datando de mais ou menos 2000 a.C. Este código foi ordenado pelo rei Hamurabi da Mesopotâmia a seu povo, na tentativa de criar um Estado de Direito e “para que o forte não oprima o fraco, para fazer justiça ao órfão e à viúva, para proclamar o Direito do país em Babel...”⁴ O Código de Hamurabi, diferentemente da Tábua de Ur-Namu, consagrou a lei de talião.⁵

O código mais importante da antigüidade foi, porém, o Pentateuco, também chamado de Antigo Testamento, dividido em cinco livros: Gênese, Êxodo, Levítico, Números e Deuteronômio. Seu núcleo é o Decálogo com os dez mandamentos, que Moisés teria recebido diretamente de Deus. É o mais importante, dada sua grande influência no Ocidente e, por essa via, em todo

4 BOUZON, E. *O Código de Hamurabi*. 2. ed., Petrópolis: Vozes, 1976, p. 11.

5 A palavra “talião” deriva do advérbio latino *talis*. *Talis pro tale*, tal por tal, ou seja, para *tal* ofensa, *tal* pena proporcional. Dente por dente, olho por olho.

o mundo. Por ser Moisés a grande figura, o grande condutor do povo hebreu, chama-se essa legislação de Lei Mosaica. Moisés teria vivido em, mais ou menos, 1200 a.C.

No Século V a.C., mais especificamente em 450, criação do genial espírito romano, foi promulgada a Lei das XII Tábuas.

Essa lei marca a grande evolução do Direito romano, que deixava de ser empírico e pluralista, tornando-se mais científico e monista.

O último dos grandes códigos da antigüidade foi o de Manu, elaborado na Índia, entre 200 a.C. e 200 d.C. Reunia princípios jurídicos, religiosos, morais e políticos. Favorecia abertamente a casta brãmene, formada pelos sacerdotes.

Na Idade Média, criaram-se dois grandes corpos legislativos. O primeiro, em 534, denominou-se *Corpus Iuris Civilis*. Mandado fazer pelo imperador romano Justiniano, foi a grande compilação do Direito romano. Aplicado em todo o Ocidente, foi a base de nosso Direito.

Outro código medieval foi o Alcorão, o livro religioso dos muçulmanos, do Século VII.

A era moderna da codificação teve início no final do Século XVIII. O primeiro código na acepção atual do termo teve berço na Prússia. Foi o Código Civil, de 1794, no período de Frederico II, embora tenha sido encomendado por Frederico, o Grande. Largamente influenciado pela doutrina de *Wolff*, caracterizava-se esse código pela concisão e clareza.

Embora o primeiro código moderno tenha nascido na Prússia, foi a França o país responsável pela onda codificadora que perdura até nossos dias.

Em 1804, foi promulgado o Código Civil, chamado de *Code Napoléon*, graças à influência exercida pelo Primeiro Cônsul. Esse código acha-se até hoje em vigor, com substanciosas alterações, como seria lógico. Diretamente inspirados no código francês, surgiram vários outros, sendo o primeiro, já em 1812, o Código Civil da Áustria.

Mas não só o Código Civil produziram os franceses. Logo em seguida, vieram a lume o Código Comercial e o Penal, o de Processo Civil e o de Processo Criminal, tendo início, pois, o grande processo de codificação do Ocidente.

2.4 Vantagens e desvantagens da codificação

As vantagens e desvantagens da codificação podem ser resumidas no debate travado entre *Thibault* e *Savigny* na Alemanha de 1814.

Thibault, Professor em Heidelberg, escreveu pequena obra, intitulada *Sobre a necessidade de um direito comum para a Alemanha*, na qual defendia arduamente a codificação, apontando-lhe as vantagens. O direito positivo deve atender a duas exigências, uma de natureza formal e outra de natureza material. As normas devem ser objetivas e claras e devem retratar a vontade popular. Tais metas seriam alcançadas pelos códigos.

Savigny, no mesmo ano, escreveu de sua cátedra, em Berlim, um livro que se denominou *Da vocação de nossa época para a legislação e a ciência do direito*. Nesse livro, *Savigny* combate as idéias de *Thibault*, defendendo os costumes como a fonte mais legítima do Direito. Os códigos, segundo ele, representariam uma ameaça à evolução da ciência do Direito.⁶

De fato, quanto a este último argumento, há mesmo certa tendência a restringir as investigações jurídicas aos lindes do código, haja vista o próprio Direito Civil brasileiro, cujos estudos em muito se limitam ao código. Mas afirmar que o código é empecilho insuperável, seria menoscabar a comunidade científica, que pensa e inova o Direito.

3 A EXPERIÊNCIA DE OUTROS PAÍSES NA CODIFICAÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA

São poucos os países que, até hoje, codificaram o Direito de Família.

Na Europa, por exemplo, até onde se saiba, um dos poucos países a proceder à codificação foi a Rússia Soviética. Influenciados por ela, há o código cubano e angolano. Na América Latina, o único país a codificar seu Direito de Família foi a Bolívia.

De todos esses, o mais importante seja talvez o russo.

A codificação do Direito de Família começou na Rússia, logo após a Revolução Socialista; fruto dela, aliás.

Na Rússia pós-revolucionária, houve três códigos de família (1918, 1926 e 1969). O código atual é o quarto da série de leis fundamentais, que têm por escopo a regulamentação das relações familiares. Consiste de oito livros, 21 capítulos e 170 artigos. Com sua entrada em vigor, todos os institutos básicos do Direito de Família se adaptaram à nova Constituição

6 MATA-MACHADO, Edgar de Godói da. *Elementos de teoria geral do direito*. Belo Horizonte: Veja, 1981, p. 240/241.

Federal da Rússia, ao Código Civil e às normas de Direito Internacional recepcionadas pela Rússia. Nas normas do Código de Família, reforçaram-se os princípios democráticos na construção das relações familiares, bem como as garantias da defesa de direitos e interesses dos membros da família.

As medidas oficiais de defesa e manutenção da família se diferenciam já por seu conteúdo. São medidas de caráter socioeconômico e também jurídico.

A regulamentação das relações familiares se baseia no princípio da autonomia da vontade dos nubentes, homem e mulher, para se unir em matrimônio, e no princípio da igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.

Um dos acréscimos ao Direito de Família foi a inclusão do princípio da prioridade da educação familiar das crianças, preocupação com seu bem-estar e desenvolvimento. Também é de grande importância, principalmente numa Rússia pós-soviética, a disposição que proíbe qualquer restrição aos direitos dos cidadãos dentro da família, a não ser por lei federal e desde que para evitar atentado à moral, à saúde, a direitos ou interesses legítimos de algum membro da família ou de terceiro.

O Código engloba enorme gama de relações familiares, reduzindo ao mínimo qualquer intervenção estatal e dando maior força ao aspecto contratual do casamento e demais relações familiares.

De importância fundamental foram as mudanças referentes às relações patrimoniais entre cônjuges. Diferentemente do anterior, o novo Código estabelece dois regimes de bens: o legal e o contratual. O legal se assemelha ao nosso regime de comunhão parcial de bens, para não dizer que é idêntico. O contratual é livremente pactuado entre os cônjuges, podendo, inclusive, substituir o legal, se por ele teve início o matrimônio. Daí se conclui com obviedade que o regime matrimonial pode ser modificado a qualquer momento, desde que estejam ambos os cônjuges de acordo. Admite-se a alteração unilateral, mais ou menos nos mesmos casos em que se admite nos contratos em geral.⁷

Por fim, outras novidades são a convenção de alimentos entre cônjuges e entre pais e filhos, os direitos das crianças dentro da família, a família adotiva etc. Consagraram-se práticas judiciais e de órgãos como o Ministério Público, curadoria de menores e outros órgãos tutelares.⁸

7 PTCHHELINTSEFF, L. M. *Semeinyi kodeks Rossiiskoi Federatsii*. Moskva: Infra M – Norma, 1996, p. 5-8.

8 ANTOKOL'SKAYA, M. V. et al. *Kommentarii k semeinomu kodeksu Rossiiskoi Federatsii*. Moskva: BEK, 1996, p. XV.

4 CODIFICAÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA NO BRASIL

Estaria o Brasil preparado para um Código de Direito de Família?

Suas opções nesta esfera já teriam sido feitas? Em outras palavras, o Brasil já traçou os caminhos por onde deve passar a família moderna?

A idéia de família é um tanto quanto complexa, uma vez que variável no tempo e no espaço. Em outras palavras, cada povo tem sua idéia de família, dependendo do momento histórico vivenciado.⁹

No Ocidente, a família e tudo o que gira em torno dela nem sempre foi como hoje. Para traçar parâmetro, devemos retroagir no tempo em busca de nossas raízes greco-romanas. Tanto na cultura grega, quanto em sua continuadora, a cultura romana, a idéia de família era bastante diferente da atual.

Para nossos antepassados culturais, a família era corpo que ia muito além dos pais e dos filhos. Sob a liderança do pai, a família era conglomerado composto da esposa, dos filhos, das filhas solteiras, das noras, dos netos e demais descendentes, além dos escravos e clientes.¹⁰ As filhas e netas que se casassem se transferiam para o poder do marido ou do sogro, se fosse vivo.

O *pater familias*¹¹ era, assim, senhor absoluto da *domus*.¹² Era o sacerdote que presidia o culto aos antepassados; era o juiz que julgava seus subordinados; era o administrador que comandava os negócios da família.

Com o passar dos séculos, o poder desse *pater familias* deixou de ser tão absoluto assim. Não obstante, a estrutura familiar continuou sendo extremamente patriarcal.

A adoção do catolicismo em nada mudou essa estrutura. Muito pelo contrário, adicionou a ela toda uma carga de patriarcalismo puritano, herança direta do judaísmo pauliano.

Com o tempo, porém, o patriarcalismo ocidental vê suas estruturas se balançarem, principalmente após as revoluções modernas e a vitória do livre pensar nos países democráticos. O golpe fatal ocorre nos idos de 1960, com a chamada revolução sexual, em que a mulher reclama, de uma vez por todas, posição de igualdade perante o homem. Reclama, enfim, um lugar ao sol.

9 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e união estável*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, *passim*.

10 A clientela era formada por homens livres, normalmente escravos libertos e estrangeiros, que se submetiam ao poder de um senhor, oferecendo-lhe seus préstimos e seu patrimônio, em troca de proteção. A clientela desapareceu em Roma no período republicano (510 a.C. - 27 a.C.).

11 Pai de família. Era o pai, senhor absoluto de sua família.

12 *Domus* significa casa, no sentido de célula familiar. *Household*, em inglês.

É também a revolução sexual que põe em cheque os padrões morais da sociedade ocidental.

Os gregos e, principalmente os romanos, berço de nossa civilização, podem, de um modo geral, denominar-se liberais relativamente aos costumes e à religião. Em poucas palavras, a cultura antiga praticava o ecumenismo religioso e era muito liberal em termos de costumes, isso se comparada à cultura puritana que prevaleceu desde a Idade Média, até a revolução sexual dos anos 60.

A adoção do catolicismo introduziu dois elementos estranhos: o puritanismo judaico e a ditadura religiosa.

O puritanismo judaico, fruto talvez da doutrina de *São Paulo*,¹³ censurou os costumes, procurando alinhar os homens dentro de estritos limites morais. O resultado, como podemos nós mesmos verificar, foi o império absoluto da hipocrisia.

O homem era e é instigado ao sexo, enquanto a mulher era instigada ao pudor. A contradição é óbvia. Como poderia o homem praticar o sexo em abundância, como era instigado desde a infância a fazer, se à mulher eram proibidos o prazer e o sexo fora do casamento? Com quem haveria o homem de se deitar? A resposta é evidente: com prostitutas ou com outros homens. Mas tanto a prostituição, quanto o homossexualismo eram severamente censurados. Quanta complicação, quanto tabu, quanto preconceito, quanta hipocrisia em torno de algo tão simples, natural e, acima de tudo, prazeroso: o sexo.

Foi somente após a revolução sexual dos anos 60, de nosso Século XX, que as coisas começaram a melhorar.

Em primeiro lugar, a Igreja Católica começa a rever sua doutrina, em busca do verdadeiro cristianismo; aquele do amor ao próximo e da responsabilidade. A única regra moral é a do amor ao próximo. Tudo o que não ferir esta norma é moral, é permitido ou, quando nada, tolerado. O ser humano é responsável por seus atos e por seu destino. Cada indivíduo tem livre arbítrio sobre sua vida e seus caminhos.

Talvez por isso mesmo, por estar se voltando para o verdadeiro cristianismo, dando aos homens a oportunidade de se amarem livremente e atribuindo-lhes toda a responsabilidade por seu destino, talvez por isso, a Igreja Católica venha perdendo adeptos para igrejas de perfil medieval, como as que vemos proliferar a todo momento, em todo canto. Parece que

13 KERSTEN, Holger. *Jesus lebte in Indien*. München: Drömer/Knaur, 1983, p. 34-35.

as pessoas não conseguem viver livres, sem a sombra do pecado, sem os grillhões do demônio. Em certos cultos pretensamente cristãos, fala-se mais do diabo que de Deus.

Fato é, porém, que a família contemporânea mudou, apesar das forças reacionárias.

Embora continue patriarcal a sociedade, o homem, hoje, já não exerce mais a liderança absoluta em sua casa. O papel da mulher se torna cada vez mais ativo e importante. O sustento do lar é provido por ambos; os papéis ativo e passivo se revezam. Em outras palavras, hora manda o homem, hora manda a mulher. Depende do assunto e do momento.

Daí, pode-se muito bem conjecturar, que, na atualidade, masculino e feminino sejam talvez, antes de tudo, papéis exercidos por cada um de nós, em diferentes conjunturas. Na verdade, se levarmos em conta que masculino é o que manda, o ativo, e feminino o que obedece, o passivo, verificaremos que nem sempre será o homem a exercer o papel masculino e a mulher o feminino. Muitas das vezes, pode observar-se certo revezamento de papéis. Ora manda o homem, ora a mulher. Há também e ainda as distorções, ou seja, há casais em que o homem sempre manda e a mulher sempre obedece, ou vice-versa.

Com base nessa tese de que masculino e feminino, ativo e passivo respectivamente, são, na verdade, papéis exercidos por homens e mulheres de modo alternado, com base nisso, a concepção de família vem mudando. Há ordenamentos jurídicos que já reconhecem a união entre indivíduos do mesmo sexo como entidade familiar, conferindo-lhe proteção legal adequada. Devemos ter em mente que, se, por um lado o sexo genital é o mesmo, por outro lado os papéis desempenhados pelo casal são diferentes, ou seja, masculino e feminino, alternadamente, ora por um, ora por outro.¹⁴

No Brasil, muito já se avançou desde a laicização do Direito. A Constituição Federal de 1988 considerou célula familiar a união estável entre homem e mulher ou entre qualquer um dos pais e seus descendentes. Com isso, deu-se o pontapé inicial para nova visão de família. Em outras palavras, o primeiro passo foi dado: desvinculou-se família de casamento. Dado o primeiro passo, o terreno tornou-se fértil para novos avanços, e o legislador não perdeu tempo. Duas novas leis, uma em 1994 e outra em 1996, foram editadas para regulamentar e dar proteção ao concubinato puro, não

14 LACAN, Jacques. *O seminário*. Rio de Janeiro: Zahar, 1995, *passim*; ROUSTANG, François. *Lacan – do equívoco ao impasse*. Rio de Janeiro: Campus, 1988, *passim*.

adulterino. Outras ainda virão, em seu devido tempo, a despeito da ferrenha oposição de alguns retrógrados e de outros tantos falsos profetas.

Mas qual seria o futuro da família ocidental?

Responder a essa pergunta é impossível. As injunções históricas são as mais sub-reptícias, mudando o curso de todas as previsões que se possa fazer. As inovações e descobertas médicas revolucionam o mundo moderno a cada instante.¹⁵ O tema deve ser analisado, porém, da forma mais aberta possível, sem preconceitos ou falsos critérios religiosos. O amor ao próximo deve ser a única regra a nos guiar nesses meandros tão conturbados.

À guisa de conclusão e diante de tudo o que se acaba de expender, pode-se afirmar que o Brasil já fez suas opções na esfera familiar. Já traçou seus caminhos. Está, em outras palavras, pronto para codificar o Direito de Família.

A codificação deve ser, porém, fruto de ampla discussão com toda a sociedade, exatamente para retratar seus anseios, suas aspirações. A lei não se pode divorciar do meio a que visa regular, há de ser produto dele, embora possa e deva inovar.

15 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O direito de experimentação sobre o homem e a biomédica. *In: O sino do Samuel*. Belo Horizonte: Academia Brasileira de Letras Jurídicas, março-97.

Temário IV

DIREITO DE FAMÍLIA E SUA CONEXÃO COM OUTROS CAMPOS DO CONHECIMENTO

DIREITO E PSICANÁLISE: BREVES APONTAMENTOS ACERCA DO ESTATUTO DA LEI

Jeanine Nicolazzi Philippi
Mestre e Professora na UFSC
Doutora em direito pela UFSC

A modernidade¹ buscou, através do crivo da razão, traçar caminhos possíveis para a emancipação humana. No transcorrer de um processo que se estendeu ao longo de séculos, o crescente domínio racional das formas de organização social e dos processos operacionais de pensamento acenou com a possibilidade de superação das heteronomias que, segundo *Kant*, condenavam o ser humano à menoridade.

Nesse movimento, a emergência de novos campos conceituais libertos do jugo das forças onipotentes passou a orientar o movimento dos homens no mundo, intimando-os a comparecer perante o tribunal da razão e interrogar sobre os fundamentos do poder e a legitimidade dos seus mandamentos.² A dissolução do sistema monolítico de valores teológicos subverteu os antigos signos modificando, de forma inédita, as representações da lei e da responsabilidade do sujeito perante as suas construções. Assim, quando a explicação acerca da origem divina das normas destinadas a reger o gênero humano começou a perder prestígio, a lei deixa de ser encarada como emanção da vontade transcendente e se inscreve como um ditame da razão, conclamando o homem como seu autor.

1 Muito embora o moderno tenha uma história mais antiga, o projeto moderno aqui referido está associado às transformações ocorridas nos processos de conhecimento a partir do Século XVII, tradutoras de "... um extraordinário esforço intelectual dos pensadores iluministas para desenvolver a ciência objetiva, a moralidade e a lei e a arte autônoma nos termos da própria lógica interna destas. A idéia de usar o acúmulo do conhecimento gerado por muitas pessoas trabalhando livre e criativamente em busca da emancipação humana e do enriquecimento da vida diária... Somente por meio de tal projeto poderiam as qualidades universais, eternas e imutáveis de toda a humanidade ser reveladas." HARVEY, David. *Condição pós-moderna*. São Paulo: Loyola, 1992, p. 23.

2 *Ibidem*, p. 39-40.

A dessacralização do universo e a irreversível profanação dos mandatos das alturas foram descritas, no início da era moderna, na ficção do contrato que explica o momento estruturante do laço social, a partir do qual as condições primevas do convívio humano – caracterizadas pelo estado de natureza – no qual todos possuíam o direito sobre todas as coisas, inclusive o corpo do outro – foram limitadas, na forma da lei.³

Hobbes, no Século XVII, ao descrever a passagem do estado de natureza para a sociedade civil, rompe com a doce utopia acerca da bondade humana afirmando que:

“... os homens não tiram prazer algum da companhia uns dos outros (e sim, pelo contrário, um enorme desprazer), quando não existe um poder capaz de manter todos em respeito. Porque cada um pretende que seu companheiro lhe atribua o mesmo valor que ele se atribui a si próprio e, na presença de todos os sinais de desprezo ou de subestimação, naturalmente se esforça, na medida em que a tal se atreva (o que entre os que não têm poder comum capaz de os submeter a todos, vai suficientemente longe para levá-los a destruir-se uns aos outros), por arrancar de seus contendores a atribuição de maior valor, causando-lhes dano...”⁴

Dessa forma, na perspectiva hobbesiana, é o medo da morte violenta que enseja o pacto político, cujo objeto reside na transferência total ou parcial dos direitos próprios ao estado de natureza para o soberano, o que transforma o homem natural em súdito da lei.

Questionando as estruturas e instituições políticas, *Hobbes* coloca, então, a força e o símbolo como dimensões constitutivas das relações humanas e, a partir dessa constatação, busca demonstrar, com a metáfora do contrato, os princípios que delimitam os contornos de um espaço público

3 Para *Hobbes*, portanto, o indivíduo, ao ingressar na sociedade civil, deve renunciar “... a tudo que torna indesejável o estado de natureza; mais precisamente, renuncia à igualdade de fato que torna precária a existência até mesmo dos mais fortes; ao direito à liberdade natural, ou seja, o direito de agir seguindo não a razão, mas as paixões; ao direito de impor a razão por si só, isto é, ao uso da força individual; ao direito sobre todas as coisas, isto é, a posse efetiva de todos os bens de que tem força para se apropriar.” BOBBIO, Norberto. *Estado e sociedade na filosofia política moderna*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 2. ed., São Paulo: Brasiliense, 1987, p. 72

4 HOBBS, Thomas. *O Leviatã*. Trad. João Paulo Monteiro et al. 2. ed., São Paulo: Abril Cultural, 1979, p.75.

mediado, no qual a força bruta – signo da dominação peculiar ao estado de natureza – converteu-se em lei. Na descrição hobbesiana do pacto político, a emergência da lei está associada à salvaguarda do bem mais precioso – a vida – ameaçada, no estado de natureza, pela ausência de um poder comum capaz de coibir, com o peso da espada, as pulsões agressivas do sujeito.⁵

Apesar de não possuir uma forma unívoca de expressão, tal lei evoca, contudo, a representação racional daquilo que é permitido e proibido em uma determinada associação humana e que se impõe sobre a totalidade dos seus componentes definindo, em suma, os pressupostos éticos⁶ de uma sociedade, recuperados a partir dos seus interditos fundamentais.

Seguindo o caminho aberto pelos contratualistas que o antecederam, *Kant* distingue dois tipos de lei: a *lei natural* (científica) e a *lei moral*. A primeira, na perspectiva kantiana, rege a relação de constância – as regularidades – que caracterizam os fenômenos da natureza; ao passo que a segunda, a lei moral, comanda o reino dos fins, o universo da liberdade,⁷ marcado *a priori* pela ausência de determinação. A indeterminação que imprime um traço indelével à natureza humana traduz, por si só, a inexistência de uma força transcendente, capaz de orientar os caminhos do sujeito no mundo... Os homens, com efeito, não são determinados por uma lei que ultrapassa as

5 A lei em *Hobbes* implica, portanto, na proibição dirigida ao homem de destruir a vida ou privar – a si mesmo ou aos outros – dos meios para preservá-la. HOBBS, Thomas. *Op. cit.*, p. 78

6 A ética pode ser vista, de forma bastante sucinta, como “... campo de reflexão sobre as ações de um indivíduo que já não pode se guiar pela evidência dos valores sociais; supõe um vínculo entre seus princípios, que serão diretivos para a ação e servirão de critérios para avaliá-la, e as concepções mais gerais sobre o homem envolvidas nesta ação; diz respeito à maneira pela qual o indivíduo deve se conduzir em relação ao outro, seu semelhante, de modo a evitar o recurso à força e à violência; por estas razões, implica exame de si e de suas motivações... e oferece condições para a elaboração desta norma especial de relação de si para consigo mesmo... Acrescenta-se a isso um elemento: na sua origem grega o termo ética remete a duas palavras homófonas, *éthos* e *ethós*. *Éthos*, com *eta* significa o caráter, a natureza espontânea do homem, por essa via a ética vai no sentido de sua fundamentação em idéias gerais acerca do homem e daquilo que nele é espontâneo, ou seja, conforme à natureza. *Ethós* com *epsolom* significa o costume, como em latim a palavra *mores*, de onde provém o termo moral: aqui a inflexão é no sentido de agir, agir regrado pelas normas materializadas no costume, naquilo que se impõe porque ‘é assim que se faz’. O costume (social) deixando de ser o critério dos valores, a palavra passará a ter uma significação também individual, no sentido de estar ‘acostumado a’: ‘o hábito *hexis* do qual *Aristóteles* se servirá em sua caracterização da virtude. O hábito torna-se para o sábio, uma segunda natureza, de modo que proceder será, sem esforço visível, conforme a virtude determinada racionalmente.” MEZAN, Renato. O psicanalista como sujeito moral. In: FRANÇA, Maria Inês et al. *Ética, psicanálise e sua transmissão*. São Paulo: Vozes, 1996, p. 126.

7 MORA, José Ferrater. *Dicionário de filosofia*. Trad. José Massano et al. Lisboa: Dom Quixote, 1991, p. 233.

possibilidades de exercício da sua razão, mas vivem sob a representação de leis, ou seja, colocam as suas próprias regras e as seguem por dever; são, portanto, os únicos animais que, dotados de vontade, alcançam a posição de legisladores.⁸ Nessa perspectiva, a abertura incerta, ditada pelos múltiplos sentidos da existência humana, articula-se com ideais e valores que permitem ao sujeito esboçar os contornos de um destino partilhado mediatizado por uma lei, isto é, por um princípio objetivo de caráter universal válido para todos, que os iguala em dignidade e os responsabiliza, ao mesmo tempo, por seus atos e produções.

Esse movimento de desmitificação das verdades eternas e imutáveis, ditadas a partir do universo religioso, acabou brindando os homens, no Século XVIII, com uma proposta política generosa que lhes devolveia, metaforicamente, o direito de construir racionalmente uma história, livre dos determinismos sobrenaturais e das superstições. *Sapere aude* – ousa servir-te de tua razão! Eis a divisa de um tempo que pretendeu exorcizar as almas encantadas e secularizar as relações da vida.⁹

8 Nesse sentido, *Kant* argumenta que “... o homem se via atado por seu dever às leis; mas ninguém se lembrou de pensar que estava sujeito à sua própria *legislação*, se bem que esta seja universal, e que estava obrigado somente a agir de conformidade com sua própria vontade legisladora, se bem que esta, seguindo o fim natural, legisla universalmente. Quando se julgava o homem submetido somente a uma lei (fosse qual fosse), era necessário que esta lei levasse consigo algum interesse, atração ou coação, porque não surgia como lei de sua *própria* vontade, mas uma vontade era *forçada*, conforme à lei, por *alguma coisa outra* a agir de certo modo. Mas essa consequência necessária arruinava irrevogavelmente todo esforço encaminhado para descobrir um fundamento supremo do dever. Pois nunca se obtinha dever, senão necessidade da ação por certo interesse, fosse este interesse próprio ou alheio. Então, o dever imperativo havia de ser sempre condicionado e não poderia servir para o mandato moral. Chamarei este princípio de *autonomia* da vontade em oposição a qualquer outro, que, por isso mesmo qualificarei de *heteronomia*”. KANT, Emmanuel. *Fundamento da metafísica dos costumes*. Trad. Lourival Quiroz. Rio de Janeiro: Ediouro, s/d, p. 83.

9 Em relação ao conceito de razão é importante destacar a mutação que o mesmo sofreu ao longo dos séculos XVII e XVIII. Como adverte *Cassirer*, “... o Século XVII está impregnado da fé na mutabilidade da razão. A razão é uma e idêntica para todo indivíduo pensante, para toda nação, toda época, toda cultura. De todas as variações dos dogmas religiosos, das máximas e convicções morais, das idéias e dos julgamentos teóricos, destaca-se o conteúdo firme e mutável, consistente, e sua unidade e consistência são justamente a expressão da essência da própria razão... O Século XVIII confere à razão um sentido diferente, mais modesto. Deixou de ser a soma de idéias inatas, anteriores a toda experiência, que nos revela a essência absoluta das coisas. A razão define-se muito menos como uma possessão do que como uma forma de aquisição. Ela não é o erário, a tesouraria do espírito, onde a verdade é depositada como moeda sonante, mas o poder original e primitivo que nos leva a descobrir, a esclarecer e a consolidar a verdade. Essa operação de assegurar-se da verdade constitui o germe e a condição necessária de toda certeza verificável”. CASSIRER, Ernst. *Filosofia do iluminismo*. Campinas: Universidade de Campinas, 1992, p. 32-33.

Mas, essa face do projeto moderno implicada com a edificação de novos mercados simbólicos sustentados na autonomia do sujeito foi, aos poucos, perdendo espaço para novos encantamentos... O desconhecimento dos limites internos e externos de razão, pensada ao longo dos séculos como absoluta e infalível, acabou por engendrar o horror ao mistério, ao oculto e ao inexplicável. Na ânsia de tudo dizer e tudo iluminar, a razão relegou a um segundo plano o eixo da autonomia, da crítica reflexiva e investiu na aposta insana do progresso ilimitado da humanidade, “assegurado” pela padronização do conhecimento “imperturbável” das ciências objetivantes que prometiam em nome no planejamento racional de ordens sociais ideais, edificação do paraíso na terra.

Assim, à medida que o potencial libertário do projeto iluminista foi sendo aplacado pelo impacto das “revelações” científicas, a lei passou a adquirir um novo estatuto... No Século XIX, a dicotomia kantiana, referente às leis naturais e morais, foi reduzida a sua primeira expressão. O reino da liberdade foi, portanto, suplantado por espaços formais de produção do conhecimento, implicados com a comprovação empírica das regularidades que traduzem a passagem do fenômeno à lei.¹⁰ Explícita nas suas articulações e na demonstração essencial da sua vigência, a “lei científica” parte de um pacto prévio que descreve em sua própria enunciação o traçado de uma verdade revelada. Dessa forma, no momento em que ela se fecha sobre si mesma para obter, a partir dessa clausura, a delimitação dos seus conceitos elementares, corre o risco de perder-se em palavras. E, nesse extravio pela linguagem, anuncia o advento de novas ilusões e encantamentos.¹¹

Esse imaginário científico, vertido na vontade de poder, passou impunemente a legitimar, com signos renovados, antigas tutelas do sujeito. Um exemplo característico de tal deslocamento pode ser aferido a partir da transposição da descoberta de *Darwin* acerca da história da evolução biológica

10 O problema da lei na ciência foi muito debatido na epistemologia contemporânea. Esta parte da tese de que a lei na ciência natural se refere sempre ao caráter de necessidade de um grupo de fatos, à comprovação empírica de uma regularidade, comprovação efetuada geralmente por indução mediante a passagem de fenômeno à lei. A questão da validade absoluta da lei científica está remetida a sua necessidade consoante a doutrina defendida acerca da realidade física. Em geral, enquanto uns defendem que a lei só expressa relações entre fenômenos ou que tem um valor estatístico, outros afirmam que a necessidade da lei tem origem no fato de se referir à essência ou, se pretender, aos objetos morais. MOARA, José Ferrater. *Op. cit.*, p. 234.

11 ABRAHAM, Tomás. La ley mayor. In: ENTELMAN, Ricardo *et al.* *El discurso jurídico* – perspectiva psicoanalítica y otros abordajes epistemológicos. Buenos Aires: Hachette, 1987. p.116

das espécies e a sua luta pela existência, para a explicação do funcionamento dos sistemas sociais. Em uma época marcada pela miséria renitente e massificada, bem como pelo domínio das metrópoles européias sobre suas colônias do “novo” mundo, a legitimação das trocas sociais foi arrebatada do contexto histórico e inscrita no universo “científico”, para acobertar as contradições da sociedade moderna sob o manto das necessidades naturais. Nessa via, a concorrência universal entre os indivíduos, grupos sociais e nações, do modo como resultou do capitalismo, ganhou cada vez mais respaldo em tais ideologias científicas.¹²

O reflexo dessas elaborações incidiram, igualmente, no âmbito das discussões jurídicas. Comprometida com a representação asséptica da realidade social, a ciência do Direito converteu, na esteira do positivismo jurídico,¹³ o princípio ético da igualdade, em igualdade formal perante a lei emanada de um sistema que permite a todos oportunidades idênticas para competir com liberdade em um mercado responsável pela “seleção natural” dos mais aptos. Essa obra de engenharia jurídica moldou as feições institucionais de um formalismo ético destinado a justificar o cumprimento do dever imposto pela lei, qualquer que seja, preservando-a, portanto, do questionamento acerca do seu conteúdo e das formas de sua operacionalização.

Nesse final de século, entretanto, o sistema normativo, identificado com uma ordem hierárquica de normas ditadas por autoridade competente, está, cada vez mais, se diluindo em uma “rede” de cadeias normativas inter-relacionadas pragmaticamente, na captura da complexa realidade socioeconômica que marca a entrada do terceiro milênio. A multiplicidade das regras e a provisoriedade das estruturas normativas, que sucedem a

12 KURZ, Robert. A biologização do social. *Folha de S. Paulo*. São Paulo, p. 5-6, 7/7/96.

13 A expressão positivismo jurídico aqui referida “... não deriva daquela de ‘positivismo’ em sentido filosófico, embora no século passado tenha havido uma certa ligação entre os dois termos, posto que alguns positivistas jurídicos eram também positivistas em sentido filosófico; mas suas origens (que se encontram no início do Século XIX) nada têm a ver com o positivismo em sentido filosófico – tanto é verdade que, enquanto o primeiro surge na Alemanha, o segundo surge na França. A expressão ‘positivismo jurídico’ deriva da locução *direito positivo* contraposta àquela de *direito natural*. Para compreender o significado do positivismo jurídico, portanto, é necessário esclarecer o sentido da expressão *direito positivo*. Toda tradição do pensamento jurídico ocidental é dominada pela distinção entre *direito positivo* e *direito natural*, distinção que, quanto ao conteúdo conceitual, já se encontra no pensamento grego e latino; o uso da expressão ‘direito positivo’ é, entretanto, relativamente recente... se encontra apenas nos textos latinos medievais.” BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. Trad. Márcio Portugal et al. São Paulo: Ícone, 1995, p. 15.

concepção de sistema jurídico forjada nos moldes do Estado liberal – e, posteriormente, adaptadas aos padrões do Estado providência –, cujos corolários elementares podem ser traduzidos pela completude, coerência formal e logicidade interna, vão, aos poucos, esvaziando a própria função da lei. Em um sistema normativo “inflacionado” por uma espécie de “legislação de circunstância”¹⁴ – caracterizada, sobretudo, pela transitoriedade de alguns regulamentos de necessidade –, as regras vão perdendo, progressivamente, a dimensão exata do seu valor jurídico.¹⁵

A proliferação dos foros de negociações descentralizados, que, a partir de uma leitura otimista, põem em evidência novas possibilidades de emancipação social, tecidas através de distintas formas de auto-regulação das trocas humanas, revela, também, nas entrelinhas dos seus textos, apesar de uma aparente atualização simbólica, rupturas institucionais significativas que têm como um dos principais efeitos a relativização das garantias formais contempladas pelo direito estatal. O processo paradoxal de globalização e integração econômicas acaba por gerar, na contraface da sua publicidade, a fragmentação sociocultural e a degradação das condições de vida das populações periféricas.¹⁶

A despeito dos progressos normativos engendrados ao longo do processo de formação do Direito moderno, a realidade se sobrepõe à “neutralidade” do formalismo jurídico, expondo os elementos trágicos do social que parecem evocar, antes de tudo, um estado de guerra permanente.¹⁷ Em um momento histórico no qual a barbárie se naturaliza de maneira inédita nas

14 Em relação à sociedade brasileira, é importante destacar que essa “legislação de circunstância” é produzida, não apenas por um Executivo com “amplos” poderes legislativos, mas também por um Congresso – composto por 513 deputados e 81 senadores, virtualmente divididos “... entre 23 bancadas de interesses corporativos que defendem prioritariamente seus projetos, entre os quais a mais extensa é a ruralista, que sempre vota de forma compacta. O interesse das bancadas se articula para obter o máximo de recurso possível, muitas vezes valendo-se de expedientes ilegais – como a manipulação do orçamento federal – para a defesa de seus interesses – que, no caso das bancadas de áreas da economia – financiaram suas candidaturas...” PINHEIRO, Paulo Sérgio. O passado não está morto: nem passado é ainda. In: DIMENSTEIN, Gilberto. *Democracia em pedaços* – Direitos humanos no Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 1996, p. 12.

15 FARIA, José Eduardo et al. *O direito e a globalização da economia*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 9.

16 ROTH, André-Noël. O direito em crise: fim do Estado Moderno. In: FARIA, José Eduardo. *Op. cit.*, p. 26.

17 BARCELONA, Pietro. *Postmodernidad y comunidad: el regreso de la vinculación social*. Trad. Hector Silveira Górski. Madrid: Rotta, 1992, p. 111.

cenas exibidas pela televisão e nas grandes manchetes dos jornais, fica cada vez mais evidente a perda de eficácia simbólica da lei. Para além dos corpos lacerados, vítimas de uma violência incontida, a sociedade contemporânea produz igualmente, em escala assustadora, párias, que, como afirma *José Eduardo Faria*, vivem mais próximos a um estado de natureza – em virtude da ausência das garantias contratuais – do que de uma sociedade civil, fundada no império da lei e no direito a ter direitos.

“Condenados à marginalidade socioeconômica e, portanto, à fome, ao trabalho muitas vezes escravo e à exploração... esses amplos segmentos miseráveis, indigentes e pobres da população jamais aparecem... como portadores de direitos subjetivos públicos, nem como sujeitos do direito enquadrados nas garantias fundamentais e nas liberdades estabelecidas pela ordem constitucional.”¹⁸

Às portas do terceiro milênio faz-se necessário, portanto, retomar o ensinamento kantiano, ou seja, ousar saber. Ousar saber aquilo que ficou submerso nas certezas produzidas por essa era controvertida e, nessa via, redefinir, novamente, o estatuto da lei; da lei que sujeita mas que também sustenta o ser humano e a vida coletiva. Essa ambigüidade da relação do homem com a lei revela, com efeito, um espaço indeterminado no qual se constata as derivas dogmáticas e se delineiam, igualmente, as vias da reflexão para uma ação possível. Assim, muito embora seja vã a pretensão de ultrapassar a dimensão imaginária que envolve as múltiplas faces da lei, é preciso, contudo, denunciar os bloqueios aos quais ela conduz e, com isso, expor as dimensões lacunares e contraditórias de um real sempre possível de ser ressignificado.¹⁹

No final do Século XIX, certos autores “malditos” como *Nietzsche*²⁰ e *Freud* destacaram alguns signos pouco problematizados da modernidade e

18 FARIA, José Eduardo. Democracia e governabilidade: os direitos humanos à luz da globalização da economia. In: FARIA, José Eduardo et al. *Direito e globalização da economia*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 146.

19 LENOBLE, Jacques, OST, François. *Droit, mithe et raison*. Bruxelles: Facultés Universitaires Saint-Louis, 1980, p. 553.

20 Segundo *François Châtelet*, “...a figura de *Nietzsche* marca verdadeiramente... a transição entre a razão clássica e a situação na qual nos encontramos hoje... *Nietzsche* critica veemente a sociedade do seu tempo ... resultado da dialética da racionalidade filosófica de tipo hegeliano. Resume o mundo no qual vive, através de certo número de fórmulas. É um mundo em que triunfa o egoísmo das classes comerciais e sob a sua pena de poeta, o questionamento da sociedade toma

ofereceram algumas pistas para compreender os impasses da civilização... Partindo da condição pulsional do sujeito, *Freud* alertou seus leitores para o fato de que o “programa” civilizatório poderia dar errado, uma vez que o esforço produzido no sentido de aproximar os homens comporta, igualmente, uma significativa carga de agressividade, a partir da qual a barbárie pode advir como um efeito de estrutura.²¹ Dessa forma, tanto a produção de ideais éticos, quanto a guerra, o racismo e toda a sorte de exclusão e desconhecimento do outro, fazem parte do acervo das produções humanas e devem ser computados com igual peso no balanço da história e na projeção de novas utopias.

Na dissolução do vasto universo teológico que se processa de *Descartes* até o fim do Século XIX, a Psicanálise, revogando a racionalidade positivista, faz emergir a significação enigmática de uma outra cena na qual o ser humano é apreendido em sua dimensão de ser pulsional e social (simbólico). A primeira – o corpo pulsional – remete ao território anárquico das pulsões,²² ou seja, das forças parciais persistentes na exterioridade do psiquismo humano, enquanto a segunda, funda a constituição do ser desejante no campo do Outro, distinguindo um eixo alteritário sem o qual o advento do sujeito seria impossível. A ordem simbólica, portanto, contrapõe-se ao sistema das pulsões operando, metaforicamente, como “instância legiferante”, regulamentadora da anarquia daquelas forças constantes que imprimem uma marca indelével ao psiquismo humano.

Esse sinal sensível que conecta a subjetividade com as normas, valores e interditos fundamentais de uma sociedade, isto é, com a lei que atua como

acentos extremamente comovedores e inquietantes. Declara que nesse mundo do egoísmo comercial, tudo se torna igual a tudo, tudo pode ser trocado por qualquer coisa. É o que chama de niilismo... que é muito mais uma constatação do que uma reivindicação.” CHÂTELET, François. *Uma história da razão*. Trad. Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994, p. 141.

21 O termo *estrutura* aqui mencionado está relacionado com a teoria psicanalítica e pode ser definido “... como um conjunto aberto, em relação ao qual se dá a posição do sujeito. Conjunto de quê? De signos da linguagem que aguardam o sujeito mesmo antes de seu nascimento e definem o seu lugar. Esse conjunto de signos pode-se chamar Outro ou ainda Mãe. Como qualificar os signos da linguagem que constituem esse conjunto? Antes de tudo, pela característica que nenhum deles pode definir a si mesmo. Cada um deles remeterá a um outro. Deste modo, tal conjunto merece com razão ser qualificado de aberto”. POMMIER, Gérard. *Freud apolítico?* Trad. Patrícia Cleitonni Ramos. Porto Alegre: Artes Médicas, 1989, p. 40.

22 As pulsões, segundo a teoria psicanalítica, não são consideradas força simbólica ou psíquica, mas a via que se abre, na estruturação subjetiva do sujeito, marcando as fronteiras que distinguem a ordem da natureza (corpo) do universo cultural. BIRMAN, Joel. *Psicanálise, ciência, cultura*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994, p. 125.

navalha simbólica, permitindo a inscrição do sujeito no universo cultural, não coíbe, entretanto, a força pulsional e tampouco esgota os (des) caminhos do desejo.²³ Nesse sentido, o equilíbrio precário estabelecido entre as forças equivalentes no registro simbólico – que pode ser rompido a qualquer momento – sempre recoloca o questionamento acerca da representação da lei que distingue os limites traçados entre a força e o símbolo, dois ângulos de um problema que marcou a filosofia política desde *Hobbes* e que continua a situar, na atualidade, os termos básicos sobre os quais a modernidade se constituiu.

A sociedade brasileira desse final de século, duramente marcada pela morte em estado bruto, pela miséria e pela corrupção, expõe, para além da perda da eficácia do direito estatal, a relativização dessa lei simbólica. Em um contexto social catastrófico no qual a apropriação, a pilhagem e a dizimação do corpo do outro fazem parte do cotidiano trágico, o símbolo cede lugar a força e, na ausência de ideais e objetivos compartilhados socialmente, nenhuma legislação, por mais interditiva e punitiva que seja, é capaz de frear o gozo com a morte, sofrimento e degradação do outro, uma das características da espécie humana.²⁴ *Freud*, respondendo a uma carta de *Einstein* que o questionava, às vésperas da Segunda Guerra Mundial, acerca do perigo da ascensão do nazismo na Alemanha, alertava, contudo, que apesar de os impulsos agressivos não poderem ser eliminados totalmente, poder-se-ia tentar desviá-los em um certo grau, para que eles não viessem a encontrar expressão na guerra. Partindo da sua teoria das pulsões, *Freud* sustentava que tudo aquilo que leva os sujeitos a compartilhar interesses e, com isso, investir na civilização, pode atuar como método indireto para minimizar os combates cruéis que assolam a humanidade.²⁵

Assim, quando as luzes do Século XX se apagam, a Psicanálise, contemplando a ambivalência que marca o homem e suas trocas sociais, aposta na necessidade da construção, ainda que artificial (como tudo o

23 Em termos bastante sintéticos, o desejo pode ser compreendido como um “... movimento diante de uma falta, movimento desejante que pressupõe um movimento de cultura, uma dimensão alteritária. Ou seja, sem investimento no Outro, não há sujeito. Não há sujeito do desejo sem cultura e é a cultura que impõe um mal-estar estrutural, pois o desejo se constitui associado a uma falta de ser que indica a incompletude e os limites do conhecimento. Assim é que podemos afirmar o mal-estar como constitutivo do sujeito, porque o exercício da liberdade subjetiva leva a um exercício de tensões e conflitos. Este movimento estruturante é um funcionar ético-político que impõe o laço social.” FRANÇA, Maria Inês. *Psicanálise, política e cidadania*, p. 8.

24 COSTA, Jurandir Freire. O laboratório de assassinos. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, p. 5-3, 21/4/96.

25 FREUD, Sigmund. Por que a guerra? Trad. Otávio Aguiar Abreu. Rio de Janeiro: Imago, 1975, p. 255.

que é da cultura), de uma vontade partilhada que possibilite uma “fraternidade discreta”, ao redefinir, a partir do lugar e da função do sujeito o estatuto da lei...

As reticências colocadas no final dessas reflexões lembram, como adverte *Cyro Marcos Silva*, que, “... nesse trabalho ficou faltando muito, mas que falte sempre e, assim, perdone o desejo.”²⁶

26 SILVA, Cyro Marcos. *Da família ao tribunal* – do foro privado ao foro público – da lei à lei. Juiz de Fora, 1994, mimeo, p. 10.

DIREITO PENAL: O CRIME DE ABANDONO MATERIAL, AS CRIANÇAS E ADOLESCENTES INFRATORES

Ronaldo Garcia Dias

Advogado

Professor de Direito Penal na Faculdade Milton Campos

Diretor da Escola de Advocacia da OAB/MG

O Código Penal, atento ao programa sobre a família, que a Carta de 1934 já colocava sob a especial proteção do Estado, nos moldes do art. 226 da Constituição de 1988, reserva-lhe o Título VII, composto por quatro capítulos que emprestam tutela ao casamento, ao estado de filiação, à assistência familiar e ao pátrio poder, tutela e curatela.

O art. 244 do CP, com redação atualizada pela Lei n. 5.478, de 25 de julho de 1968, prevê o abandono material em figura criminosa marcada por várias peculiaridades, notadamente a da diversidade dos sujeitos do delito.

Destaca-se o abandono material como figura central do crime de omissão de assistência à família, praticado por aquele que deixa, sem justa causa, de prover à subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou valetudinário, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando a pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada, violando, também, o preceito da norma penal, aquele que deixa, de forma injustificada, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo, e o que frustra ou elide, de qualquer modo, inclusive por abandono de emprego ou função, o pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada fixada ou majorada.

Desdobra-se, portanto, o artigo, em três formas básicas de condutas, relacionadas com o dever de prover à subsistência, com o dever de assistência e o de pensionar. No primeiro caso, pratica o crime quem deixa de proporcionar ao sujeito passivo o necessário para *subsistir* – expressão de perímetro conceitual bem mais restrito do que *alimentos* do Direito Civil –, no segundo caso, quem deixa de assistir ou socorrer o sujeito passivo gravemente enfermo e, finalmente, quem pratica o chamado *abandono pecuniário*, modalidade

típica que pressupõe a existência de sentença judicial impondo ao sujeito ativo a obrigação de pagar pensão alimentícia provisória ou definitiva.

Em sua preocupação pela instituição ético-jurídica da família, pune o Estado a consciente e voluntária omissão da prestação dos meios de subsistência a quem possui direito de recebê-los. Assim, nas várias modalidades criminosas, sujeito ativo pode ser o cônjuge, que deixa de prover o sustento do outro; o pai ou a mãe em relação ao filho menor de 18 anos ou inapto para o trabalho; o descendente que deixa de proporcionar recursos necessários a ascendente inválido, idoso ou doente e o devedor da pensão alimentícia.

No crime dos pais é preciso ter em conta, sempre, o estarem constituídos na obrigação alimentar. São credores os filhos, menores de 18 anos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, iguados que foram pelo art. 227, § 6º da Constituição Republicana.

Da mesma forma, sujeito passivo o nascituro, em face do art. 4º do Código Civil. Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça, analisando o vocábulo *filho* para o fim de adequá-lo ao tipo penal do art. 238 da Lei n. 8.069/90, concluiu que a proteção integral à infância e juventude, escopo maior do Estatuto da Criança e do Adolescente, não se coaduna com interpretações que excluem práticas infames e abomináveis contra a vida e a dignidade de crianças, sejam elas já nascidas ou estando ainda em gestação, do rol de condutas puníveis, jurídica e moralmente reprováveis.¹

Na outra forma de conduta, incrimina-se o fato de deixar, de maneira injustificada, de socorrer descendente ou ascendente gravemente enfermo. *Hungria* sustenta que tal hipótese mais se aproxima de *abandono moral* do que de *abandono material*, pois o fato incriminado não é faltar à obrigação alimentar para com o sujeito passivo, pois, se assim fosse, haveria redundância. A reciprocidade da obrigação entre descendente e ascendente, qualquer que seja a sua idade, é uma realidade. Já se observa em *Planiol* a afirmativa de que obrigação não é somente a de *dar* (obrigação alimentar), mas também a de *fazer*.²

Caracteriza-se o art. 244 do Código Penal por ser um tipo misto cumulativo, significando dizer que a realização de mais de uma das condutas descritas acarreta concurso material, com penas somadas, em face da autonomia das ações delitivas dirigidas aos sujeitos da infração.

1 REsp. 48.119-8-RS, j. 20/3/95, DJU 17/4/95, p. 9.587.

2 HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal, VIII. *Revista Forense*, p. 394, 1954.

Em muitos casos, o tipo penal não se apresenta como uma descrição objetiva do comportamento vedado. Há numerosas hipóteses em que o legislador insere no preceito vocábulos que se referem ao estado anímico do autor, doutrinariamente chamados elementos subjetivos, ora instala aqueles para cuja compreensão o intérprete deve emitir um juízo de valor jurídico ou cultural, que são os elementos normativos do tipo.

Orienta-se o crime de abandono material pela existência do elemento normativo contido na expressão *sem justa causa*, que por ser pressuposto inarredável do delito tipificado, impõe que a denúncia concretiza bem os fatos, já que o encargo probatório em demonstrar a ausência da justificação pertence ao acusador, pois, de outro modo, todos os devedores de alimentos converter-se-iam automaticamente em sujeitos da infração.

Configura-se lícita a conduta resultante de valoração especial de situações concretas, como a comprovada insolvência do sujeito ativo, pouco importando razões outras alegadas, como desavenças do casal, conduta irregular do cônjuge, que não têm o condão de isentá-lo dos deveres assumidos pelo casamento em relação à prole.

O parágrafo único do art. 244 do Código Penal, resultante da alteração legislativa de 25 de julho de 1968, pune quem, embora solvente, frustra ou elide, de qualquer forma, inclusive por deixar, deliberadamente, emprego ou função de onde deriva os vencimentos, o pagamento de pensão alimentícia judicialmente fixada ou majorada, isto é, a que posteriormente foi elevada, bem como a pensão resultante de acordo entre as partes.

Com a inserção do parágrafo único, pretendeu o legislador impedir a fraude do devedor dos alimentos, fazendo menção expressa ao abandono injustificado de emprego ou função, manobra pela qual, o sujeito ativo do delito inviabiliza a maneira mais eficiente da cobrança, que é o desconto em folha de pagamento como autorizado pelas normas do processo civil.

Embora o Direito Penal tenha natureza subsidiária, por ser a reação mais forte da comunidade, devendo manter-se afastado quando suficientes outros procedimentos mais suaves para preservar ou reinstaurar a ordem jurídica, novas providências de política criminal estão sendo instituídas menos em favor do agente do que da vítima, objetivando-se, com elas, criar um estímulo à reparação do dano.

Assim é que, na hipótese do crime de abandono material, possível o reconhecimento do arrependimento posterior e a aplicação da suspensão condicional do processo.

A reforma da Parte Geral do Código Penal, empreendida pela Lei n. 7.209/84, estabeleceu que nos crimes cometidos sem violência ou grave

ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços.

A origem desta causa especial de diminuição de pena, prevista no art. 16 do Código Penal, pode ser encontrada na orientação jurisprudencial que atribuía relevância ao ressarcimento do dano, nos delitos patrimoniais, em face de transação entre o agente e a vítima.

No entanto, a postura legislativa não convalida, na íntegra, aquela adotada nos tribunais. Se é verdade que ampliou o perímetro de incidência, à medida que não se restringe apenas aos delitos patrimoniais, abrangendo todo e qualquer crime, desprovido de violência ou grave ameaça à pessoa, não é menos verdade que deixou de ser causa extintiva de punibilidade ou mesmo hipótese de absolvição por atipicidade como assinalava a jurisprudência.

O arrependimento, que não representa consternação pelo crime praticado, mas deliberação em restaurar a ordem perturbada, encontra limite temporal na decisão judicial que recebe a denúncia ou queixa, devendo o sujeito ativo do abandono material cumprir com o dever de assistência ou o de pensionar, até o despacho de admissibilidade da ação penal que, no caso, é de iniciativa pública incondicionada, podendo, no entanto, iniciar-se mediante queixa na hipótese do art. 29 do Código de Processo Penal.

A demonstração do arrependimento mediante a reparação do dano é, em regra, patrimonial, mas não se exclui a não-patrimonial, devendo, em princípio, ser representativa da totalização do débito, mas, se a vítima se satisfiz com a reparação parcial, é de se aplicar a diminuição obrigatória de pena.

Seguindo a vocação de um Direito Penal democrático, caracterizado pela intervenção mínima num quadro de garantia máxima dos direitos fundamentais, foi editada a Lei dos Juizados Especiais Criminais, cuja tônica são as medidas despenalizadoras, dentre as quais, a suspensão condicional do processo, disposta no art. 89 da Lei n. 9.099/95.

No caso de infrações cujas penas mínimas em abstrato não excedam um ano, hipótese do crime de abandono material, havendo indícios suficientes de autoria e materialidade, continua sendo obrigatória a propositura da ação penal, com o conseqüente recebimento da peça acusatória, atendidos os pressupostos do art. 43 do Código de Processo Penal. No entanto, o juiz poderá suspender o processo, mediante observância de algumas condições, dentre elas, a reparação do dano e submeter o acusado a período de prova por dois a quatro anos.

Embora incabível a exigência de estar a reparação do dano efetivada antes ou no momento da proposta de suspensão, posto que, esta condição

deve ser observada dentro do período estabelecido para o cumprimento da obrigação, nada impede, estando presente a vítima, transação civil entre ela e o acusado no pórtico da ação penal.

Com o instituto da suspensão condicional do processo, a ordem jurídica passou a conhecer um mecanismo da Justiça Criminal pactuada que pode ser colocado à disposição do sujeito passivo do crime de abandono material, sempre mais atento ao recebimento do crédito que propriamente na punição do devedor.

Oportuno registrar que acha-se em curso proposta de reforma da Parte Especial do Código Penal, inclusive com comissão de juristas oferecendo anteprojeto de lei para possibilitar debate com a comunidade jurídica. Se em alguns setores do Código, projetam-se alterações radicais, o mesmo não se dá com o título relativo aos crimes contra a família, em que desaparecem as figuras típicas da bigamia e adultério, mantendo para o crime de abandono material a mesma pena e ampliando a relação dos sujeitos passivos da infração para contemplar, também, o *companheiro*, que assim ficaria tutelado pela norma, juntamente com o cônjuge, filho menor de 18 anos ou inapto para o trabalho e o ascendente inválido ou valetudinário.

A conexão temática entre o delito do art. 244 do Código Penal e as crianças e adolescentes infratores, é de todo evidente. A consumação do crime de abandono material reflete um estado de desestrutura familiar atuando como um dos componentes de onde se origina a criminalidade infanto-juvenil.

Em pesquisa esclarecedora do Centro Brasileiro de Análise e Planejamento – Cebrap, sobre os meninos de rua em São Paulo,³ os padrões definidores da rua, como local de convivência, de sobrevivência e de moradia, têm início, muitas vezes, com membros da própria família e são ditadas pela necessidade de auxiliarem na composição da renda familiar.

Este aprendizado sobre a cidade também ocorre sob outras circunstâncias. Muitas crianças relataram que aprenderam a se locomover pela cidade e principalmente a tomar conhecimento de locais para os quais poderiam se deslocar à procura de abrigo, acompanhando suas mães na procura de irmãos mais velhos e outros familiares que já estavam na rua.

Em ambas as circunstâncias – trabalhando ou procurando familiares – essas crianças realizam seus primeiros contatos não só com o espaço da cidade, bem como com as regras da rua e com a criminalidade.

3 SOARES, Marina Albuquerque de Macedo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 15, jul./set. 1996.

Na visão dos pesquisadores, esse padrão de circulação de menores nos grandes centros urbanos articula-se pelo menos com duas outras questões.

Primeiro, o fato de que se trata de um padrão já dado na trajetória dessas famílias ou já estabelecido como possível na esfera do universo familiar. Ou seja, trata-se de um padrão de circulação que, de certa maneira, já é vivenciado por suas famílias, em geral marcadas pelo fenômeno da migração. Suas trajetórias são sempre traçadas por mudanças constantes de casa, de cidade, de casamentos desfeitos.

A segunda, diz respeito a padrões de violência que muitas vezes foram relatados como a causa do abandono da família e da ida para a rua.

A conclusão firmada no relatório é a de que a *viração* é o grande fenômeno que estrutura e articula a realidade desses grupos de jovens de rua. Traduz-se primeiramente num padrão de circulação que, ao mesmo tempo em que dilui certos limites entre a casa e a rua, também marca as suas diferenças. Traduz-se, também, na habilidade em lidar com os códigos e regras básicas da rua, seja no que diz respeito às relações internas de cada grupo, seja em suas relações com os outros grupos com os quais são obrigados a conviver e a estabelecer acordos para permanecer na rua. Traduz-se nos arranjos que são capazes de fazer entre carência, mendicância e infração.

Se desejamos concluir, consagrando numa só frase o sentido e limites do Direito Penal, poderíamos caracterizar a sua missão como proteção subsidiária de valores socialmente importantes, através da prevenção geral e especial que constitui a essência da sanção criminal, cujos exageros devem sempre ser evitados, dirigindo-se os diversos fins da pena para vias socialmente construtivas. Neste sentido, absolutamente correta e atual, a postura do legislador brasileiro de reservar espaço, no estatuto repressivo, para o comportamento lesivo aos interesses da família, especialmente, no que se refere ao fornecimento dos meios de subsistência aos seus membros.

TRANSFORMACIONES FAMILIARES (1976-1983)

Deborah Fleischer

Médica Psicanalista

Professora Adjunta do Depto. de Psicanálise da Faculdade de Psicologia Membro da Escola de
Orientação Lacaniana

Sumário

1. Introducción. 1.1. Algunas cuestiones generales. 1.2. El padre como función. 1.3. La madre y la mujer. 1.4. El matrimonio. 1.5. El niño. 1.6. La familia moderna. 1.7. La familia como institución. 2. Algunas cuestiones particulares. 2.1. Lo público y lo privado en los regímenes autoritarios y totalitarios. 3. Nacimiento de nuevas familias entre los miembros de los organismos de familia. 4. ¿Qué consecuencias tendrá esa historia? 5. Bibliografía.

1 INTRODUCCIÓN

Para presentar el equipo que investiga la clínica de las transformaciones familiares en el Centro Descartes, *Germán García*, su presidente, escribía:

“Las transformaciones que se operan en la familia tradicional – algunas veces de manera deliberada, otras como efectos no calculados y muchas veces inquietantes– tiene como resultado visible la producción de lugares comunes sobre la *decadencia*. Es fácil advertir que en estos lugares comunes, lo que *Anthony Giddens* llama la *capacidad social de reflexión*, es sustituida por opiniones autorizadas, la mayoría de las veces de ‘especialistas’ dedicados a propagar los incendios que ellos suponen que saben apagar.

Constituir un equipo para investigar una clínica de las transformaciones familiares es sustraerse a la *koime* de los especialistas, en tanto partimos del psicoanálisis– que nada tiene que ver con una especialidad.”

Hago mías estas palabras en el inicio de esta presentación, para aclarar que, no es desde el lugar de “especialista “ que ubicaré algunas cuestiones que me interesa exponer.

1.1 Algunas cuestiones generales

Para interrogar la familia moderna podemos estudiarla desde dos ángulos: la familia como fenómeno social y cultural y los instrumentos con que queremos abordarla.

Podemos investigarla desde la antropología, la sociología, el derecho, el psicoanálisis. *Freud* mismo se vuelve antropólogo en *Totem y tabú* y sociólogo en *El malestar en la cultura*.

Surgen así dos versiones de la familia, la primera, idealizante. Se trata ahí del Edipo. Lo podemos leer en el texto *La novela familiar del neurótico*.

La segunda, terrorífica. El fundador del psicoanálisis escribirá entonces *Lo siniestro (umheimlich)*. La voz alemana *Unheimlich* es –dirá *Freud* – el antónimo de *heimlich* y de *heimisch* (íntimo – secreto, familiar, hogareño, doméstico), imponiéndose la idea de que lo siniestro causa espanto precisamente por que nos es conocido, familiar. Pero esto no es reversible, ya que no todo lo que es nuevo nos resulta siniestro.

Ambos textos tienen sin embargo algo en común. El desdoblamiento de la figura paterna por un lado, lo amenazante del incesto por el otro. Este desdoblamiento ubica dos caras en relación a lo familiar. Lo inquietante y lo protector.

Expondré más adelante la subversión de esta antinomia en un momento muy particular de la historia argentina, el período 1976-1983. Antes de hacerlo propondré algunos supuestos con las que me manejo.

Partiré de la tesis de que no existe una relación natural al padre y a la madre y en consecuencia el sujeto encuentra en la entrada de su vida que debe situarse, es decir encontrar un lugar en las posibles articulaciones a los significantes padre y madre.

La noción de alianza, inherente al análisis de las estructuras elementales del parentesco y correlativo de la filiación, da una pista sobre este punto. La mujer surge en ese sistema como objeto de intercambio demostrando así la asimetría entre los sexos, ubicada claramente en los estudios de *C. Levi Strauss*.

Freud demuestra con el mito de *Totem y tabú* el nacimiento mismo del lenguaje.

Lacan, en *Los complejos familiares para una introducción a la institución familiar*, sitúa a la familia como institución. En esa época – para *Lacan*– esta institución tenía la función de transmitir la cultura, cumpliendo dicha transmisión en tres vertientes: la educación inicial, primera del niño, la represión de los instintos y la adquisición de la lengua materna.

Podría ubicar en la obra de *Freud* y de *Lacan* argumentos sólidos para dar cuenta de la hipótesis inicial de la que parto.

El recorrido que voy a esbozar incluye necesariamente una pregunta **a)** por el padre como función; **b)** por la diferencia entre madre y mujer, partiendo de las nociones freudianas e introduciendo las diferencias que *Lacan* les imprime; **c)** la idea de matrimonio. **d)** el concepto de niño; **e)** la idea de la familia como institución.

1.2 El padre como función

Podemos situar con *Philippe Julien* tres períodos.

El primero ubica al amo antiguo. Paternidad más bien política que familiar. La patria potestad surge ahí como poder de engendrar que determina un linaje a través del nombre propio.

En el origen la paternidad era adoptiva. Se trata de un amo que toma posesión de un niño. Surgen ahí los derechos del padre sobre el hijo: vida o muerte, castigo, encarcelamiento.

En el Siglo XVIII, padre es el que el matrimonio designa. Se pasa de lo social público a lo privado.

Es a partir del Siglo XIX, que establecemos un segundo período, la sociedad civil interviene entre padre e hijo. Hay un deterioro de la paternidad, declinación, por el papel cada vez más importante de la madre y por la intervención del estado en los asuntos de familia. Intervención muy bien descrita por *Donzelot*, en su libro *La policía de las familias*.

El tercer momento (Ley francesa del 3/1/72), la madre, casada o no tiene el derecho de declarar al niño con su nombre de soltera. *Julien* llama a este período el derecho al hijo. Por la inseminación artificial, la paternidad biológica se vuelve irrisoria. A partir de ahí la relación paternidad-filiación no puede encontrar su fundamento en ella. *Lacan* dirá en su *Seminario* (29/1/1969): “La introducción de la búsqueda biológica de la paternidad incidirá necesariamente sobre la función del Nombre del padre”.

Esto abre la pregunta sobre la influencia que tendrán las nuevas formas de procreación en el sentimiento de familia.

1.3 La madre y la mujer

Freud establece la salida femenina del Edipo por la maternidad, si bien en su tiempo hubo emergencia de nuevas formas de identificación femenina, tales son, entre otras las psicosis pasionales, el lamento por la frigidez, la reivindicación de la igualdad del derecho de gozar, las exigencias de fidelidad, correlato del matrimonio romántico y el enigma de la felicidad en el mal y el imperio del masoquismo.

Lacan al escribir las fórmulas de la sexuación, dejará del lado macho de las fórmulas (lado ligado al universal, al goce fálico y al sujeto del inconsciente, como efecto de lenguaje) tanto a madres como a histéricas. No ubicará al ser de la mujer en relación al masoquismo (como hizo *Freud* y muchas de sus discípulas *Helen Deutsch*, por ejemplo), sino en relación a una posición particular en relación a la falta. Las diferencias entre hombres y mujeres se jugarán a nivel del goce y no de los ideales de su sexo.

Para *Anthony Giddens*, la separación de la sexualidad de la reproducción presupone una autonomía de acción y esta separada de la permisividad, en la medida en que crea una ética de vida personal.

1.4 El matrimonio

Con respecto al matrimonio se puede leer textos clásicos como el de *Lucy Mair*, quién considera que su importancia primordial es la paternidad. Son hombres que dan su nombre, su situación social – en la medida que esta sea hereditaria– a los hijos de la mujer con la que han celebrado un contrato. *Levi-Strauss*, por su parte, dice que todo matrimonio es un encuentro dramático entre la naturaleza y la cultura, entre la alianza y el parentesco; mientras *Lacan* en *La familia*, sostiene la tesis de que las relaciones de parentesco en el interior de la familia, en toda su complejidad, se realizan a partir del casamiento, casamiento que no se apoya en lazos sanguíneos, sino en lazos significantes. Se trata de un acto dependiente de un intercambio, acto entonces simbólico que solo se funda en la palabra; mientras que, con respecto al matrimonio, *Szasz* indica que es un arreglo que cumple múltiples funciones: satisfacción de las necesidades sexuales, regulación de las relacio-

nes sociales y continuación de la raza. Inicialmente, sabemos, se trataba de un arreglo entre familias. Posteriormente al dejarse de lado los matrimonios arreglados se considera que si la unión de personas es voluntaria, es necesario introducir el divorcio como posibilidad de elegir continuar o no al lado de alguien.

A esto podemos agregar la influencia de la economía de mercado que parece haber impuesto condiciones “utilitaristas”, introducidas por el discurso capitalista. Así el matrimonio, al no introducir “ventajas” ha creado – dirá el economista *Baker* – la ilusión de dejar la puerta abierta para aquel que teme perder su libertad individual. Esto abriría la pregunta por el lugar del hijo en esta nueva reordenación.

Este tema podría llevarnos a la crisis moderna del matrimonio y sus efectos pero eso nos alejaría del punto que quiero exponer hoy. Dejaré sentado simplemente que no acuerdo con atribuir una serie de patologías a la disolución del grupo familiar.

1.5 El niño

Será necesario en este recorrido explicitar, por una parte, la idea de que hay una historia del concepto de qué es un niño, indisociable del concepto de familia y por otra parte situar el nacimiento de la familia y sus transformaciones hasta llegar a la familia moderna, familia radicalmente transformada por la ciencia.

Se puede demostrar con referencias históricas fehacientes como en la sociedad medieval el sentimiento de infancia no existía y como en el Siglo XIII aparecen en la iconografía diversos tipos de criaturas más próximas a la idea de niño en la modernidad.

En el Siglo XV, *Gersón* introduce una concepción moral en relación a los niños. Surge un movimiento reflejado en literatura moral y pedagógica. Con el nacimiento del sentimiento moderno de familia el niño ocupa otro lugar hasta llegar a “his Majesty the Baby”.

Se evidencia en este punto como simultáneamente cambia el lugar que la muerte ocupa para los hombres y de que manera influye, en tanto que, el lugar clave que la idea de muerte tenía para los antiguos hoy es ocupado por los hijos, ellos son ahora la inmortalidad de los padres. La pregunta recae también sobre el deseo en relación al niño y de que manera este deseo no es anónimo, lo que permite situar el niño del psicoanálisis.

1.6 La familia moderna

Se puede así situar una historia de la familia. Su nacimiento, sus transformaciones, las formas de la familia moderna.

J. A. Miller en *Cosas de familia en el inconsciente*, dirá que “La familia se instala en el inconsciente porque es el lugar donde el sujeto a experimentado el peligro, donde su pedido se ha transformado en demanda porque debió ser interpretado por Otro.”¹

Es el lugar donde, las instancias culturales dominan a las naturales, como indicaba e el principio de este recorrido. El pedido transformado en demanda, deja un resto, algo residual, en lo que no se puede decir.

En cada familia hay un punto ligado al “de eso no se habla” y por eso la familia es el lugar de una interpretación inagotable.

La familia es el espacio donde esta prohibido gozar de la madre, la prohibición del incesto. Las historias de familia son el cuento de como le ha sido robado al sujeto el goce que merecía. Este robo por supuesto, es el que le abre al sujeto la posibilidad de salir de la familia, la posibilidad entonces ligada al deseo.

Eric Laurent en su artículo *La familia moderna* describirá la multiplicidad de las formas de familia, incluyendo la familia monoparental, manera mínima de subsistencia familiar. Sigue siendo familia porque lo monoparental está de cualquier manera munido de un acoplamiento de referencias, de identificaciones, de significantes, que la hacen familia a ella sola. Hay también instituciones que están en el lugar de la familia y que tienen estructuras muy variadas, suplantando algunas de las funciones de la familia. A partir de esta afirmación Laurent indicará que no hay niño sin institución. Nombrará las diversas formas que adopta la institución, desde el modelo burgués hasta la banda, la calle, la ley de la jungla.

1.7 La familia como institución

De tal manera las instituciones toman el relevo en su multiplicidad, de lo que la familia no ha podido tomar. Eso llevará a describir instituciones totémicas, instituciones maternas, que son modelos de los que podemos

1 MILLER, Jacques Alain. *Cosas de familia en el inconsciente*. *Revista Lapsus*. Valencia, 1992.

partir. Los educadores, los jueces reemplazan lo que el Estado considera que renguea en la familia.

El niño empieza a interesar al Estado más allá de la escolaridad: orientación para elegir una profesión, para ocupar el tiempo libre o como la autoridad pública se hace cargo de los niños en “riesgo”.

Esto nos podría llevar como paso siguiente a situar las instituciones que han suplido a la familia en la modernidad.

Como anticipé hablaré hoy específicamente de las suplencias que se produjeron en la época del Proceso en la Argentina, para situar en un ejemplo preciso, la no naturalidad de los lazos familiares.

2 ALGUNAS CUESTIONES PARTICULARES

... “Por eso insisto en que en los años setenta se verifico en la Argentina esa comprobación terrible de *Sofocles*: que en épocas turbulentas, el orden natural del mundo es trastocado, y en vez de ser los hijos que entierran a los padres, son los padres los que entierran a sus hijos.”²

Partiré del libro de *Judith Filc*, titulado *Entre el parentesco y la política*, dado que esta autora, Profesora de literatura comparada, plantea ahí un interesante desarrollo sobre las transformaciones familiares en un período muy doloroso de la historia Argentina.

Si bien no descubre algo nuevo para el psicoanálisis: *la familia no es algo natural*, demuestra, sin embargo, esta afirmación muy claramente en las circunstancias particulares de este período. Por lo tanto resumiré algunas de las propuestas que expone en su tesis.

En el primer capítulo se dedica a presentar un recorrido histórico de lo público y lo privado en la teoría política.

Ubicará a partir de *Aristóteles* una división entre la familia y la sociedad civil (forma de comunidad diferente y superior a la familia). División entre lo doméstico y lo público. El mundo de la mujer y el mundo del hombre.

Situará en el Siglo XVII a la sociedad civil como organización convencional y la esfera política originada en un contrato entre los miembros varones de la sociedad.

2 SAER, Juan José. *El río sin orillas*. Madri - Buenos Aires: Alianza, 1994.

En la sociedad capitalista se separará lo político y lo económico, siendo lo económico referido a la vida privada y el Estado como guardián de la propiedad privada.

Al nacer el Estado Nación moderno y la teoría democrático liberal el espacio público se identificará con el ocupado por el Estado y allí tendrá lugar la actividad política. Lo político como área donde el Estado interactúa con los ciudadanos.

La vida privada domina sobre la pública, los derechos individuales sobre el bien común. La libertad individual está ligada a la propiedad privada (incluyendo la posesión del propio cuerpo) y depende de los límites que se imponga al papel del Estado (Declaración de los derechos de los EEUU).

La esfera privada está gobernada por las leyes del mercado. La esfera pública es gobernada por la ley y controlada por el Estado.

Así en la Declaración de los Derechos del hombre francesa encontramos que la categoría de ciudadano garantiza la libertad individual. El hombre es *citoyen* en la esfera pública y *bourgeois* en la privada.

En el marxismo: la oposición entre estado y sociedad civil es cambiada por público y privado. Público es nuevamente el Estado, instrumento de la clase dominante y las relaciones de producción en el mundo privado controlan la acción del Estado.

Jürgen Habermas es quien ya no opone Estado (público) – sociedad (privado). El Estado está bajo el control de la esfera pública mediante el acceso a la información. Control ejercido por la opinión pública. Esfera pública intermediario entre la sociedad y el Estado.

Hay una línea divisoria distinta entre lo que plantea el liberalismo democrático y el feminismo, quien ubica al hogar como refugio frente a la crueldad pública. El hogar y el mercado parecen formar parte de lo social, no de lo político.

Tanto en *Locke* como en la teoría liberal posterior el campo de lo privado es el de las relaciones entre los individuos dominadas por los intereses privados y estas son relaciones de mercado, de las cuales la unidad doméstica del individuo (hombre) estaba excluida. La división entre lo público y lo privado está ocurriendo en la sociedad civil, dentro del mundo no doméstico. La teoría liberal excluye al hogar (relaciones familiares y por lo tanto naturales) tanto de lo privado como de lo público, exclusión que se produce también en la crítica de *Marx* al liberalismo.

El feminismo es quien sostiene que la familia es el perfecto espacio privado (Familia como último reducto contra el estado). *Foucault* dirá que las

feministas han analizado el control estatal a través de la familia y revelado la ilusión de un espacio privado protegido (Microfísica del poder).

La oposición privado (secreto) y público (visible o accesible) desaparece en la concepción moderna de la república donde lo público conlleva ambos significados por que la acción del Estado requiere la publicidad.

2.1 Lo público y lo privado en los regímenes autoritarios y totalitarios

Afirmará *Judith Filc* que el totalitarismo es la invasión del espacio privado por el público.³

El estado se expandirá a través de la sociedad civil. La idea es que esto produce una desagregación que fragmenta al individuo en: trabajador, padre de familia, consumidor, donde lo que funciona como unificador es la “conciencia nacional actualizada”.

Esto provoca prácticas de oposición. Y es aquí donde indicará que la familia aparece como el mejor ejemplo de la interacción entre lo público y lo privado. Es en el marco de lo privado donde tiene lugar la socialización.

En esto coincide con *Freud*, en tanto el fundador del psicoanálisis sostiene en *El malestar en la cultura*, que el motor de esas dos instituciones que son el matrimonio y la familia es Eros. A *Freud* no se le escapa que en el origen el amor es siempre un amor ligado al goce sexual.

Eros y Ananke – escribirá *Freud* – son los padres de la cultura humana. Esa conjunción nos indica que esa institución, la familia, establece una articulación entre lo que se ha llamado vida privada y vida pública. Es decir la familia tiene un pie en el vínculo social, y por así decirlo en la cultura, pero también la familia tiene un pie, como reducto de Eros, en lo que entra en discordia con la vida pública, con la cultura.

La sociedad no es una ampliación de la familia, y eso lleva a *Freud* a analizar las prácticas sociales como lazos determinados por un discurso que incluye la división y la articulación de los términos “Familia” y “sociedad.”

Freud propone que por un lado la familia transmite la cultura, es decir la renuncia a la satisfacción pulsional, y que son las mujeres las que representan en esta escena los intereses de la vida privada, en discordia con la vida pública, es decir que las mujeres encarnan en la familia el goce al que no se renuncia.

3 FILC, Judith. *Entre el parentesco y la política*. Buenos Aires: Biblos, 1997.

Por eso Edipo designa la articulación de cuerpos consanguíneos con la ley del lenguaje. La lengua materna aparece como vehiculizadora de la palabra paterna. La familia segrega al extraño como peligroso. La pérdida de la familia hace que un miembro restituya su cuerpo con una familiaridad con el extraño. La lógica de lo familiar y lo extraño fue discutida por *Freud* en *Lo siniestro*.

Entonces el modelo que *Freud* expone en *Totem y tabú*, demuestra que hay una restricción al goce del que padece el ser hablante que permite el pasaje a la cultura, pero que por otro lado la familia es el obstáculo a la cultura porque en ella se aloja el goce que al ser hablante le queda.

Este lugar extimo de la familia cobra distintos matices según la época.

Es en el periodo 1976-1983 – indicará *Judith Filc* – que surge la socialización de los hijos.

“Todos los desaparecidos son hijos de todas las madres.” Cambia entonces el significado de la maternidad: la filiación no definida por lo biológico sino por ser víctimas de la represión.

El atributo hijo no depende de un lazo de sangre sino de la experiencia política. Aquí la sociabilización no quiere decir pasar de lo privado a lo público, sino a que cada hijo es el hijo de todas las madres.

Tomará el antecedente de la Alemania nazi para recordar este aforismo: “Tu cuerpo no te pertenece, pertenece a tus hermanos de sangre y a tu pueblo”.

Leyes eugenésicas que interferían con las elecciones privadas en el matrimonio y la concepción.

La hipótesis inicial del libro es que los cambios en la estructura familiar producidos por la dictadura muestran como en un estado de opresión el espacio privado se disuelve en un nuevo tipo de espacio que combina los elementos de lo público y lo privado.

Podríamos decir que esta combinatoria ya en juego cuando se define a la familia como la que pertenece a lo privado, pero sociabiliza al mismo tiempo. El período descrito muestra un claro ejemplo de esta intersección con características particulares que el libro describe ampliamente.

El discurso de la dictadura habla de “la gran familia argentina”. Así el *Gral Fraga* afirma: “Los males de un niño son en un 90 % consecuencias de una mala familia”(1976).

En 1978 se produce una campaña para consolidar la unidad familiar, cada familia una célula y cada célula un pilar de la sociedad siendo el valor moral esencial argentino la cristiandad.

Se describe a la nación como familia. Ciudadanos como niños inmaduros que necesitaban un padre firme. Los militares mencionados como hijos de la patria.

El General Bignone definió la patria como la madre que exigía de sus elegidos luchar en esta guerra para que todos los hijos (los de la patria) puedan seguir creyendo en Dios. “Te mando y tú debes ir para arrancar definitivamente del camino a otros que pretendieron ser hijos míos y no lo son”.

Videla hablaba de la familia militar.

De esta manera si toda la retórica giraba en torno de la “nación”, la “patria” y la “familia”, entonces el andamiaje ordenador de ese discurso cruzaba la esfera de lo público y el terreno de lo privado. A partir de allí, todas las hipótesis del libro de *Judith Filc* apuntan al brutal descentramiento que la dictadura provocó en ambas categorías y en ambos espacios.

La privatización de lo político y la politización de la vida familiar y privada son los dos movimientos que el terrorismo de Estado desgarradamente produjo.

Esto no solo produce cambios de lo público y lo privado: espacios públicos que se convirtieron en refugios (Los espectáculos de rock o la Plaza de Mayo), sino que define a familias no naturales. El Estado se vuelve privado, ya que se oculta a los ojos del público y es el que evalúa que es una buena familia. Hay una conversión del espacio doméstico en espacio público. Surge un nuevo tipo de hogar: la Plaza.

“La nación argentina,- escribe *Nestor Kohan* en el diario *Clarín* (6/8/97) - identificada como una familia (el gobierno militar era el padre, el pueblo era su hijo), cumplía en la metafísica del ‘ser nacional’ y el ‘occidente cristiano’, la oscura función de naturalizar el orden social”.

La familia como célula básica implicaba que el divorcio, el sexo, la rebeldía juvenil y la disidencia política eran “contagios de la subversión”.

3 NACIMIENTO DE NUEVAS FAMILIAS ENTRE LOS MIEMBROS DE LOS ORGANISMOS DE FAMILIA

“Es muy importante interesarse en las genealogías de sustitución en una época en que vivimos el fin de los ideales de consanguinidad, tal como Europa los ha organizado y de vez en cuando pervertido desde la Edad Media. Los occidentales han esta-

do atrapados en la trampa de estos ideales como lo testimonian los crímenes nazis: los nazis echaron mano de esta falla, basándose en el equívoco de la sangre como si la filiación no fuera en cualquier hipótesis un montaje institucional que se basa en una ficción jurídica...”⁴

Frente a este discurso de la dictadura, nacen en Argentina nuevas familias. En 1976: familiares de detenidos y desaparecidos por razones políticas. En 1977: Madres de plaza de mayo(abril). El mismo año, en noviembre, abuelas argentinas que adquieren su nombre actual en 1979. Abuelas de Plaza de Mayo.

La familia que entre 1940/60 era considerada una microsociedad natural, donde impera con fuerza el lazo biológico y los nombres elegidos de los antepasados (abuelos, etc), se transforma. La llamada “sociabilización de la maternidad” implica la unión de angustias, donde cada hijo de un compañero era igual al propio

Los discursos de los familiares de desaparecidos invocan también a la familia, al denunciar la destrucción de las familias.

El familiarismo tradicionalista oficial acaba destruyendo la familia. De familias “bien constituidas” salen “torturadores” y “desaparecidos”.

Se produce un cambio de la noción de parentesco. Los “familiares de desaparecidos” comienzan a incluir dentro de la familia propia a todas las otras víctimas. Las Madres decían “nuestros chicos son los 30000 chicos”.

Esto permite introducir una diferencia entre madres griegas y madres actuales (Plaza de Mayo): Antígona quiere honrar el cuerpo muerto de Polinices y no derribar a Creonte o rehabilitar políticamente la memoria de su hermano mientras que las Madres de Plaza de Mayo reclaman justicia.

Para los presos políticos, que en muchos casos cuestionaban la institución familiar, y habían salido de ella, la familia propia o la familia política se transforma en un refugio frente al horror. Los ex presos hablan de sus compañeros de cárcel como hijos, hijas, tías y madres.

Se genera un tipo de comunidad que era equiparado con el parentesco, y la familia incluye a los que tienen un objetivo político común.

Familias entonces sustitutas, familias no constituidas por lazos de consanguinidad.

4 LEGENDRE, Pierre. *El inestimable objeto de la transmisión*. Madrid - Méjico: Editorial Sec. XXI, 1996, p. 318.

Puedo citar casos extremos: los Mellizos Miara. Recuperados para sus familiares consanguíneos por Abuelas de Plaza de Mayo, eligen quedar con sus apropiadores.

Fenómeno peculiar, que se diferencia de otros casos de restitución de niños a su familia biológica. Ubicaré este caso con relación a otro, para ejemplificar dos situaciones paradigmáticas.

El primer ejemplo se refiere a una niña secuestrada a los 23 meses que desaparece con sus padres. En un mismo acto de apropiación – escribiré *Alicia Lo Giúdice*⁵ – su analista, la hacen desaparecer de un linaje y sistema de parentesco para hacerla aparecer, pero perteneciendo a otro. Le cambian los años en su libreta de nacimiento, el apellido, simulan un parto, falsifican su partida de nacimiento, aunque la niña logra retener su nombre.

“Se la somete a una situación donde lo familiar se vuelve extraño y lo extraño familiar, que nos recuerda lo trabajado por Freud en *Lo siniestro*.”

“Se la fuerza a borrar toda huella de su origen, despojándola de sus padres, se la obliga a cortar con su historia, su pasado, los ideales familiares, con sus referencias temporo – espaciales, con su proyecto identificadorio.”

En el segundo caso, la misma autora se refiere a los mellizos Reggiardo Tolosa quienes a diferencia a la niña antes citada piden que no se los restituya a su familia biológica para quedar viviendo con los Miara, sus apropiadores.

Si bien la autora se refiere a estos casos en dos trabajos independientes, que no relaciona, desprendo de sus referencias una consecuencia.

En el primer caso, como indiqué la niña fue secuestrada a los 23 meses, retiene su nombre, marca del deseo de sus padres, en tanto elegido por ellos. Escribiré *Lo Giúdice* “En esta niña hay un punto de resistencia a la apropiación de la subjetividad, su nombre”.

En el segundo, los mellizos fueron secuestrados recién nacidos. En una entrevista con el periodista *Brook Lerner* este escucha decir a uno de los mellizos, Matías, dirigiéndose a la señora Miara, quién explica que no a tenido influencia sobre los niños por ser apolítica: – Pero mamá, un bebe es como un diskette virgen, esperando para ser grabado.

En este caso la autora opina que los mellizos sostienen con su sacrificio el discurso del apropiador y su impunidad, el discurso de las

5 LO GIÚDICE, Alicia. La cajita. Subjetividad y traumatismo. In: *Restitución de niños*. Abuelas de Plaza de Mayo. Buenos Aires: Eudeba, 1997.

instituciones y su impotencia, si bien dan algunas pruebas de que este sostén es manifiesto y hay un pedido de ser escuchados en su renegación, un pedido de ser escuchados en los momentos en que aparece la fisura de la muralla que han logrado construir.

La consecuencia que se podría extraer de estos trabajos, si bien no es explícita, es que la retención del nombre permitió a la niña del primer caso no renegar de su origen.

No es el caso de un hijo de desaparecidos del que informan en estos días los diarios en Buenos Aires, quien siente violados “sus derechos constitucionales” al tener que abandonar a los 18 años el nombre por el que es conocido socialmente. Este muchacho fue secuestrado en marzo de 1977, a los 3 años de edad, recuperando su verdadera identidad en 1995. Sin embargo siguió usando su falso documento hasta que una orden judicial reciente dispuso que debía expedírsele un nuevo documento con sus datos originales. El apropiador habría tenido estrecha relación con la represión ilegal.⁶

Lacan en 1969, pondrá menos el acento sobre el matrimonio que sobre el subrayar el establecimiento de un nombre para el niño. Dirá:

“La función de residuo que sostiene y al mismo tiempo mantiene la familia conyugal en la evolución de las sociedades pone en valor lo irreductible de una transmisión – que es de otro orden que aquel de la vida según la satisfacción de las necesidades – pero que es de una constitución subjetiva que implica la relación a un deseo que no sea anónimo.”

Lacan dirá:

“que toda nominación en su uso debe ser siempre mentalmente referida para nosotros a que ella es memorial del acto de nominación, pues ese acto no se hace nunca al azar.”

En ese punto, es distinto, hablar de “fantasma de dominio” con relación al enigma del origen, en tanto que, cada uno puede ser adoptado por un padre, sea este biológico o no, que decir expropiador, de la misma manera que es distinto decir deseo de muerte del padre que parricidio. Hay

6 *Página 12*. Buenos Aires, 16 oct. 1997.

por parte de los apropiadores un desafío perverso. Hacerse padre de aquel cuyo padre se asesinó.

Considero, y es el uso que voy a hacer de estos ejemplos, que si bien es necesario separar los problemas del derecho que se han planteado con relación a estos casos y la función de la familia tal cual la piensa el psicoanálisis, la reinscripción de los hijos de desaparecidos en un orden genealógico y de filiación no se puede hacer sin la intervención de ley.

La restitución de los niños en el período del proceso hizo necesario poner en juego la familia biológica, produciendo un reordenamiento simbólico. De cualquier manera, lo que no podrá decidir en cada caso el derecho es que fue para cada uno de estos hijos, su padre.

4 ¿QUÉ CONSECUENCIAS TENDRÁ ESA HISTORIA?

“No hay ningún ejemplo de que un analizante note la especificidad que diferencia su relación particular con sus parientes más inmediatos. El hecho de que él no hable sino de eso le taponan todos los matices de su relación específica ¿por qué ocurre esto?’. *Lacan* responde: es de la lengua que se trata, que el analizante no hable más que de eso (es) porque sus parientes próximos le han enseñado la lengua ‘El analizante habla de aquellos que lo fonetizaron’.”⁷

Con este trabajo intento demostrar, si bien apelo a la excepción, en el ejemplo reciente de la historia argentina, que la familia no se reduce a la familia biológica.

Para el psicoanálisis, tal como lo indica *J. Lacan*, la familia sólo es digna y respetable si puede ser un lugar en donde cada uno puede encontrar un espacio para eso que es su particularidad residual. O como escribe *E. Laurent*: “devolverle su particularidad al sujeto, que es lo contrario de la intolerancia o la segregación”.

Frente a las diversas transformaciones familiares, familia monoparental, parejas homosexuales con un hijo obtenido por inseminación, posibilidades de la clonación, etc. ¿cual es la propuesta del psicoanálisis?

7 LACAN, J. *Seminario*. 19 abr. 1997.

Diré que la familia para el psicoanálisis, hoy, no tiene su origen en el matrimonio, en tanto la familia no esta formada por el marido, la esposa, el hijo sino por el nombre del padre como función, el deseo de la madre, el niño como resto de esa cópula imposible. Quizás no deberíamos hablar de decadencia del lugar paterno sino más bien intentar "extender el término padre, como ocurre con la religión, para designar una función separada de los actores reales de una determinada familia".⁸

La unidad de la familia no se da por lazos legales, que sabemos se pueden deshacer, sino por el secreto, lo no dicho, y ese no dicho esta en relación al secreto sobre el goce, de que gozan madre y padre. Así la familia en el inconsciente, como lo recuerda *J. A. Miller*,⁹ es el lugar donde se aprende la lengua materna tal cual indica el epígrafe que precede a esta exposición.

Germán García plantea:

"Entre la postura conservadora de que la solución de los problemas familiares es un retorno a la tradición, la lealtad y la autoridad y la creencia progresista en el cambio de costumbres como la ampliación de la felicidad (tal cual lo plantea *Giddens*, agrego yo) existe la realidad de las disonancias efectivas."

En tanto que lejos de ser una reducción a la familia biológica: padre, madre, niño, la familia moderna es esencialmente compleja, para el psicoanálisis, se trata, de enfrentar la regla general con la particularidad del sujeto. El psicoanálisis no es preventivo. No opera antes de que las cosas ocurran. Incluye la palabra de los actores excluyendo los ideales de un para- todos.

5 BIBLIOGRAFÍA

FREUD, Sigmund. Totem y tabú (1913). *In: Obras Completas*. Trad.: López Ballesteros. Madrid: Biblioteca Nueva, 1981, tomo II.

_____. El malestar en la Cultura (1930). *In: Obras Completas*. Trad. López Ballesteros. Madrid: Biblioteca Nueva, 1981, tomo II.

8 GARCÍA, Germán. Presentación del equipo de investigación "Clínica de las transformaciones familiares.

9 MILLER, Jacques Alain. *Op. cit.*

- GIDDENS, Anthony. *Más allá de la izquierda y la derecha*. El futuro de las políticas radicales. Madrid: Cátedra, 1996.
- JULIEN, Philippe. *El manto de Noé*. Ensayo sobre la paternidad. Buenos Aires: Alianza, 1993.
- LACAN, Jacques. *L'Etourdit en Escansión n.1*. Buenos Aires-Barcelona: Paidós, 1984.
- _____. *El Seminario XXIII* (inédito).
- _____. *Seminario*. 7/4/65, inédito.
- LAURENT, Eric. Institución del fantasma, fantasma de la institución. *In: Lazos*. Buenos Aires: Fundación Ross, 1995.
- MAIR, Lucy. *Matrimonio*. Barcelona: Barral, 1974.
- Página 12*. Buenos Aires, 16 oct. 1997.
- SZASZ, Thomas. Psiquiatría y matrimonio. Arreglos para vivir. *In: Esquizofrenia*. El símbolo sagrado de la psiquiatría. Méjico: Premia, 1990.

PSICANÁLISE: OPERADORES DO SIMBÓLICO – CLÍNICA DAS TRANSFORMAÇÕES FAMILIARES

Célio Garcia
Psicanalista
Doutor em Psicologia
Professor aposentado da UFMG

Sumário

1. Introdução. 2. Um caso especial na interface psicanálise e direito. 3. Comentários (e restrições) à noção “posse de estado”. 4. Clínica das transformações familiares.

1 INTRODUÇÃO

A presente nota foi levada em painel intitulado “Direito de Família e sua conexão com outros campos do conhecimento”. No painel, na mesa, na sala, estavam reunidos psicólogos, psicanalistas e juristas em torno da “Reforma do Direito de Família”, subtítulo do Congresso, conseqüentemente em torno das “transformações familiares”. A serem acompanhadas tanto por juristas quanto por psicanalistas, e psicólogos, essas transformações solicitam nossa atenção e exigem um tratamento especial, uma escuta “clínica” como dissemos no nosso título. Graças a uma escuta atenta, desde já necessária, graças a uma sensibilidade especial para com as transformações e acontecimentos políticos e sociais, a ser exigida, graças à inventividade própria ao pensamento jurídico mais que nunca aqui convocada, vimos surgir esse profissional chamado a trabalhar nessa “Clínica”. Ocorreu-me então sugerir o termo “Operadores do Simbólico” para dar nome ao personagem que se fazia presente nos relatos e na convivência entre colegas vinculados aos campos de conhecimento aqui mencionados.

Admite-se aqui que o Simbólico é instância geradora de leis (o decálogo é fundador em nossa tradição judaico-cristã), códigos de toda espécie (siste-

mas de parentesco, lógicas, montagens jurídicas, e outros), “Referência absoluta” enfim (*Pierre Legendre*); sabidamente são eles campos da seara do jurista. Por seu turno, sem favor, das disciplinas psicológicas foi reconhecidamente a Psicanálise que mais se ocupou da questão da lei, das montagens ficcionais ou não, da questão do pai, do desejo, da culpa e da reparação.

Se assim for, as duas disciplinas, Direito e Psicanálise, terão se ocupado desde sempre das mais variadas manifestações dessa extraordinária capacidade (faculdade, já se disse) de que é portadora a espécie humana, a de fabricar leis, a de estar sujeita a leis. Lei e lei em duas vertentes, como convém nesse momento de nossa exposição. Quando for chegado o momento, faremos os reparos indispensáveis, separando a lei da lei, privilégio da nossa modernidade.

“Operadores do Simbólico”, assim, serão chamados tais clérigos em nossa atualidade, ela mesma perturbada pelas transformações susceptíveis de colocarem em questão nossos códigos, por vezes, os mais bem estabelecidos. Podemos citar o que é motivo de inquietação para o Professor *Legendre* em comunicação pessoal aos organizadores deste Congresso:

*“Les juristes qui aujourd’hui étudient le droit des personnes, le droit de la famille et des filiations, ont à considérer que le système juridique traduit dans la société l’exigence du principe de raison. ... Les juristes doivent résister aux nouvelles idéologies, qui par exemple proclament le libre choix du sexe, la libre dispositions des noms, etc., et résister à ces discours qui préparent aux générations qui nous suivent un monde symboliquement incohérent.”*¹

Trata-se de uma incisiva manifestação do Professor inicialmente convidado para estar presente em nosso Congresso; não cabe a nós, no momento, discutirmos as posições por ele assumidas, presto aqui uma homenagem ao jurista, professor da Universidade de Paris, sempre atento às questões do sujeito do inconsciente.

O questionamento jurídico diz respeito a entrada do sujeito no universo simbólico. Cabe, portanto, uma reflexão sobre as elaborações jurídicas ao levarem em conta a subjetividade. O jurista assume a tarefa de enfrentar

1 Os juristas que se dedicam ao estudo do Direito da Família e da filiação estarão lembrados de que o sistema jurídico traduz a exigência do princípio da razão... Os juristas devem opor resistência às novas ideologias que, por exemplo, proclamam a livre escolha do sexo, a livre disposição do nome etc., resistir, portanto, aos discursos que preparam um mundo simbolicamente incoerente para as gerações futuras.

este tipo de problema interrogando-o na sua complexidade, sem evitar o caráter inusitado, quase impossível de algumas questões. O jurista se envolve tanto quanto o psicanalista em assegurar um espaço para a incerteza estrutural documentada na pergunta: Que houve? pergunta que ele se encarrega de levar do nível individual ao nível coletivo. Trata-se de formular o lugar do impossível de acontecer, do impensável, sem nos limitarmos a repetir o que a ciência já nos propõe com sua performance técnico-científica. Foram os juristas e com eles as Escolas de Direito que precederam o saber *psi*, assim como a tentativa de transmissão de um saber sobre o tema. Tarefa nada fácil, pois trata-se de produzir efeitos ao nível do próprio direito constituído. Longe de serem os teólogos da ciência, o jurista é um interprete; ele sabe que a idéia de natureza é uma ficção (encontro em *Pierre Legendre* os elementos essenciais para este último parágrafo).

Cabe ao “Operador do Simbólico”, aqui nomeado, debruçar-se sobre as novas construções oriundas de rearranjos, pactos e formas de convivência, estando por sua própria função o “Operador do Simbólico” sempre atento aos sistemas normativos desenvolvidos pelo homem. Não cabe ao “Operador do Simbólico” produzir lugares comuns ao lamentar que a família ou outra instituição do gênero esteja em decomposição, desorganizada, ou carecendo de intervenções por parte de *especialistas dedicados a propagar los incendios que ellos suponen que saben apagar*.²

Darei atenção a um instituto da prática jurídica inicialmente encontrado no Código Civil francês,³ pois ele nos põe de imediato em contato com o que seria a atual interface Psicanálise/Direito; parece-me que o instituto “posse de estado” dispensa instrumentos de que lançávamos mão anteriormente (laudo com caráter tão-somente de perícia onde se fixava em nome da Psicologia, sem nenhuma base científica, o rótulo “periculosidade”, e outros) estreitando consideravelmente a implicação do psicólogo e/ou psicanalista na freqüentação fecunda da Ciência Jurídica e da prática do Direito. Não tinham os colegas de formação psicológica oportunidade de acompanhar a inventividade do Direito na montagem de dispositivos como este a que me refiro. O novo instituto é bem uma demonstração da nova postura e do juiz e dos outros profissionais chamados a operar o Direito.

Cabe ao juiz não somente julgar, cabe ao profissional *psi* não somente firmar laudos ou perícias; sem muito alarde evoluímos para uma situação

2 *Clinica de las transformaciones familiares* Presentacion. Buenos Aires: Fundación Descartes.

3 Agradeço ao Dr. Antônio de Pádua, Professor de Direito Civil e psicanalista, ao lembrar que no Código Civil Brasileiro está a expressão “posse de estado” nos arts. 303 e 306.

onde a “mediação” surge no horizonte de ambos os profissionais agora aqui nomeados sob a mesma designação. Mediação em direção a que, senão em função do Simbólico?

2 UM CASO ESPECIAL NA INTERFACE PSICANÁLISE E DIREITO

Trata-se de caso exemplar, exemplo privilegiado, pois que convoca ao mesmo tempo objeto de estudo e metodologia das duas disciplinas, a Ciência do Direito e a Psicanálise. Logo vamos constatar as reações de juristas, homens e mulheres trabalhando na prática jurídica; demonstram eles em seus comentários, crônicas, o desconforto e ao mesmo tempo a admiração diante do que chamaríamos um novo objeto (novo objeto a ser consagrado quando reconhecido pelas disciplinas implicadas). Falta ainda a metodologia para tratar do novo objeto; não faz mal. O mal jeito, por vezes, se mistura com o reconhecimento. Vejamos o comentário que pude consultar⁴ com o título *La possession d'état pivot du droit de la filiation ou le danger d'une vérité sociologique*.

3 COMENTÁRIOS (E RESTRIÇÕES) À NOÇÃO “POSSE DE ESTADO”

Entre as inovações do pensamento jurídico, a França tem implementado a prática de um instituto conhecido com o título de *possession d'état* definida a partir de três elementos *nomen, tractatus e fama*.

“Art. 311-2 Os fatos principais são: que o indivíduo tenha o mesmo nome que aqueles de quem ele é procedente [Nome]; Que estes o tenham tratado como filho, e que ele os tenha tratado como pai e mãe; Que estes cuidaram de sua educação, a sua manutenção [contrato]; Que ele seja reconhecido como tal pela sociedade e pela família [fama]; Que a autoridade pública o considere como tal.”

No sistema francês, a noção de paternidade estaria assim, associada à noção de *função paterna*, no sentido psicanalítico e sociológico, quando

4 *Chronique XXX* – GROSLIÈRE, Josette – *La possession d'état pivot du droit de la filiation ou le danger d'une vérité sociologique*. 22^{ème} cahier, Paris: Recueil Dalloz, 1991.

considera a “posse de estado” elemento fundamental para a determinação da paternidade”.

A “posse de estado”, em se tratando de um genitor, seria uma garantia de que o pai deseja ser pai.

Menciono em seguida um resumo de tópicos encontrados no parecer consultado:

1. “Posse de estado”: âmbito da noção, campo de aplicação (filiação legítima e filiação natural), confronto com outras noções vigentes, por exemplo, “título”.

“Ela (a posse de estado) é atualmente o modo de prova privilegiado nos casos de filiação legítima, e de filiação natural, mas podemos nos perguntar se outros problemas estão surgindo quando substituimos o título pela posse de estado”.

2. Caso de contestação.

“Ninguém pode contestar o estado de quem tem a posse de estado, conforme a seu título de nascimento. A interpretação *a contrario* permite contestar um estado quando a posse de estado não está em conformidade com o título”.

3. “Posse de estado” como prova; papel excessivo a ela atribuído.

“Poderíamos nos perguntar se o papel atribuído à posse de estado não está sendo excessivo. ...seu papel de prova parece limitado”.

4. Que tipo de prova vem a ser a “posse de estado”?

“Ela (a posse de estado) não pode ser considerada judiciária, nem extrajudiciária, pois que é estabelecida não por uma ação de paternidade ou de maternidade natural, mas por um ato por parte do juiz de tutela, um ato de notoriedade e, no caso de contestação da filiação, por uma ação de contestação de posse de estado: ela é uma prova parajudiciária”.

5. Emprego e uso da noção na prática forense.

“A manutenção por parte do pai não implica no que chamamos “fama”; o envio de pensão se esta prestação não tem como causa a convicção de ser o pai da criança, não é o bastante”.

Perguntas e restrições:

“Como apreciar o *conteúdo sentimental* se este acontece no foro íntimo, longe de qualquer notoriedade?”

“Para o legislador, ao que parece, o vivido de uma filiação parece refletir necessariamente a verdade, além de ser tido como coisa simples.

Podemos citar casos de posse de estado concorrentes...posse de estado ambígua.

Cita-se um caso em que ‘o marido alegou que a gestação de sua mulher desenvolveu-se normalmente, que a escolha em comum do enxoval da criança e de um nome constituíam uma posse de estado pre-natal....’.”

Conclusão:

A posse de estado toca no fundo do direito. ...em função de sua constatação a legitimidade pode ser incontestável ou suspeita.

A posse de estado se parece com a própria vida e como tal ela não é simples. ...(ela) é uma situação de fato que não pode ser artificialmente influenciada pela vontade, diz a autora.

Conclusão provisória:

Em nenhum momento, os juristas mencionaram o termo Psicanálise; a bem da verdade entendeu-se haver um “conteúdo sentimental”, o que é bem pouco para dar conta da função simbólica implicada na noção de “posse de estado”. Nada disso impede que marquemos esse momento como lugar de interface, entre Direito e Psicanálise.

Na verdade, entendeu-se a “posse de estado” como “verdade sociológica”, pois assim ficou mencionado no título do comentário. (“A posse de estado como peça central do direito e da filiação ou perigo de uma verdade sociológica”).

Do lado da Psicanálise haverá tanto ou maior dificuldade para explorar as potencialidades da interface aqui identificada. De imediato quero propor explorar tais potencialidades e eventuais conseqüências teórico-práticas, tomando como material o tema da *família e suas transformações*.

Após a demonstração cabal trazida pela “posse de estado”, em se tratando da interface Psicanálise/Direito, oportuno se faz trazer o que seria uma “Clínica das transformações familiares” para onde se dirige nossa atenção no capítulo de uma “reforma do Direito de Família”.

4 CLÍNICA DAS TRANSFORMAÇÕES FAMILIARES

A família não é redutível a um sistema de representações imaginárias.

O famoso “romance familiar”, termo cunhado por *Freud* para denominar o relato que era trazido pelos pacientes, não é o bastante para incluir toda a complexidade descoberta pela Psicanálise.

A família tampouco é natural, ela é uma instituição.

Sua forma simbólica é constitutiva do sujeito; ela veicula na sua estrutura a parte de gozo destinada ao sujeito, assim como ela assinala a carência sempre lembrada. Se existe família, existem essas duas vertentes (1) identificação simbólica e (2) objeto de valor em termo de gozo. O sujeito enfrenta os avatares da vida, mas certamente que ele se vê marcado pelos dizeres da família antes mesmo do seu nascimento, representando o desejo do pais.

1. *Lacan inscreve a família* numa “ordem original de realidade”; terá sido esse enquadre que *Lacan* mais tarde chamará de Simbólico, fonte e origem da lei. As pesquisas em Antropologia tiveram importância por ocasião das primeiras formulações de *Lacan* (*La famille*), mas o simbólico em nível da família não se reduz às leis rigorosas da lógica do parentesco ou da genealogia.

Para *Lévi-Strauss* há conformidade entre o sujeito e a estrutura social. Na relação Cultura/Natureza, há absorção ou metáforização completa de um pelo outro.

Para outros modelos teóricos, o estado moderno da família é lamentável, teria ela que ser restaurada; lamentam estas abordagens que hoje em dia a família esteja reduzida a sua expressão mais simples (pai/mãe/filhos), sabendo-se que mesmo esta composição simplificada nem sempre é encontrada.

Haveria nestes modelos teóricos, nostalgia da grande família patriarcal, onde a autoridade do *paterfamilias* era inabalável?

Quanto à Psicanálise, ela nada tem a dizer senão que um sujeito pode sempre encontrar substitutos que lhe emprestarão um desejo e com isso inscrição no outro. Administrar a justiça do outro e regular a insensatez do gozo são prerrogativas que a instituição familiar transformou em regras; ao manter-se como guardião da hegemonia do pai, a família cria um *locus* que se autojustifica moralmente. Com isso ela se expõe a sofrer abalos trazidos pelos tempos. Vejamos a trajetória da Psicanálise diante dessa questão.

De início, sabemos, *Freud* deu conta das suas descobertas graças aos mitos por ele aduzidos. Para ele a família era retratada pelo mito de Édipo. Os mitos freudianos quanto ao pai apresentam certos inconvenientes. Os conhecidos *Édipo*, *Totem e Tabu*, *Moisés* se contradizem e dificilmente respondem à pergunta “o que é um pai?”, que era a questão inicial.

Por um lado, *Freud* coloca o pai no centro da estrutura; amor e respeito lhe são devidos. A identificação ao pai preserva no final de contas a religião e o que nela é essencial: *a idéia de um pai que perdura no pai morto e de onde provêm a*

ordem e a lei (Moisés). Por seu turno, a ameaça de castração reforça a lei e nos remete à figura fantasmática localizada no imaginário do filho.

Se a Psicanálise pretende ser algo mais que um mito, se ela quer ser algo como uma ciência do real, ela deve poder elaborar teoricamente a questão sem passar pelo mito.

Para a CTF o “real” nos remete à castração em termos de perda de gozo. A dificuldade será situar o pai como agente dessa castração; pretendemos igualmente evitar a religião do Nome-do-pai.

O pai está remetido à mulher enquanto objeto de desejo, e não à mãe; só assim poderemos surpreendê-lo na verdade voltado para seu gozo, sua “per-versão” (versão a que chegou o pai).

Só assim fará o pai jus ao amor dos filhos; fosse ele exceção, não é a exceção que faz a regra, nem tampouco a garantia da lei. Com isso se desfaz o mito.

2. *Ao estudar as patologias do sujeito e a relação* que ele estabelece com o núcleo familiar, *Lacan* emprega o termo “complexo” para distingui-lo de “instinto”; este último asseguraria à família estatuto de dispositivo natural. O complexo é matriz de X que será o sujeito na idade adulta mais tarde; o complexo reproduz uma certa realidade do ambiente. “Complexo” aqui é empregado num sentido amplo; o termo ampliado abrange realidade a ser encontrada em nível do grupo familiar.

A família é o lugar típico onde complexos se formam e adquirem estabilidade, eles são verdadeiros organizadores em nível do desenvolvimento psíquico.

O complexo reúne sob uma forma fixa um conjunto de reações, ele reproduz o “real do grupo familiar”; sua *forma* representa esse real, sua *atividade* repete em nível do vivido o real assim fixado.

Graças a tais noções, a família tornou-se objeto de análise concreta; deixamos de lado considerações moralizantes ou redutoras da família a um fato meramente biológico.

Muito concretamente, a presente abordagem e encaminhamento dado ao “real do grupo familiar” vai encontrar em nível do complexo, os sentimentos familiares, habitualmente fonte e origem de estereótipos sobre a família; não sem surpresa, encontramos os chamados sentimentos familiares em forma freqüentemente invertida.

O complexo reúne numa forma fixa um conjunto de reações capaz de atingir todas as funções orgânicas, inclusive a emoção. O que define o comple-

xo é que ele reproduz duplamente uma certa realidade do ambiente: (1) sua forma representa essa realidade; (2) sua atividade repete, em nível do vivido, a realidade assim fixada, cada vez que se produzem certas experiências.

3. A “*clínica das transformações familiares* amplia suas referências quando inclui novos laços, novos sintomas, sempre a partir do “real do grupo familiar”. Desde logo, podemos anotar que o declínio da família assim como de outras instituições morais em nada nos obriga a uma solução de compromisso com este ou aquele ideal dos protagonistas em cena.

Família – Paternidade – Filhos

De início partiremos de uma abordagem em termos de estrutura psíquica onde há lugares a serem preenchidos, proibições a serem assinaladas, em especial pela figura do pai, representante da lei.

Uma segunda abordagem vai chamar atenção para o par ou responsável parental e não necessariamente conjugal; com isso vamos dar mais atenção para a filiação, uma vez que tivermos repassado as dificuldades em torno da paternidade.

Família: Ideologia patriarcal. Modelo que leva ao idêntico, ao mesmo. Desastre da paternidade (*debâcle de la paternité, Pierre Legendre*).

Grupo familiar onde a mulher é a “cabeça do casal”. Casos de separação nas Varas de Família.

Antropologia Estrutural: Incesto.

Psicanálise: Pai como função simbólica, lugar privilegiado na organização familiar, cabendo a ele introduzir a lei. “Nome do pai” artefato introduzido por *Lacan* para diminuir o privilégio da figura não teria sido bastante, fazendo perdurar o anacronismo cultural *paterfamilias* (especialmente em se tratando do pensamento jurídico), oriundo da família romana.

Posição alternativa: “Filiação” como referência da nova posição; “Ficção” tal como essa noção foi trabalhada por *Kelsen*; por ele introduzida no pensamento jurídico, esta noção substitui a hipótese em se tratando da norma, ou ainda o fundamento da ciência do Direito; “Diferença” por oposição ao “Idêntico”, como marcadores de diversas manifestações em nível do ser vivo e suas conseqüências em nível da organização social, familiar.

A adoção como “paternidade do futuro”, nos termos do Professor *João Baptista Villela*.

Identidade do filho e adoção.

Partindo-se de considerações sobre a família em sua organização tradicional, poder-se-ia examinar a questão do governo, da sociedade conjugal. No trajeto, como não poderia deixar de ser, encontraríamos a questão do patriarcalismo, a questão da paternidade, a recente revolução de idéias que culmina com as posições igualitárias quanto ao gênero; referido trajeto não tem impedido como conclusão a hipótese de um assentamento da família numa estrutura psíquica, onde distinguiríamos lugares a serem preenchidos pelos membros de uma família, mas muito em especial, uma função ordenadora, de ordem simbólica, a ser assegurada pela figura do pai representante da lei.

Nossos usos e costumes coincidindo em grande parte com esta visão do problema, a hipótese registraria um saber já praticado por nossa sociedade, encontrando-se a ciência do Direito em consonância com a sabedoria das nações.

No acervo de conhecimentos acumulados pela reflexão e prática jurídicas, encontramos certamente o pensamento jurídico voltado para questões de legitimação e transmissão, conseqüentemente, é possível encontrar elementos na tradição que davam força à tese de uma organização restritiva que regesse os papéis codificados na célula-base de nossa organização.

A realidade

Tem sido observado que famílias de baixa renda, vivendo na periferia das grandes cidades, apresentam freqüentemente organização familiar onde a ausência do genitor, por abandono ou outra motivação, provoca deslocamento na divisão habitual dos papéis, se temos em mente a família tradicionalmente centrada na figura do pai. A mãe passa a ocupar uma situação *sui generis*, já que única responsável pelos filhos passa a ser chamada “cabeça-de-casal”; praticamente sem ajuda do companheiro ela se esmera em assegurar um mínimo de hábitos ordenados segundo suas próprias crenças.

A questão já assinalada por sociólogos, por educadoras, não escapou a psicanalistas estrangeiros quando de uma estada no Nordeste brasileiro. Pareceu a esses psicanalistas que era o caso de apontar a carência de um pai simbólico, como eles disseram, pai que regesse as leis de uma inscrição subjetiva numa genealogia.

O mote fica sendo: existiria no Brasil um pai simbólico? Se não, como é que faz?

Uma outra versão da mesma questão, entendo, tem tido igualmente repercussões nos casos levados à Vara de Família no Fórum das comarcas dos

grandes centros urbanos. Neste casos, já não são necessariamente famílias de baixa renda, mas casais de classe média ou não que se constituíram legalmente e que se separam. Os juízes têm buscado junto a assessores-psicólogos elementos para encaminhar a decisão quanto ao papel da paternidade e da família; esta prática nas Varas de Família faz crer que a questão da paternidade e da filiação tem se constituído em interrogações de nosso tempo.

A diversidade de experiências associada a aspectos conjunturais (escassez de recursos na manutenção da economia doméstica, tipo de contrato formal ou tácito unindo um homem a sua companheira), conflitos entre os casais, logo apontariam para novas formas de organização familiar. Donde a idéia de integração no corpo da doutrina de decisões, institutos jurídicos que reconheceriam a “união estável” fora do casamento (no caso de concubinato) como equivalente do casamento.

A lei, a norma e a ficção

A questão da lei tem sido tratada entre nós encontrando justificativa na passagem da natureza para a cultura. Assim, quanto à família, a regulamentação que permite certos casamentos e proíbe outros seria o bastante para revelar a estrutura na qual estamos assentados: em vez da promiscuidade, a lei que proíbe certos casamentos; em vez da loucura, a prevalência da razão, a égide do dispositivo simbólico. A estrutura familiar estaria em consonância com uma estrutura psíquica, ambas sustentadas pela figura do pai. Na elaboração de tal corpo de doutrina, foram convocadas a Antropologia de *Lévi-Strauss* e a Psicanálise (Complexo de Édipo), posteriormente *Lacan* (Nome do pai).

Quanto ao pensamento jurídico, estaria *Kelsen* com sua “norma fictícia” referindo-se a mesma lei fundamental que perpassa o desejo e o inconsciente, a interdição primeira que o indivíduo sofre (Lei-do-pai) possibilitando-o ser sujeito? O que há de comum entre *Freud* e *Kelsen*, quando eles nos remetem em seus textos às primeiras leis e nos enviam a uma lei fundamental?

Uma outra abordagem: a ficção como referência

Na mesma época em que *Kelsen* sugere sua nova interpretação da norma básica em termos de *ficção*, ele conclui que qualquer jusnaturalismo supõe um sujeito absoluto, como autor, a quem as normas do direito natural são atribuídas.

A conclusão se estende ao positivismo legal, pois que tal atribuição permite as normas legais pretenderem objetividade. Assim, a suposta objetividade das normas legais (naturais ou positivas) deriva de tal atribuição onde surge o sujeito absoluto como autor.

Assim, a figura da *ficção* volta na nossa contemporaneidade, seja pelas mãos de *Kelsen*, seja nos textos de um utilitarista inglês como *Bentham*.

Foi a veia de *Montaigne* que nos terá dado as primeiras pistas para pensarmos a questão do Método como desde sempre comprometida com os enganos e empáfias do Ego pretenso senhor da casa onde pensamos morar. Foi meditando sobre a questão do Método, sem pejo de examiná-lo a luz das próprias ilusões/desilusões (já vivendo seu exílio em seu próprio país), que *Montaigne* chega a anotar em *Essais* II, cap. XII - “Nosso direito conta com *ficções* legítimas sobre as quais ele funda a verdade da sua justiça”.

Que seria uma ficção legítima?

É certo que dizemos *Fictio, figura veritatis*, fórmula consagrada desde a Idade Média em Filosofia. Sem dúvida que *Freud*, ao abandonar sua teoria da sedução, decide-se ele por introduzir em seu projeto a temática da *ficção* como característica dos relatos trazidos pelos pacientes; sabemos que nada tinha de arbitrário a referida *ficção*.

Em nossa modernidade, encontramos em *Bentham* (1748-1832) a figura da *ficção*; para este filósofo utilitarista inglês a utilidade está dada em articulação com as *ficções* veiculadas pela linguagem. Encontramos a temática das *ficções*, quando em vez de um Direito Natural eivado de transcendentalismo cioso em dizer como deve ser a natureza humana, de um direito consuetudinário prejudicado pelo empirismo, preferiu-se considerar a norma como resultado de uma *ficção*. Desde *Bentham*, passando por *Kelsen*, por conseguinte, entendo eu, a *ficção* convocada como modalidade operatória.

Pierre Legendre com a autoridade que lhe traz o fato de ter frequentado longamente os textos de *Lacan* nos adverte:⁵

“Temos que esclarecer uma questão a respeito do pai. De tanto repetir a interpretação de *J. Lacan* quanto ao princípio paterno

5 LEGENDRE, P. *L'inestimable objet de la transmission*. Paris: Fayard, 1985.

com a fórmula da metáfora paterna, sem nenhuma precaução quanto à implicação genealógica e quanto à montagem de *ficção*, que estão em causa na reprodução do sujeito humano, essa fórmula trazida com precaução pelo seu autor posteriormente banalizada acaba por soar falso. Metáfora de quê? Do *Phallus* com certeza, isto é, da Referência absoluta transcrita em termos de sexo.”

A Psicanálise pode e deve ser vista como uma tentativa de pensar a questão da identidade da criança em face de uma variedade de figuras parentais, já que não nos limitamos a uma Referência única. Nostálgica do paradigma tradicional, nem sempre ela tem abandonado a idéia de um indivíduo originário único.

Abandonamos a idéia de uma pirâmide do um e do múltiplo, de Deus Pai e suas criaturas, entramos numa era de pensamento multipolar; o que não significa que estejamos desprovidos de uma axiologia.

A transição de um paradigma para outro não se faz sem crise.

Vários autores têm trazido contribuições nesse sentido: *Bernadette Bawin-Legros* assim se expressa: “Uma imagem mítica, em nome-do-pai, infiltrou-se nos costumes e nas leis do patriarcado”.

Vamos refazer o caminho que nos leva das primeiras formulações de *Freud* quanto ao Édipo até formulações mais recentes dentro da abordagem que ora nos propomos.

a) Édipo.

Foi no livro *Interpretação dos sonhos* que *Freud*, pela primeira vez, evoca a lenda grega de Édipo. Sua experiência clínica o levou a considerar o amor da criança por um dos genitores, assim como o ódio pelo outro, como o núcleo da vida psíquica determinante para o aparecimento da neurose.

Que aspectos na história de Édipo corresponderiam ao que a Psicanálise pretende haver encontrado? O herói trágico em busca de sua verdade? A trajetória a ser cumprida? A conclusão a que chegou o herói ao cabo de suas penas, quando diz “Pudera não ter nascido”? O conflito em que se ver envolvido o personagem, seguido de autopunição? Em que medida o homem é fonte e origem de suas ações?

Resposta:

Édipo era a própria realidade psíquica, dizia *Freud*. Édipo foi o enquadramento, a estrutura e a linguagem de que se serviu *Freud* para dar conta de suas primeiras descobertas. Havia na escolha de *Freud* uma afinida-

de com a idéia de destino a ser cumprido nos seguintes termos: não submetido à vontade poderosa dos deuses, o homem em seus atos põe a mostra compulsões que revelam um sentido para os atos, em vez de termos um agente que explicasse os atos em questão, tal como está posto em debate pela tragédia grega. Édipo era uma metáfora carregada de sentido e o mito é uma possibilidade de estruturação de um sentido.

Podemos hoje revisitar Édipo, reavaliando esquema e encontrando uma nova linguagem?

É o que vamos fazer.

b) “A lei é representada pela figura do pai”.

Em vez de Édipo ...

Nasce uma criança; o pai comparece e registra a criança em seu nome: *eis o nome do pai*. Até então o pai é incerto. *Pater semper incertus est* dizem os comentadores da lei. O pai neste caso é uma função, nada mais; esvazia-se assim a lenda e seu aparato que idealizava a figura do pai.

Falar em “Nome-do-pai” em vez de o “pai”, sugere que a presença física não será considerada o argumento último, como pensavam os orientadores religiosos inspirados numa sociologia também religiosa, que pensava assim combater o que chamamos abalo da organização familiar, ou regime de trabalho estafante no mundo da civilização industrial responsável pelo afastamento do pai e/ou da mãe do ambiente e do recinto do lar. Tudo isso é verdade, mas temos que repensar esses dados agora uma vez que Psicanálise e Direito encontram-se implicados na abordagem.

De alguma maneira a mãe fala no pai, bastando o conhecido “quando seu pai chegar, você vai ver”! A fala da mãe sobre o pai é decisiva; esta instaura o terceiro termo marcador de uma instância outra, estranha à fusão mãe/filho. A instância outra a que me refiro é de ordem simbólica.

Do lado do filho, como vai ele, em tenra idade, perceber a questão?

Édipo era uma metáfora carregada de sentido, dizia no parágrafo acima; o próprio complexo de Édipo propiciava sua resolução, uma saída. O menino acaba por desistir de seu intento inicial de ter a mãe só para si, dando assim prosseguimento ao seu desenvolvimento psíquico. Com efeito, a metáfora pode se desfazer tal como ela se fez. Assim os primeiros atendimentos de *Freud* se baseavam nessa premissa – o sintoma uma vez elucidado, solucionado, encontrará resolução ao desfazer-se o quadro patológico. Ora, logo *Freud* se deu conta que nem sempre acontecia assim.

Ao rever Édipo, vamos fazer com que o sintoma vigente na situação filho/pai passe de metáfora a função. A modificação se faz patente quando em se tratando do nome-do-pai (conseqüentemente de Édipo) desdobra-se o conceito em (1) o pai como nome, nome de família, a herança, a propalada identidade; e (2) uma outra função, a do pai que nomeia.

c) E o filho, como ficam os filhos?

Em paralelo com a expressão bem conhecida de que o pai é incerto, (*Pater semper incertus est*) vamos elaborar algo na vertente do filho. Poderia o filho igualmente assumir essa “incertitude”? (*Pierre Legendre*).

Uma proposta simplesmente gerencial, administrativa, não parece resolver a questão. A categoria jurídica “pai”, assim como a “incertitude” do filho serão elaboradas a partir do estatuto fornecido pela “ficção”.

O conceito de pai, sabemos, em nossa contemporaneidade, acabou liberado de carga de poder evidenciada como caduca; o espaço está livre para elaboração onde certamente a Psicanálise tem uma palavra a dizer, já em função da longa experiência clínica acumulada. De fato, os lugares de pai e mãe são operantes e efetivos à medida que eles se referem a uma relação lógica, a uma terceira instância; isto é, o espaço de representação onde se monta o conceito de pai, montagem como se fosse num teatro, numa apresentação de personagens. Atenção: esta cena, este teatro não está destinado a montar a desmetaforização do pai. (Ver *Le crime du caporal Lortie*, onde *Pierre Legendre* põe diante de nós uma cena onde o cabo Lortie desesperadamente procura um pai, a fim de destruí-lo).

A experiência clínica, e nossa experiência cotidiana, nos dizem que o filho teria que abandonar seu estatuto de filho se ele quiser tornar-se um adulto; abandonar o estatuto de filho significa haver resolvido a questão que diz respeito à sexualidade do pai, significa assumir sua própria sexualidade. Sendo o pai real incerto, assumo, eu filho, o sinal da paternidade ao acreditar nesse sinal, já que para saber tenho que acreditar. Mas, o pai aqui não terá sido patriarca, nem gozador único; terá sido alguém que propiciou a retirada da figura onipotente e ameaçadora do pai. (Ver *João Baptista Villela* “adoção...paternidade do futuro...”; ver igualmente “posse de estado” onde encontramos “pais sociais” em contrapartida a paternidade biológica; finalmente, a eventualidade de um pai legal mesmo sabedor que não é o pai biológico).

“Os dois corpos do rei” serviram na Idade Média (*Kantorowics*) para assegurar intocabilidade e perenidade em se tratando do corpo do poder

(eventualmente opressor), ao lado de um corpo que necessariamente estava destinado a desaparecer. O pânico político será o resultado dessa presença opressora; só a operação tornada possível por uma prática política de retirada, de esvaziamento da presença opressora, poderá afastar o pânico.

Pierre Legendre,⁶ em seu livro sobre o pai:

“Quanto ao desastre contemporâneo que atinge a figura do pai, teríamos que:

– no atual contexto institucional eivado de cientificismo trazido por novas regulamentações na determinação dos laços genealógicos – não nos limitar a retrucar por meio de análises simplificadas ou pesadamente comprometidas por intenções protetoras, mas afrontar com rigor e sem exagero a enfermidade maior da cultura industrializada: ‘a impossibilidade de ver o filho através do estatuto de filho’.”

Trata-se de fazer face ao desgaste a que foi submetida a metáfora fundadora.

4. *A constelação de sintomas criada pelo consumo* (drogas, bulimia, anorexia, antidepressivos, drogas de performance e de socialização, outros consumos fatídicos) entre adolescentes traz à tona a questão do excedente ou seja, uso ostentatório do consumo numa economia de mercado.

Por outro lado, conseguimos localizar identificações fraternas (espaços destinados a adolescentes, produtos e *marketing* dirigidos a esta faixa etária) criando-se um nível de horizontalidade em detrimento do verticalismo mais adaptado à figura do pai e sua autoridade hegemônica.

Como continuar atribuindo ao pai a função tradicional como pólo identificatório?

Teremos que estender o termo pai, mais adaptado na nossa realidade a designar uma função separada do ator real numa determinada família?

Esperamos que uma CTF poderá nos dizer como fazer face ao destino que nos reserva o mercado, sua lógica de gozo desencadeada entre “irmãos”.

6 LEGENDRE, P. *Le crime du caporal Lortie*. Paris: Fayard, 1989.

5. *O segredo guardado entre familiares* mais velhos reaparece em nível do “real do grupo” atingindo os mais jovens. O sintoma, tal como já anunciamos nos primeiros parágrafos, resulta de um amálgama entre o não-dito e o que pode supor o sujeito sobre acontecimentos que o envolveram em sua infância ou mesmo antes do nascimento. Em nossa experiência clínica alguns casos fornecem documentação.

Episódio recente nos Estados Unidos aponta para dificuldade em se *apurar os fatos*, ou se depurar o romance familiar da ganga imaginária. *Freud* já havia assinalado esse aspecto. Alguns processos movidos pela suposta vítima de assédio sexual, maus-tratos ou sevícia na infância põem em questão o trabalho do terapeuta que se responsabilizou pela autenticidade das lembranças. Agora que já passou a moda, é chegado o momento de avaliação severa de tais processos envolvendo psicólogos norte-americanos e seus pacientes. Os supostos agressores, ao serem processados, foram vítimas de violência e danos morais.

A CTF terá que operar graças a outros parâmetros.

6. *A transformação do “nome-do-pai” ou o “Outro não existe”.*

A “morte de Deus” tal como a “morte do pai”, cuja *mise-en-scène* nos foi deixada por *Freud* em seu *Totem e Tabu*, não põem fim a nenhum poder, nem de Deus nem do pai, mas, ao contrário, ela os torna eternos, e ainda tem serventia de encobrir a castração. A chamada “morte de Deus” é contemporânea de uma época estabelecida em Psicanálise como “reino do Nome-do-pai”. O Nome-do-pai era um significante para dizer que o grande outro existia. O “reino do Nome-do-pai” corresponde na Psicanálise, à época de *Freud*. Se *Lacan* adotou a expressão não terá sido para aderir a ela; de fato, alguns anos mais tarde, confirmava-se o que estava previsto na pluralização dos nomes-do-pai.

A leitura permitida não somente é o resultado da pluralização do Nome-do-pai, mas ela o devasta para além do real ao atacar a ligação de um significante ao que acreditávamos ser seu “significado”. A inexistência do outro marca nossa época, pois sabemos que já não somos ingênuos, com relação ao Nome-do-pai, nem tampouco da existência do outro.

“Metáfora Paterna” a que ficou reduzida a função, dispensa a passagem por Édipo; em vez do sintoma edipiano, agora temos uma função. Essa poderia vir a ser uma resposta ideal a que o sujeito chegaria, não fosse a impossibilidade lógica em se nomear a falta, a incompletude no Outro. Ora, o “Nome-do-pai” não se mostra capaz de suturar essa falta, essa incompletude. O pai originário freudiano de

“Totem e Tabu” é uma tentativa de fornecer o termo que falta, com o qual completaríamos o sistema; a linguagem própria ao mito adotada por Freud na exposição da sua tese dá uma idéia de completude, tal como se apresenta habitualmente o mito como compreensão do mundo.

Inexistência do outro não é aqui antinômica ao real, ao contrário, ela é correlativa ao real. Nessa nossa época o sentido do real tornou-se uma questão, pois que nossa época é a época do simulacro.

Qual o papel a ser desempenhado pela Psicanálise quanto à abordagem da subjetividade contemporânea?

Cabe à Psicanálise deslocar-se em meio às tensões, em meio às emoções, assumindo aí seu lugar. Para a Psicanálise, a tese da inexistência do grande outro não é contraditória com o social do sintoma.

Em outras palavras, trata-se de inscrever o sintoma no contexto atual do laço social, à medida que ele o determina na sua forma.

Tomemos como exemplo a identificação, pois que ela faz laço social, ela é laço social. *Freud* passou da análise da subjetividade à psicologia das massas, e assim pôde construir sua teoria da identificação, em seu livro *Análise do ego e psicologia dos grupos*. Afinal, o social é um sistema de distribuição do gozo a partir de simulacros postos à disposição dos consumidores. No texto com o qual inauguramos a CTF, *Lacan* nos lembra em 1938 que Édipo está fundado numa relatividade sociológica, e que a função do pai está ligada à prevalência de uma determinação social, a família paternalista. Finalmente, o mesmo *Lacan*, no texto citado – “as formas de neurose dominantes no final do século passado parecem, desde o tempo de *Freud*, ter evoluído no sentido de um *complexo caracterial*, onde podemos reconhecer a grande neurose contemporânea”. E ele assinala que a determinação principal para essa evolução teria sido a carência do pai, cuja personalidade se apresenta já na época como ausente, humilhada, dividida ou falsa.

O trabalho com o grupo familiar visa reconstruir uma história, freqüentemente fonte de censura, o conhecido “romance familiar”, e assim esclarecer o lugar ocupado pelo filho no fantasma parental. Que vem o filho fazer nessa história? Que laços ele criou?

Já que falamos de laço no grupo familiar, tomemos como referência a análise dos discursos, ou maneira de falar adotada pelo grupo familiar, como tentativa para elucidar os laços entre os falantes.

Vamos admitir que há distribuição dos discursos entre os figurantes na situação de trabalho; a CTF desenvolve um discurso atuante em nível da alienação/desalienação, em nível da cadeia significante.

Não se trata de conselho, nem tampouco explicação, nem gratificação; trata-se de criar um espaço de fala onde cada um se confronta com sua própria fala. Com isso, cada um pode perceber a incidência (insistência?) de um membro do grupo familiar em se tratando do membro-sintoma inicialmente trazido à análise. A “bela alma”, termo com o qual designamos figura sempre em posição confortável nos grupos familiares, poderá se confrontar com a desordem que ela mesma promove.

Se for dado à “bela alma” o tempo necessário, como resultado salutar, poderíamos lembrar que assim evitamos a ruptura com o país; sabemos que essa ruptura leva muitas vezes à interrupção do tratamento em andamento de um familiar. Mas, até onde vai o trabalho da CTF?

Se coube aos familiares articular um discurso histérico encobridor da verdade, discurso de denúncia e queixa, localizando no outro a falta, cabe à CTF articular os diversos significantes que dão forma à história mitológica dos filhos e do casal; só assim o grupo familiar é levado a se descolar do que terá sido a imagem própria mantida até então, assim como do gozo não dito, mantido em segredo (por exemplo, que a mãe não era figura ímpar, única, e que a presença de uma mulher para o pai foi marcante).

Muitas vezes, favorece a CTF que se instale por parte dos familiares uma postura encontrada no discurso de autoridade; de fato, apresentam-se os familiares como sabedores do que são os filhos, que desejam eles, assim por diante. O trabalho de elaboração posto em marcha pela CTF prepara para a emergência de uma outra posição subjetiva, sem que, no entanto, a CTF crie condições necessariamente para o aparecimento do analista e seu destino final de resto.

Eventualmente, um pedido de análise poderá surgir como resultado do trabalho efetuado.

Diante dos discursos adotados pelo grupo familiar, cabe à CTF elaborar um discurso que torne possível a intervenção, ou o trabalho de elucidação. Por enquanto posso dizer tratar-se de um “discurso político sem partido”.

TRANSFORMAÇÕES FAMILIARES

Irlene Peixoto Morais de Azevedo

Advogada

Professora Assistente (PUC/MG)

Chefe da Assessoria Jurídica da BHTrans

Já dizia o poeta polonês *Leopoldo Staff*: “Os fundamentos construí na pedra e tudo ruiu, construí na areia e tudo caiu, agora ao construir comecei pela fumaça da chaminé”.

Pois bem, com este despojamento de quem começa as construções necessárias pela simples fumaça de uma chaminé, estamos aqui a falar sobre a família, não mais aquela idealizada, sacramentalizada, defendida e acobertada sob o álibi do matrimônio, paramentada pelos dogmas e pelo ideário de perfeição que permeou o nosso Direito por tanto tempo. Mas, passemos a falar sobre a família real: espaço da síntese e da elaboração do cotidiano, às vezes árido e implacável. Não falemos apenas da família asséptica e cartesiana. Abandonemos o discurso linear. Precisamos nos referir também àquela família, símbolo do desdobramento do próprio homem, e como tal expressão inconfundível também de suas falhas e faltas. Família permeada pelas contradições que se encerram nos ensaios assertivos e erráticos, onde o processo vital se adensa e se instala irreversivelmente com a inquietante participação de todos.

Estamos aqui a falar do *buraco*, que se traduz no movimento do humano, convívio de amor e ódio, medo e busca, sonho e realidade.

Por tudo isto o debate versa acerca de uma família nuclear, biológica, juridicamente incontestada e uma outra, estrutural, preexistente, construída como resultado das expressões de afeto e sua falta, fruto de interação natural, expressão e exercício de liberdade.

E por tudo isto abordamos temas como o homossexualismo, a união estável, a filiação incestuosa, as relações adúlteras, o estupro e tantos outros derivados como a culpa, que nos obriga a buscar a superação de paradigmas e avançar na busca de soluções reais para o homem real.

O tema do nosso painel nos remete a uma avaliação sobre os tantos outros campos de conhecimento, especialmente o da Psicanálise como abordagem capaz de propiciar transformações nos espaços jurisdicionais decisórios.

Ouso, com a devida vênia, ir mais além. Se me permitem os nobres colegas da mesa e os ouvintes aqui presentes, lembro-me não apenas da Psicanálise, mas de *todas* as outras abordagens que pretendam explicar o fenômeno familiar, lançando indagações e propostas para melhor compreensão do tema. Falo, pois, das ciências sociais e políticas, do necessário estudo das humanidades, das artes e da cultura, expressa do homem e de suas buscas. E mais que isto, proponho que não se encerre este tema solitariamente no espaço do individual e do indivisível. É fundamental que estejamos dispostos a avaliar as transformações socioeconômicas que vêm se processando em todo mundo, para que se possa também entender o fenômeno da desprivatização da família. A transformação sociocultural do pós-guerra, o processo crescente de globalização da economia, a equiparação dos direitos e a construção da cidadania da mulher, bem como a incorporação da mão-de-obra feminina no mercado de trabalho, tudo isto acrescido de outras mudanças derivadas dessas transformações é o elo responsável pelos novos rumos que a família vem tomando. O caráter eminentemente público da educação dos filhos, quando transferidos para creche ou escolas de horário integral, evidencia uma nova ordem instalada: pública e compartilhada.

Um novo modelo social/familiar já se mostra com suficiente visibilidade. E o ordenamento jurídico carece de respostas contemporâneas, pois o estritamente privado sofre mudanças conceituais e a regulamentação estatizante também é entendida como excessiva em muitos casos.

Estamos a exigir uma reflexão mais profunda deste novo tempo.

E alguém já teria dito:

“Viemos aqui cumprir a nossa missão, não a de juízes do nosso tempo, mas a de investigadores, a de descobridores.

Ligar a natureza humana à natureza histórica.

Não estamos atrás de movimentos.

Estamos atrás de descobrimentos.

Para achar água é preciso descer terra adentro, encharcar-se no lodo, não ficar apenas a olhar o céu.”

E eu diria ainda que é preciso namorar a dúvida como preço do conhecimento. Permitir que a monolítica linguagem jurídica do Direito de

Família, que tantas vezes perpetua interesses de tão poucos, se amplie para a real concepção do bom direito, da virtude e do amor, tão bem defendidos neste Congresso pelo querido Professor *João Baptista Villela*.

E mais uma vez, com todas as vênias, ouso ir além, para dizer que o amor é também da ordem do jurídico quando trata da família e de seus desdobramentos.

Ouso afirmar, testemunhando aqui minha modesta e empírica prática de escritório, vocacionada por esta nova leitura, que o sentimento amoroso deve, necessariamente, nortear e referenciar nossa ação, conduzindo-nos a um novo jeito de perceber as relações familiares. Completando, quero falar da importância da abordagem multidisciplinar que viabiliza, enriquece e democratiza esta discussão familiar, fornecendo subsídios para a prática do melhor direito. Sem dúvida, este Congresso é um marco simbólico de grande significância, pois nele se reconhece e se garante o espaço de um saber que para além de jurídico, é da ordem do imaginário, do simbólico, do subjetivo, inerente do homem, sujeito efetivamente de desejo e de direito e aí sim grafaremos esse direito com letras maiúsculas.

DIREITO CONSTITUCIONAL: A EFICÁCIA DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO APÓS A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Francisco Amaral
Professor Titular da UFRJ

Sumário

1. Introdução – A família e o direito de família. **2.** As transformações do direito civil. **3.** O direito de família do Código Civil. Princípios dominantes. **4.** O direito de família brasileiro, do Código à Constituição de 1988. A legislação especial. **5.** O direito de família no sistema da Constituição Federal de 1988. **6.** Os princípios constitucionais e o Código Civil. Antinomias. **7.** Conclusão.

1 INTRODUÇÃO – A FAMÍLIA E O DIREITO DE FAMÍLIA

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, dispõe no seu art. 226, § 5º, que “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

Dispõe também no art. 227, § 6º, que “Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

Essas duas proposições jurídicas são expressão normativa de dois princípios institucionais de Direito Civil, que caracterizam hoje o Direito de Família: o da *igualdade dos cônjuges* e o da *igualdade dos filhos*.

Positivados esses princípios no Texto Constitucional, quais as mudanças que surgem no sistema até então vigente do Direito de Família brasileiro? Qual o sentido e o alcance dos novos dispositivos, qual a eficácia, enfim, do microsistema de Direito de Família, formado pelo Direito Civil e

pelo Direito Constitucional, a partir desses princípios que lhe dão sentido e unidade e que fundamentam e justificam as novas disposições?

Certo é que os princípios, uma vez expressos no Texto Constitucional, são direito positivo. Não constituindo, antes disso, regras autônomas, são o primeiro passo para uma regulamentação.¹ Seu sentido e alcance total só se podem avaliar, todavia, quando compreendidas as suas concretizações,² e estas contêm-se no novo sistema de Direito de Família, formado pelas disposições constitucionais e pelos artigos do Código Civil e da legislação especial pertinente. É manifesto, porém, que entre as novas disposições e os artigos do Código e da própria legislação especial até então vigente, surgem contradições, antinomias, que se superam pela automática inconstitucionalidade revocatória que o Texto Constitucional produz.

Objetivo deste trabalho é, assim, verificar analiticamente o grau de eficácia do Código Civil Brasileiro, na parte especial de Direito de Família, com as modificações decorrentes da Constituição Federal de 1988. Eficácia que se entende como o reconhecimento social decorrente da aplicação de suas normas pelos seus destinatários.

Quem se propõe a tal mister, deve ter consciência de que o Direito de Família é a parte do Direito Civil de maior transformação nas últimas décadas o que, se por um lado acompanha as vicissitudes de um rápido processo de mudança social, por outro lado contribui acentuadamente para as perdas da certeza jurídica³ que era inerente ao Direito da modernidade e uma das manifestações concretas da segurança jurídica. Pode, assim, incluir-se a família na crise do Direito, entendendo-se esta como a falta de clareza que hoje rodeia os principais institutos jurídicos, até então consolidados.⁴

A família é uma das instituições fundamentais da sociedade. Seu estudo é interessa à *Sociologia*, como realidade ética, política e social, e ao *Direito*, como realidade social que se constitui em fonte de relações sociais de

1 LARENZ, Karl. *Richtiges recht (Derecho justo)*. Trad. Luis Díez-Picazo. Madrid: Civitas, 1985, p. 35.

2 *Ibidem*.

3 HAVERKATE, Görg. *Gewissheitsverluste in juristischen Denken*. Berlim, 1977. *Apud* LAMEGO, José. *Hermenêutica e jurisprudência*. Lisboa: Fragmentos, 1990, p. 80.

4 DURÁN Y LALAGUNA, Paloma. *Los límites del derecho*. Granada: Comares, 1996, p. 281. Cf. BARRETO, Vicente (Org.). *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, com trabalhos de Jacques Commaille, Ricardo Pereira Lira, Gustavo Tepedino, João Baptista Villela, Heloísa Helena Barboza, Luiz Edson Fachin, Sérgio Eduardo Nick e Maria Celina Bodin de Moraes.

reconhecida importância, pelos interesses individuais e coletivos que encerra, base de futuras pretensões,⁵ fonte de efeitos jurídicos. Suas principais funções são de natureza *biológica*, garantindo a descendência e a permanência do grupo social; *educadora* e a socializadora, no adequar o comportamento de seus membros aos valores dominantes no grupo familiar e na sociedade, transmitindo-lhes a linguagem, os hábitos, a cultura; *econômica*, proporcionando-lhes as condições materiais de subsistência e conforto; e *psicológica*, contribuindo para o equilíbrio, o desenvolvimento afetivo e a segurança de seus membros.⁶ No aspecto político a família é fator de conservação da ordem social existente,⁷ desempenhando uma função estabilizadora por meio da educação familiar, que transmite aos filhos a cultura, a tradição, os valores morais e políticos.

O conceito de família é histórico e relativo, não sendo preciso em sua extensão. Em sentido amplo, compreende as pessoas descendentes do mesmo ancestral. Em sentido restrito, é o grupo formado pelos cônjuges ou companheiros, e seus descendentes, o que atualmente predomina, pela contração da estrutura familiar, hoje reduzida ao núcleo formado pelo casal e seus filhos.

Deve-se tal mudança à redução do papel produtor da família, que passa a ser uma unidade de consumo, e ao predomínio dos interesses individuais no grupo, reconhecidos como direitos fundamentais dos seus membros. O conceito sociológico é antecedente necessário do conceito jurídico, por ser a família uma realidade espontânea e natural, anterior ao Estado, que a protege e disciplina na sua constituição e existência.

Sob o ponto de vista jurídico, a família é o conjunto de pessoas ligadas pelo casamento, pela união estável ou pelo parentesco, decorrendo este da consangüinidade, ou da adoção ou ainda a “comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes” (CF, art. 226, § 4º). Embora destituída de personalidade jurídica, o Direito reconhece a família como grupo social importante, dispensando-lhe proteção na órbita constitucional (CF, arts. 203 e 226 e §§, CP, arts. 235 a 249 e Código Civil e leis especiais).

O direito positivo reconhece, portanto, a existência da família como instituição básica da sociedade, e disciplina as relações que se estabelecem

5 Cf. do autor: *Direito civil brasileiro* – Introdução. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 170.

6 CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de direito da família e das sucessões*. Coimbra: Almedina, 1990, p. 58 *et seq.*

7 C. BIANCA, Massimo. *Diritto civile. La famiglia*. Le successioni. Milano: Giuffrè, 1981, p. 7.

entre os seus membros, ou entre eles e terceiros, tudo isso em função do princípio da *familiaridade*, princípio estrutural do Direito, segundo o qual a família não importa como grupo afetivo, mas como estrutura de constituição da subjetividade e da própria identidade dos seus membros.⁸ Surge, assim, a relação jurídica familiar, objeto de normas cogentes, de interpretação restrita e específica, que estabelecem a tipicidade dos atos de Direito de Família. Essas relações podem configurar-se de modo diverso *vertical* ou *hierárquico*, quando entre ascendentes e descendentes, e de modo *horizontal* ou *igualitário*, quando entre as pessoas que formam o casal, contraído ou não o matrimônio, o que tem especial importância na gênese e eficácia dos poderes contidos nos vários *status* familiares.

2 AS TRANSFORMAÇÕES DO DIREITO CIVIL

Sendo o Direito de Família uma parte do Direito Civil, compreender a sua configuração atual e, principalmente, interpretá-lo “na permanente consideração dos princípios constitucionais ou constitucionalmente relevantes”, pressupõe conhecer o processo histórico do seu evolver, particularmente no que diz respeito ao direito privado na sociedade moderna, vale dizer, à transformação da família do modelo patriarcal para o modelo nuclear, correspondente à mudança da sociedade agrícola em sociedade industrial e urbana, no mundo ocidental.

A história jurídica tem fases marcantes. Os tempos modernos, assim conhecida a época que vem do Século XV até ao Século XIX, iniciada com os descobrimentos marítimos, e depois caracterizada pelo Renascimento e pela Reforma, dão-nos uma visão antropocêntrica do universo e da cultura, que legitima o surgimento do racionalismo e do individualismo jurídico, consagrados na Revolução Francesa e no subsequente movimento de codificação do Direito continental europeu.

Isto levou também ao processo de construção jurídica sob a idéia de sistema, que tinha nos Códigos e nas Constituições a sua mais evidente e procurada realização. E no sistema jurídico, o Código Civil ocupava a posição central.

Com as transformações jurídico-sociais do Século XX, o Código Civil perdeu esse *status*, substituído que foi pela Constituição. Relegou-se a segun-

8 D'AGOSTINO, Francesco. *Linee di una filosofia della famiglia*. Milano: Giuffrè, 1991, p. 162.

do plano a idéia de sistema, multiplicaram-se as leis especiais, surgiram os microssistemas jurídicos, desagregou-se o Código Civil com a migração dos seus principais princípios para o Texto Constitucional. Desmoronaram os baluartes teóricos dos sistemas fechados e surgiu no Direito, particularmente na teoria geral, o problema da eficácia jurídica das situações de fato, do que são flagrantes exemplos, no Direito de Família, a relação de concubinato, a sociedade de fato, a separação de fato e a filiação de fato.

No Direito Civil, portanto, o individualismo cede ao personalismo ético como valor político-social fundante e legitimador, e os direitos de família passam a ser “direitos fundamentais constitucionalmente protegidos”.

É a partir da consciência desse processo que se pode estudar e compreender as mudanças do Direito de Família brasileiro, e avaliar a eficácia atual do Código Civil, como diploma residual, diga-se desde logo, em virtude da legislação especial posterior e do próprio advento do Texto Constitucional.

3 O DIREITO DE FAMÍLIA DO CÓDIGO CIVIL. PRINCÍPIOS DOMINANTES

Os Códigos Civis, como todos os diplomas legais, são atos de política legislativa que refletem o espírito de sua época.

Elaborado por *Clóvis Beviláqua*, de 1899 a 1916, na seqüência dos trabalhos notoriamente desenvolvidos por *Teixeira de Freitas*, *Nabuco de Araújo*, *Felício dos Santos* e *Coelho Rodrigues*, o Código Civil Brasileiro põe o Direito de Família como o primeiro da parte especial, obedecendo “a certo sentimentalismo de sociedade em que o máximo de organização ainda se acha no círculo social da família”.⁹

Essa taxinomia era assim explicada por *Clóvis Beviláqua*:

“Tomando por base da classificação das matérias do Direito Civil a generalização decrescente, depois da parte geral, na qual se incluem, sob a forma abstrata, os princípios aplicáveis a todos os momentos, situações e modalidades do direito privado, aparecem-nos os

9 PONTES DE MIRANDA. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 164. Sobre as tendências atuais do Direito Civil em matéria de família, cf., por todos, PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Reformulação da ordem jurídica e outros temas*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 223-226.

institutos do Direito da Família, que são partes integrantes dos fundamentos de toda a sociedade civil, interessam, como diz *Menger*, à base da sociedade, e têm, portanto, maior generalidade do que as instituições jurídicas da propriedade, a qual, por sua vez, é mais geral do que os direitos de crédito, que a pressupõem.”¹⁰

Refletindo o contexto histórico-cultural de sua época, o Século XIX, valores fundantes do Código eram o individualismo e o liberalismo, expressões, por sua vez, da concepção antropocêntrica do mundo e da cultura jurídica moderna. Na família, o *patriarcalismo doméstico* traduzido no absolutismo do poder marital e no do pátrio poder. E como *princípios* dominantes nas suas disposições de origem, tinha-se:

1. O casamento civil como base da família legítima (Constituição da República de 24/2/1891, art. 72, § 4º, e Código Civil, art. 229), passível de dissolução apenas com a morte de um dos cônjuges, e a indissolubilidade do casamento elevada a princípio constitucional. (Constituição da República de 10/11/1937, art. 124; Constituição de 1946, art. 163; Constituição de 1967, art. 167, § 1º; Constituição de 1969, art. 175, § 1º).

2. A desigualdade dos cônjuges e o poder marital (Código Civil, arts. 233 e 242), atribuída ao marido a chefia da sociedade conjugal e, conseqüentemente, a representação legal da família, a administração dos bens comuns e dos particulares da mulher que lhe competir, o direito de fixar o domicílio da família e o direito de autorizar a profissão da mulher e a sua residência fora do teto conjugal.

3. A condenação do concubinato (Código Civil, arts. 1.177, 1.719, III, 248, IV), já prevista no Direito anterior (Ordenações 4, 66).

4. A incapacidade relativa da mulher casada (Código Civil, art. 6º, II), restrição comum na maioria das legislações contemporâneas ao Código, como persistência do antigo Direito.

5. Estatuto jurídico diverso para os filhos adotivos (Código Civil, arts. 377 e 1.605, § 2º). Na disposição original do Código, o filho adotivo que concorresse, na sucessão hereditária, com filhos legítimos, supervenientes à adoção, teria direito apenas à metade da herança cabível a cada um destes.

10 BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, comentado*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976, p. 89.

6. Possível desigualdade dos filhos quanto à sua legitimidade (Código Civil, arts. 332, 337, 347), não podendo ser reconhecida a prole adulterina ou incestuosa (Código Civil, art. 358). Na forma das disposições originais do Código, só seriam legítimos os filhos havidos na constância do casamento. Os ilegítimos, que fossem espúrios (incestuosos e adulterinos), não podiam ser reconhecidos, numa proibição injusta e indigna que não constava do projeto de *Clóvis Beviláqua*, mas que fora introduzida pelo segmento mais reacionário da Câmara.

Esses princípios consagravam a desigualdade dos cônjuges e dos filhos, numa *tese histórica*, legítima à época em que foram positivados no Código Civil e nas Constituições Federais subseqüentes, vigentes os valores da sociedade patrimonial e agrícola e as normas do Direito anterior, colonial e retrógrado.

4 O DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO, DO CÓDIGO À CONSTITUIÇÃO DE 1988. A LEGISLAÇÃO ESPECIAL

O período que vai da promulgação do Código Civil (1/1/1916) à da Constituição Federal de 1988, caracteriza-se por sensíveis alterações no sistema jurídico da família, acompanhando a evolução da sociedade brasileira e atendendo à crescente demanda por mudanças no Direito vigente, manifestamente arcaico, injusto e incompatível com a realidade social.

Essas modificações foram-se fazendo por meio de leis especiais, derogatórias do Código Civil, reconhecendo-se a existência e atribuindo-se eficácia a inúmeras situações irregulares, de fato, em matéria de casamento e filiação. Pode-se afirmar, assim, que a grande mudança no Direito brasileiro de Família foi o reconhecimento jurídico da *família de fato*, recepcionada por meio de novas estruturas jurídicas integrativas do sistema jurídico vigente. Essa recepção normativa não foi, porém, acompanhada da necessária reflexão crítica, de interesse teórico para o Direito e sua teoria geral, sobre o problema de relevância e eficácia das relações *de fato*, dando margem a dúvidas e controvérsias na interpretação dos respectivos dispositivos.

Relação de fato é a relação não considerada pelo Direito.¹¹ A relação jurídica, ou relação de direito, é a que se ajusta à hipótese de fato, ou

11 BOBBIO, Norberto. *Teoria della norma giuridica*. Torino: Giappichelli, 1958, p. 33.

fattispecie, da regra jurídica, produzindo, assim, os efeitos já previstos no respectivo dispositivo. Considera-se, por isso, relação de fato, a que permanece externa à normativa jurídica.¹²

Acontece que entre o *jurídico* e o *fato*, entre o que é regulado pelo Direito e o que parece sê-lo, surgem relações que, embora não constituindo uma *fattispecie* típica, e por isso mesmo qualificada como *de fato*, revelam-se como produtoras de efeitos jurídicos, assumindo um significado novo e autônomo, e designando uma particular categoria de fenômeno. São situações que, ainda de puro fato, têm relevância no mundo jurídico, porque semelhantes a relações tipificadas, com elas não se identificando apenas pela falta de elemento constitutivo ou por vício genético. Fala-se, assim, em família de fato, separação de fato, filiação de fato etc.

Esta categoria de fenômenos tem uma particular ligação com específicas relações de direito, reguladas de modo típico pela lei, sendo individualizadas pelo nome dessas relações, com a qualificação *de fato*, no sentido não de serem indiferentes ao direito, embora não correspondentes precisamente à *fattispecie* em tela.

Pode ocorrer, todavia, que em determinadas circunstâncias a relação de fato seja recepcionada pelo ordenamento jurídico, por meio de específica disposição normativa, transformando-se em relação de direito pela observância das formalidades legais constitutivas.

Esse processo de atribuição de eficácia jurídica a comportamentos de fato decorre da vontade do legislador ou da atuação jurisprudencial, sendo de destacar-se o papel criador dos tribunais no reconhecimento de tais situações.

No que especificamente diz respeito à convivência *more uxorio*, esta é uma situação de convivência estável e duradoura, com ou sem filhos, de um homem e de uma mulher, que se comportam como se fossem marido e mulher.¹³ Difere do concubinato, que é uma espécie de adultério contínuo.¹⁴

12 Há quem considere porém que “em um estado social de direito, caracterizado por um ordenamento intervencionista que considera todas as relações sociais, econômicas, éticas, na sua globalidade, não existe o indiferente para o Direito, nem coisa qualquer que não seja juridicamente relevante”. Cf. PERLINGIERI, Pietro. *Apud* D’ANGELI, Fiorella. *La famiglia di fatto*. Milano: Giuffrè, 1989, nota 15, p. 14.

13 DOGLIOTTI, Massimo. *Famiglia di fatto*. In: *Digesto della discipline privatistiche*, Sezione Civile, VIII. Torino: UTET, 1992, p. 189.

14 *Ibidem*. Considerando o concubinato como união estável, cf. VELOSO, Zeno. *União estável*. Belém: Cejup, 1997, p. 15; PEREIRA, Rodrigo da Cunha *Concubinato e união estável*. 4. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 16, com base em idêntico pensamento, que enuncia, de

Família de fato é aparência de família legítima. Não é só a convivência como cônjuges, é antes de tudo família, portadora de valores, direitos e deveres até então considerados exclusivos da família fundada no casamento. Como tal deve ser juridicamente reconhecida na sua existência e eficácia, como aliás já estabelece a Constituição Federal (art. 226, § 3º), considerando-se que a família de fato apresenta, substancialmente, o mesmo conteúdo da convivência que tem origem no matrimônio. Entre os sujeitos que vivem como cônjuges, estabelecem-se vínculos de fidelidade, coabitação, assistência e recíproca contribuição; entre pais e filhos extramatrimoniais, os mesmos direitos e deveres que o Código já estabelecia.¹⁵

No Direito brasileiro, uma indicação analítica do processo normativo de recepção das relações de fato no campo do Direito de Família, no período entre o Código e a Constituição de 1988, relacionaria os seguintes diplomas legais:

I – Quanto à existência, validade e eficácia do casamento, o *Decreto-Lei n. 3.200*, de 19 de abril de 1941, dispendo sobre a organização e proteção à família, permitindo o casamento de colaterais de terceiro grau, mediante prévio exame que demonstre a inexistência de inconvenientes sob o ponto de vista da saúde, e dispendo ainda sobre o casamento religioso com efeitos civis, a gratuidade do casamento civil, pensões alimentícias, mútuos para casamento, reconhecimento de filhos naturais, sucessão em caso de regime matrimonial exclusivo da comunhão, bem de família e outras disposições de caráter protetivo. O *Decreto-Lei n. 4.529*, de 30 de julho de 1942, que estabelece novo prazo de prescrição para a ação de anulação de casamento. A *Lei n. 1.110*, de 23 de maio de 1950, que regula o reconhecimento dos efeitos do casamento religioso. A *Lei n. 1.542*, de 5 de janeiro de 1952, que dispõe sobre o casamento dos funcionários da carreira da diplomacia com pessoa de

BITTENCOURT, Edgard Moura. *Concubinato*. São Paulo: Lend, 1975, p. 40. É de ressaltar, porém, que o Supremo Tribunal Federal, no RE. n. 83.930 (RTJ 82/830) e no RE. n. 106.663 (RTJ 117/834), distingue o concubinato da convivência *more uxorio* (união estável). Cf. BENJÓ, Simão Isaac. *União estável e seus efeitos econômicos*, em face da Constituição Federal. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, p. 59, 1991, onde se distinguem o concubinato, o companheirismo e a união estável, como espécies de relacionamento extraconjugal.

15 RESCIGNO, Pietro. *Manuale del diritto privato italiano*. 5. ed., Napoli: Jovene, 1983, p. 376. De modo diverso, entendendo que a união livre não gera conseqüências iguais ao matrimônio. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, v. 7, 1990, p. 32. Cf. Lei 9.278, de 10 de maio de 1996, arts. 1º e 2º.

nacionalidade estrangeira. A *Lei n. 4.121*, de 27 de agosto de 1962, dispendo sobre a situação jurídica da mulher casada, o chamado Estatuto da Mulher Casada, com inúmeras alterações no Código Civil mais especificamente, os arts. 6º, 233, 240, 242, 246, 248, 263, 269, 273, 326, 380, 393, 1.579 e 1.611. A *Lei n. 6.015*, de 31 de dezembro de 1973, que dispõe sobre Registros Públicos, particularmente sobre o processo de habilitação para o casamento religioso para efeitos civis e do casamento em iminente risco de vida. A *Lei n. 6.515*, de 26 de setembro de 1977, que regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos. A *Lei n. 6.880*, de 9 de dezembro de 1980 (Estatuto dos Militares) sobre o casamento dos militares das três áreas. A *Lei n. 5.478*, de 25 de julho de 1968, dispendo sobre a ação de alimentos.

II – No que diz respeito à filiação temos:

A *Lei n. 883*, de 21 outubro de 1949, que dispõe sobre o reconhecimento de filhos ilegítimos, dissolvida a sociedade conjugal e a *Lei n. 3.133*, de 8 de maio de 1957, atualizando o instituto da adoção com a modificação de diversos artigos do Código (arts. 368, 369, 372, 374 e 377).

Esses diplomas legais, novas fontes de Direito de Família, implicaram na derrogação do Código Civil na matéria de que tratam, desaparecendo alguns dogmas iniciais do Código, como a indissolubilidade do casamento pelo divórcio, a impossibilidade de reconhecimento da prole adulterina e incestuosa, a diversidade de estatuto para os filhos adotivos, o caráter exclusivamente laico do casamento, o reconhecimento do poder marital e a incapacidade relativa da mulher casada.

5 O DIREITO DE FAMÍLIA NO SISTEMA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal de 1988, no seu título VIII, dedicado à Ordem Social, insere um instituto com regras de organização e proteção da família, da criança, do adolescente e do idoso (Capítulo VII).¹⁶

¹⁶ Sobre os novos aspectos do Direito de Família, cf. BITTAR, Carlos Alberto (Coord.). *O direito de família e a Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989, reunindo trabalhos de Carlos Alberto Bittar, Silmara Chinelato e Almeida, Paulo Luiz Neto Lôbo, Maria da Glória Villaça Borin Gavião de Almeida, Cláudio Antônio Soares Levada, Maristela Basso Tamagno, Júlio César Viseu Júnior, José Luiz Gavião de Almeida, Airton Percy Barrichello, Geralda Pedrosa Freitas, Flávio Luiz Yarshell.

Seus princípios fundamentais são:

1. Reconhecimento da família como instituição básica da sociedade e como objeto especial proteção do Estado (CF, art. 226, *caput*).
2. Existência e permanência do casamento, civil ou religioso, como base, embora sem exclusividade, da família.¹⁷
3. Competência da lei civil para regular os requisitos, celebração e eficácia do casamento, e sua dissolução.
4. Igualdade jurídica dos cônjuges (CF, art. 226, § 5º).
5. Reconhecimento, para fins de proteção do Estado, da entidade familiar formada pela união estável de homem e mulher, assim como a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (CF 226, § 3º e § 4º).
6. Possibilidade de dissolução do vínculo matrimonial pelo divórcio (CF, art. 226, § 6º).
7. Direito de constituição e planejamento familiar, fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito (CF, art. 226, § 7º).
8. Igualdade jurídica dos filhos, proibidas quaisquer designações discriminatórias (CF, art. 227, § 6º).
9. Proteção da infância, como o reconhecimento de direitos fundamentais à criança e ao adolescente, e responsabilidade da família, da sociedade e do Estado por sua observância (CF, art. 227 e §§).
10. Atribuição aos pais do dever de assistência, criação e educação dos filhos (CF, art. 229).
11. Proteção do idoso (CF, art. 230).

Positivando esses princípios, e integrando-os no sistema jurídico-constitucional de Direito de Família, surgiram os seguintes textos de legislação ordinária:

A *Lei n. 8.069*, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente. Esta lei revogou expressamente as Leis 4.513, de 1964, e 6.697, de 1979, o chamado Código de Menores. A *Lei n. 8.560*, de 29 de dezembro de 1992, regulando a investigação de paternidade dos filhos

¹⁷ Conseqüência direta desse princípio são as formalidades essenciais do casamento, como ato solene, que o Código Civil mantém (CF, art. 226, §§ 1º e 2º)

havidos fora do casamento e fixando as formalidades e o conteúdo dos respectivos registros de nascimento. Revogou expressamente os arts. 332, 337 e 347 do Código Civil, assim como as demais disposições em contrário. A *Lei n. 8.971*, de 29 de dezembro de 1994, regulando o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. A *Lei n. 9.263*, de 12 de janeiro de 1996, regulando o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, com aplicação subsidiária a esta lei, do disposto no Código Penal, especialmente no que diz respeito às penas restritivas de direitos. A *Lei n. 9.278*, de 10 de maio de 1996 que, regulando o § 3º do art. 226 da Constituição Federal, reconhece como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de homem e mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família, fixando os direitos e deveres dos conviventes, e o respectivo regime de bens.¹⁸

6 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E O CÓDIGO CIVIL. ANTINOMIAS

O problema a enfrentar-se é o do alcance da eficácia derogatória dos princípios constitucionais, positivados, em matéria de família, relativamente ao sistema do Código Civil e da legislação ordinária.

A Constituição Federal de 1988 chamou para si o enunciado das regras fundamentais dessa matéria, com o natural surgimento de incompatibilidades com o Código, verdadeiras antinomias, que urge solucionar.¹⁹

Os princípios jurídicos constituem matéria imprecisa, polissêmica, sendo objeto de conceituações e classificações diversas. Podemos considerá-los como critérios orientadores do conhecimento, interpretação e aplicação das normas de direito. São “pensamentos diretores de uma regulamentação jurídica já existente ou possível”.²⁰ Constituem, assim, o primeiro passo para a criação de uma regra.

¹⁸ Sobre a coexistência das Leis 8.971/94 e 9.278/96, cf. VELOSO, Zeno. *Op. cit.*, p. 106 *et seq.*

¹⁹ Na solução de antinomias, utilizam-se vários critérios de estatuição legal, jurisprudencial ou doutrinária. O Direito brasileiro, no caso de conflito entre normas emanadas de autoridades hierarquicamente distintas utiliza o princípio *lex superior derogat inferiori* (L.I. art. 2º, § 1º). No caso dos direitos fundamentais, a Constituição Federal estabelece, no art. 6º, que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 5. ed., 1989, p. 401.

²⁰ LARENZ. *Op. cit.*, p. 32.

Os princípios diferem das normas jurídicas porque não tipificam comportamentos concretos e específicos, nem se identificam por sua origem, mas por seu conteúdo (fins e valores). Sua função é a de fundamentar ou completar o sistema, constituindo a base do direito positivo ou orientando o intérprete no caso de insuficiência da lei ou do costume. Quando diretamente aplicáveis ou quando estabelecem normas cujo desenvolvimento regulará seu conteúdo, chamam-se princípios normativos.²¹

Tomando como referência a Constituição, podemos classificar os princípios em constitucionais e institucionais.²² Os primeiros são os princípios superiores, fundamentais, básicos, que dão sentido e unidade à própria Constituição.²³ Os segundos dizem respeito aos institutos jurídicos comuns, regulados em leis ordinárias, como a propriedade, a família, o contrato, a sucessão, etc. Quanto à sua eficácia, que é o aspecto que agora nos interessa, os princípios jurídicos, quando expressos, positivados, têm eficácia *direta e imediata*, como fonte de direito, *derrogatória*, privando de eficácia as disposições contrárias já existentes, *invalidatória*, invalidando as disposições contrárias supervenientes, *interpretativa*, decorrente do seu caráter programático,²⁴ e *informadora*, no sentido de constituírem diretrizes para a legislação ordinária pós-constitucional. “Ainda quando se caracterizam por um maior teor de abstração, os princípios constitucionais têm eficácia normativa e, em muitos casos, tutelam diretamente situações jurídicas individuais.”²⁵

Ora, no caso dos princípios normativos de Direito de Família, insertos na Constituição Federal, temos realizações concretas do que acima foi escrito.

O princípio normativo da igualdade dos cônjuges, concretizado no § 5º do art. 226 da Constituição Federal, criou uma *inconstitucionalidade derrogatória* dos artigos do Código referentes aos direitos e deveres matrimoniais.

O princípio normativo da igualdade dos filhos (§ 6º do art. 227 da Constituição Federal) teve uma eficácia *informadora*, pois constituiu-se em

21 FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín Arce y. *Los principios generales del derecho y su formulación constitucional*. Madrid: Civitas, 1990, p. 119.

22 ROJO, Margarita Beladiez. *Los principios jurídicos*. Madrid: Tecnos, 1994, p. 135.

23 Constituição Federal, art. 1º.

24 SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 402; Floréz-Valdés. *Op. cit.*, p. 158.

25 BARROSO, Luiz Roberto. *O direito constitucional e a afetividade de suas normas*. 3. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 308.

diretriz para a elaboração do art. 41 e §§ 1º e 2º da Lei n. 8.069, de 13/7/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), e para a Lei n. 8.560, de 29/12/1992, que revogou expressamente os arts. 332, 337 e 347 do Código Civil, referentes à classificação do parentesco em legítimo e ilegítimo, natural e civil (art. 332), à legitimidade da prole (art. 337) e à prova da filiação legítima (art. 347).

De modo geral podemos dizer que esses dois princípios jurídicos, normatizados na Constituição Federal, produziram antinomias ou incompatibilidades com o Código Civil, do que surgiu a inconstitucionalidade derogatória em cerca de 75% (setenta e cinco por cento) das normas de Direito de Família do Código, em matéria de *casamento*, na sua existência, validade e eficácia, de *dissolução da sociedade conjugal* e de *proteção dos filhos*, de *relações de parentesco*, de *adoção*, de *pátrio poder*, de *alimentos*, de *tutela*, *curatela* e *ausência*, e *sucessão*.²⁶

7 CONCLUSÃO

As grandes modificações que a Constituição de 1988 produziu no sistema brasileiro de Direito de Família foram, substancialmente, o reconhecimento jurídico no direito positivo da *família de fato* e da igualdade dos cônjuges e dos filhos na titularidade e no exercício dos seus respectivos direitos.

No que diz respeito à família de fato, o Texto Constitucional normatizou uma tendência existente há décadas em nosso Direito, e freqüentemente concretizado em nossos tribunais, no sentido de reconhece-

26 Artigos do Código Civil ab-rogados, derogados ou modificados por efeito dos princípios da igualdade dos cônjuges e dos filhos, contidos no § 5º do art. 226, e no § 6º do art. 227, da Constituição Federal de 1988: *Prazos de prescrição*: art. 178, §§ 1º, 3º, 4º, 7º e 9º. *Casamento*: arts. 183, II, IV, X, XII; 184 a 186; 187, parágrafo único; 200, § 40; 203; 205; 207; 213; 217; 219; IV; 221, parágrafo único; 224; 229; 223, I a IV; 234; 235, I a IV; 236 a 239; 240, parágrafo único; 241, 242, I a IV; 243; 244; 245, I, II, parágrafo único; 246, parágrafo único; 247, I a III, parágrafo único; 248, I a IV e parágrafo único, V a VIII; 249; 250; 251, I a III, parágrafo único, I a IV; 252, parágrafo único; 253; 254; 258, II, 260, 263, X, 266, parágrafo único; 271; 274; 275; 277; 278 a 311. *Relações de parentesco*: arts. 336, 338 a 360; 363, II e III, 364, 367. *Adoção*: arts. 368; 369; 373; 374; 376; 377; 378. *Pátrio poder*: arts. 379; 380; 382; 387; 390, I; 391, I; 393; 394, parágrafo único, 395. *Alimentos*: arts. 396; 399; 401; 405. *Tutela*: arts. 407; 408; 409, I, II, III; 414, I, 442, II. *Curatela*: arts. 447, I; 454, § 1º; 455; 460. *Ausência*: arts. 467, parágrafo único; 484. *Hipoteca*: arts. 827, I; 839, § 1º; 840, I. *Sucessões*: arts. 1.579, § 1º; 1.605, §§ 1º e 2º, 1.609; 1.610; 1.618; 1.720; 1.723; 1.744, III; 1.763; 1.776; 1.778. Cf. SAMPAIO, Pedro. *Alterações constitucionais nos direitos de família e sucessões*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 4 a 58.

rem-se as situações de fato com relevância no mundo jurídico, ainda que não disciplinadas como *fattispecie* típicas, desde que levantados problemas a resolver. A família de fato não é só convivência *more uxorio*, é vivência solidária com o “sentido de enriquecimento e desenvolvimento da personalidade de cada componente e da educação da prole”, o que até agora só se atribuía à família fundada no casamento. Com tal objetivo, as Leis n. 8.971/94 e 9.278/96, regulando, respectivamente, o direito dos companheiros a alimentos e sucessão, e a existência e eficácia da união estável, mantido porém, no Texto Constitucional, o primado do matrimônio na constituição da família.

Quanto aos princípios da igualdade dos cônjuges e dos filhos, sua eficácia implicou na ab-rogação ou derrogação de cerca de 200 artigos, cerca de 75% (setenta e cinco por cento) do Direito de Família do Código Civil. Todos os dispositivos que estabeleciam diferenças nos direitos ou deveres dos cônjuges e dos filhos foram modificados ou revogados, fixando-se a igualdade de direitos e a unicidade do *status* de filho, independentemente da origem do parentesco.

O sistema original de Direito de Família do Código Civil ficou irreconhecível, impondo-se a sua reconstrução, a partir dos princípios constitucionais vigentes, com o material remanescente do Código e o da legislação especial em matéria de casamento e união estável, dissolução da sociedade conjugal e do casamento, reconhecimento da união estável e sua eficácia, proteção da criança e do adolescente e filiação.

É hora de se pensar em um Código da Família.

EDUCAÇÃO: O ENSINO DO DIREITO DE FAMÍLIA NO BRASIL

Paulo Luiz Netto Lôbo

Doutor em Direito

Presidente da Comissão de Ensino Jurídico do Conselho Federal da OAB

Membro da Comissão de Especialistas em Ensino do Direito, do MEC

Sumário

1. Repensando o ensino do direito de família. **2.** A Constituição de 1988: o canto do cisne da família patriarcal. **3.** Quebra do patriarcalismo. Em busca do novo paradigma familiar. **4.** Conteúdo programático tradicional do direito de família. **5.** A permanente discussão: público ou privado? **6.** O processo de descodificação do direito de família. **7.** Direito das mulheres e (direito a) diferença entre os gêneros. **8.** Os novos princípios do direito de família. **9.** Repercussão das novas diretrizes curriculares no ensino do direito de família. **10.** Aplicação das novas diretrizes ao direito de família. **11.** Uma listagem de temas básicos.

1 REPENSANDO O ENSINO DO DIREITO DE FAMÍLIA

Diversos fatores têm provocado a necessidade de se repensar o ensino de Direito de Família, que se pratica nos cursos jurídicos brasileiros. Não se trata de promover simples atualização, que se dá pela incorporação do novo ao conhecimento regularmente transmitido.

As relações familiares e de parentesco, a partir da década de 60 deste século, passaram por transformações profundas, logo percebidas pela Psicologia, pela Psicanálise, pela Sociologia, pela Antropologia, pela Demografia, e até mesmo pela Ciência Política e pela Engenharia Genética. Pode-se dizer que houve uma radical mudança de paradigmas. Todavia, o Direito de

Família no Brasil, enquanto doutrina e ensino escolar, manteve relativo distanciamento das mudanças, perseverando no paradigma familiar de onde partiu nossa legislação civil, a saber, a família patriarcal.

A formação legalista e pouco científica de muitos docentes que ministram a disciplina privilegiou um ensino acrítico, de exegese do Código, quando não de reação às mudanças lentamente absorvidas pelo legislador.

Na sociedade brasileira, dois fenômenos podem ser identificados como principais motores da transformação radical do paradigma familiar, nas últimas décadas: a concentração urbana e a emancipação feminina.

Os dados do IBGE demonstram uma linha ascendente de concentração populacional nas cidades, esvaziando os campos. No final do Século XX, vivem nas cidades mais de três quartos da população brasileira.

A concentração urbana contribuiu fortemente para o fenômeno que impulsionou a mais devastadora implosão do modelo patriarcal da família, a emancipação feminina. Foram determinantes, o acesso progressivo das mulheres à educação e ao mercado de trabalho.

2 A CONSTITUIÇÃO DE 1988: O CANTO DO CISNE DA FAMÍLIA PATRIARCAL

A Constituição de 1988 foi o epílogo da lenta evolução legal das relações familiares e de parentesco, no Brasil. Antes dela, devem ser destacados os diplomas legais que, neste século, reduziram as desigualdades de direitos entre filhos legítimos e ilegítimos, o Estatuto da Mulher Casada e a Lei do Divórcio. Até 1988, tem-se a história do contínuo desmonte da família patriarcal, deslegalizando-se e deslegitimizando-se as desigualdades jurídicas.

A falta de um estatuto legal completo das relações familiares, após quase dez anos de vigência da Constituição de 1988, levou o ensino a um estágio de perplexidade e grande confusão, com evidentes prejuízos à formação profissional. Não surpreende, pois, que se continue a ensinar o Direito de Família legislado no Código, como se inexistissem as normas e princípios contidos nos arts. 226 a 230 da Constituição. O frágil ensino exegético não consegue trabalhar as categorias próprias da hermenêutica constitucional.

Assim, entre o princípio auto-executável da igualdade entre os cônjuges, prefere-se continuar interpretando os artigos do Código Civil, que cuidavam dos interditos à mulher, sem equivalentes ao homem.

De um modo geral, a doutrina passou a entender que os princípios constitucionais são auto-executáveis. Todavia, as lições contidas nos manuais e cursos de Direito Civil permanecem reproduzindo as noções relativas a artigos que restaram com eles incompatibilizados.

Após algumas vacilações iniciais, prevaleceu no Supremo Tribunal Federal a tese, a meu ver acertada, da revogação das normas infraconstitucionais anteriores que sejam incompatíveis com as normas e princípios da Constituição, quando ela entrou em vigor.¹

Os preceitos da Constituição que impõem a igualdade entre homem e mulher e entre os cônjuges são auto-executáveis e bastantes em si. Todas as normas que instituíram direitos e deveres diferenciados entre os cônjuges restaram revogadas integralmente. Apenas deste modo, o intérprete não invade o campo próprio do legislador, evitando expandir direitos antes atribuídos apenas ao marido ou à mulher.

Em face do princípio da igualdade entre os cônjuges, que não admite qualquer limitação legal, é inadequada a interpretação conforme à Constituição, porque este princípio de hermenêutica constitucional deriva da presunção de constitucionalidade da lei. Ante a orientação que prevaleceu no STF, não se trata de juízo de constitucionalidade, mas de revogação das normas infraconstitucionais anteriores, o que afasta a sobrevivência ou aproveitamento de qualquer de seus efeitos.

3 QUEBRA DO PATRIARCALISMO. EM BUSCA DO NOVO PARADIGMA FAMILIAR

Em face da quebra do paradigma patriarcal, consumada pela Constituição de 1988, é tarefa quase impossível o aproveitamento do regime legal contido no Livro I da Parte Especial do Código Civil. São modelos que partem de pressupostos distintos, condicionando os regimes legais decorrentes.

O Código regulava a família patriarcal, que se caracterizava pela hegemonia de poder do pai, pela hierarquização das funções de seus mem-

1 Desde a ADIn n. 2, rel. Min. *Paulo Brossard*, de 6/2/92, predominou a tese de não haver inconstitucionalidade formal superveniente. Enquanto à inconstitucionalidade material, firmou-se a orientação de que a antinomia da norma antiga com a Constituição superveniente resolve-se na mera revogação da primeira, a cuja declaração não se presta a ação direta, embora caiba recurso extraordinário e não recurso especial (neste último sentido, v. REsp. n. 68.410 do STJ).

bros, pela desigualdade de direitos entre homens e mulheres, pela desigualdade de direitos entre filhos de origens diversas (biológicas ou por adoção), pela desconsideração de entidades familiares distintas do casamento, pela ausência de liberdade para dissolução, pelo prevalecimento da linha masculina, pelo predomínio dos interesses de caráter patrimonializante sobre os de caráter afetivo.

Qual seria, então, o paradigma familiar que emergiu dessas transformações? A família é uma instituição social, infensa a ser conformada integralmente a modelos legais. Cumpre ao Direito, e aos docentes jurídicos, captarem suas múltiplas dimensões, em constante mutação. Por isso, a importância fundamental da compreensão interdisciplinar.

Penso que a característica fundante da família atual é a afetividade. As Constituições liberais sempre atribuíram à família o papel de célula básica do Estado. As declarações de direito, como a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, em sinal dos tempos, preferiram vinculá-la à sociedade (art. 16.3: “A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade...”; na Constituição brasileira, art. 226: “A família, base da sociedade, ...”), como reconhecimento da perda histórica de sua função política. A função política despontava na família patriarcal, cujos fortes traços marcaram a cena histórica brasileira, da Colônia às primeiras décadas deste século. Em obras clássicas, vários pensadores² assinalaram este instigante traço da formação do homem brasileiro, ao demonstrar que a religião e o patrimônio doméstico se colocaram como irremovíveis obstáculos ao sentimento coletivo de *res publica*. Por trás da família, estavam a religião e o patrimônio, em hostilidade permanente ao Estado, apenas tolerado como instrumento de interesses particulares. Em suma, o público era (e ainda é, infelizmente) pensado como projeção do espaço privado-familiar.

A família atual brasileira desmente essa tradição centenária. Relativizou-se sua função procracional. Desapareceram suas funções políticas, econômica e religiosa, para as quais era necessária a origem biológica. Hoje, a família recuperou a função que, por certo, esteve nas suas origens mais remotas: a de grupo unido por desejos e laços afetivos, em comunhão de vida. Sendo assim, é exigente de tutela jurídica mínima, que respeite a liberdade de constituição, convivência e dissolução; a auto-responsabilidade; a igualdade

2 Especialmente DUARTE, Nestor. *A ordem privada e a organização política nacional*. Brasília: Ministério da Justiça, 1966/1997; FREIRE, Gilberto. *Casa grande e senzala*. Rio de Janeiro: Record, 1994; RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro*. São Paulo: Cia. das Letras, 1995.

irrestrita de direitos, embora com reconhecimento das diferenças naturais e culturais entre os gêneros; a igualdade entre irmãos biológicos e adotivos e o respeito a seus direitos fundamentais, como pessoas em formação; o forte sentimento de solidariedade recíproca, que não pode ser perturbada pelo prevailecimento de interesses patrimoniais. Em trabalho que dediquei ao assunto, denominei esse fenômeno de repersonalização das relações familiares.³ É o salto, à frente, da pessoa humana no âmbito familiar.

Embora a família tenha perdido sua função de unidade religiosa (deus doméstico, dos romanos; capela da casa grande, dos senhores rurais brasileiros), os temas de Direito de Família continuam mesclados de interferências religiosas. Casamento, divórcio, planejamento familiar, filiação são recorrentes em posições, às vezes extremadas, de grupos religiosos que procuram influir nas opções legislativas e nas políticas públicas.

4 CONTEÚDO PROGRAMÁTICO TRADICIONAL DO DIREITO DE FAMÍLIA

Tradicionalmente, o Direito de Família é ensinado acompanhando a divisão temática comum na doutrina, e no próprio Código Civil, em três grandes áreas:⁴

- a) direito matrimonial;
- b) direito parental;
- c) direito protetivo ou assistencial.

A discussão interdisciplinar em torno da família é raramente enfrentada em nossos cursos. Os temas que não se enquadram na tríade ou na seqüência do Código são tratados como situações excepcionais, a exemplo do concubinato e união estável, da infância e adolescência, do bem de família, de manipulações genéticas, sempre que introduzidos no direito positivo.

3 LÔBO, Paulo Luiz Neto. In: BITTAR, Carlos Alberto (Org.). *O direito de família e a Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989.

4 Assim o classificam, dentre outros, PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 1974, t. VII a IX e PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1991, v. V.

O direito matrimonial cuida da realização do casamento, da capacidade para casar, dos impedimentos (no Brasil, em conjunto com as espécies de proibição), dos efeitos do casamento em relação ao marido e a mulher (diversidade de poderes e desigualdade de direitos), e da dissolução pela separação e divórcio.

O direito parental volta-se nomeadamente para a filiação biológica (sua *ratio* era disciplinar a diversidade de direitos entre filhos legítimos e ilegítimos, de conteúdo patrimonial predominante), para a adoção, e para as relações de parentesco e seus efeitos.

No direito protetivo ou assistencial incluem-se o pátrio poder (expressão ultrapassada, pelas funções diferenciadas que passou a exercer), a tutela, a curatela e os alimentos. Nas codificações liberais, o interesse protegido é o patrimonial mais que o da pessoa do assistido.

A tríade continua válida, mas não consegue abranger outras dimensões autônomas que assumiram grau de importância igual ou superior, como melhor se exporá adiante.

5 A PERMANENTE DISCUSSÃO: PÚBLICO OU PRIVADO?

As transformações sofridas pelo Direito de Família não foram suficientes para afastar a discussão persistente, no meio acadêmico, sobre sua natureza e localização na velha dicotomia: Direito Privado ou Direito Público. Apesar de constantemente ser denunciada sua irrelevância ou o desaparecimento de sua importância para a teoria do Direito, resiste teimosamente, à falta de classificação mais convincente.

No plano didático, a dicotomia continua útil. Os arautos de seu desaparecimento têm em mente o grau de intervenção do Estado (legislador ou juiz) em certas relações, para considerá-las publicizadas. No Estado social (*welfare state*) todos os temas sociais juridicamente relevantes foram constitucionalizados. O Estado social caracteriza-se exatamente por controlar e intervir em setores da vida privada, antes interditados à ação pública pelas constituições liberais. No Estado social, portanto, não é o grau de intervenção legislativa, ou de controle do espaço privado, que gera a natureza de Direito Público. O mais privado dos direitos, o Direito Civil, está inserido essencialmente na Constituição de 1988 (atividade negocial, família, sucessões, propriedade). Se fosse esse o critério, então inexistiria direito privado.

Independentemente do grau de intervenção estatal, se o exercício do direito se dá por particular em face de outro particular, ou quando o Estado se relaciona paritariamente com o particular sem se valer de seu império, então o direito é privado.

Se é verdade que entre o forte e o fraco é a liberdade que escraviza e a lei que liberta, a Constituição de 1988 foi a que mais interviu nas relações familiares e a que mais as libertou. Consumou-se a redução ou mesmo eliminação, ao menos no plano jurídico, do *elemento despótico*⁵ existente no seio da família, no Brasil.

6 O PROCESSO DE DESCODIFICAÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA

As grandes codificações de Direito Privado perderam sua função ou sua *raison d'être* histórica. Concebidas como constituição do homem comum burguês, sua racionalidade escrita simbolizou a ruptura com o *ancien régime*. Os Códigos cristalizaram a igualdade formal de direitos subjetivos, rompendo a estrutura estamental fundada no *jus privilegium*, nos locais reservados às pessoas em razão de suas origens. A revolução industrial, os movimentos sociais, as ideologias em confronto, a massificação social, a revolução tecnológica constituíram-se em arenas de exigências de liberdade e igualdades materiais e de emersão de novos direitos, para o que a codificação se apresentou inadequada, nomeadamente nas últimas décadas de tantas e rápidas transformações. O Direito de Família, como parte da codificação civil, sofreu essas vicissitudes, em grau mais agudo. A mulher foi a grande ausente na codificação. As liberdades e igualdades formais a ela não chegaram, permanecendo a codificação, no Direito de Família, em fase pré-iluminista.

Nas grandes codificações do século passado (e a concepção de nosso Código Civil é oitocentista), o filho é protegido sobretudo na medida de seus interesses patrimoniais e o matrimônio revela muito mais uma união de bens que de pessoas.⁶

5 Essa expressão constitui uma das categorias sociológicas, presentes em todos os ciclos sociais, que *Pontes de Miranda* vê como inelutáveis no processo evolutivo. “O papel da violência diminui através da civilização”. (*Sistema de ciência positiva do direito*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, t. I, p. 250).

6 Neste sentido, GALGANO, Francesco. *Il diritto privato fra codice e Costituzione*. Bologna: Zanichelli, 1988, p. 20.

Proliferaram na década de 70 deste século, e daí em diante, as legislações sobre as relações familiares, emancipando as mulheres e os filhos, subtraindo parcelas inteiras dos códigos civis. Essas legislações têm por característica a multidisciplinariedade, rompendo a peculiar concentração legal de matérias comuns e de mesma natureza dos códigos. Nelas, ocorre o oposto: a conjunção de vários ramos do Direito, no mesmo diploma legal, para disciplinar matéria específica, não se podendo integrar a determinado código monotemático. Veja-se o exemplo do Estatuto da Criança e do Adolescente, cujos interesses são objeto de disciplina interligada de Direito Civil, Direito Penal, Direito Processual Civil, Direito Processual Penal, Direito Administrativo e, ainda, de Direito promocional que absorve os avanços das ciências médicas, psicológicas e sociais.

Refletem-se no Direito de Família as grandes dimensões por que passam os direitos fundamentais ou os direitos humanos. Os estudiosos consideram que os direitos humanos, desde a revolução liberal, já despontaram em quatro gerações sucessivas e interdependentes: a primeira, a dos direitos das liberdades (*bill of rights*); a segunda, a dos direitos sociais; a terceira, a dos direitos transindividuais, onde os interesses tutelados são indissolúvelmente comunitários; a quarta, o dos direitos à integridade genética ou da bioética.

As grandes questões da bioética repercutem intensamente na evolução do Direito de Família e provocam perplexidades. A reprodução, a concepção, a modificação do código genético, com a mediação decisiva do conhecimento científico e tecnológico, estão revolucionando os valores traduzidos nos códigos e leis de família. A natureza biológica da família recebe inesperado reforço, entrando em conflito com a tendência de consolidar-se como entidade afetiva, onde o amor joga um papel mais decisivo que o sangue.

Enquanto o motor da história gira tão rapidamente, e os temas da bioética saem do ambiente científico para os debates populares, o Direito de Família assiste ainda a luta pela materialização dos direitos humanos de primeira geração para os protagonistas que a família patriarcal considerava secundários ou *alieni iuris*: a mulher e o menor.

7 DIREITO DAS MULHERES E (DIREITO A) DIFERENÇA ENTRE OS GÊNEROS

Não é surpreendente que, duzentos anos após a revolução liberal, haja necessidade de um *direito das mulheres*, notadamente em países onde se supu-

nha resolvido o problema. Não se trata de expressão de feminismo radical, mas de séria investigação das condições reais do ordenamento jurídico em assegurar-lhes a plenitude como sujeitos de direitos, em total paridade com os homens. A matéria é necessariamente interdisciplinar, não podendo ficar contida no campo tradicional do Direito de Família. Em interessante estudo dedicado à matéria, a jurista norueguesa *Tove Stang Dahl*⁷ faz aplicação desse direito no campo da teoria geral do Direito, em situações específicas, dentre outras: **a)** ao direito das mulheres ao dinheiro, **b)** ao direito das donas de casa, **c)** à discriminação na situação de desemprego.

O tema assume importância relevante quando se discute o gênero neutro, que vê homens e mulheres como iguais em direito, afastando propositadamente as diferenças. Enquanto se avançava na busca da igualdade jurídica integral entre homens e mulheres – no Brasil, só alcançável com a Constituição de 1988 – que vencesse a desigualdade, justificada em preconceitos e discriminações em razão do sexo, as diferenças foram obscurecidas porque não contribuíam para se alcançar o penoso objetivo.

Vencida a etapa da igualdade jurídica, o contributo de outras ciências, como a Psicanálise, trazem à tona a rica dimensão psicossocial das diferenças entre os gêneros, que a dogmática do Direito de Família não pode mais descurar.⁸ O imenso desafio é a compatibilidade das diferenças com o princípio da igualdade jurídica, para que não se retroceda à discriminação em razão do sexo, que a Constituição veda.

Por que será que o juiz brasileiro, na quase totalidade dos casos de separação de casais, prefere a mãe ao pai, para guardião dos filhos? O senso comum atribui à mulher o papel de *dona de casa* (espaço privado) e ao homem o de provedor (espaço público). Essa diferença é negativamente discriminatória, ou seja, é juízo de valor negativo do papel da mulher. A escolha pode estar fundamentada em dado de ciência que demonstre, no geral, estar a mulher mais apta biológica ou psicologicamente para exercer esse papel, quando os pais estejam separados, salvo se em situação concreta tal não ocorrer. Essa diferença decorre de juízo de valor positivo, e atende melhor ao estágio atual do direito que determina seja observado o benefício

7 DAHL, Tove Stang. *O direito das mulheres*. Trad. Tereza Beleza et al. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

8 Sobre o tema, PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família - uma abordagem psicanalítica*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

do menor. A tendência, no entanto, parece apontar para a guarda compartilhada, onde o interesse dos pais é subordinado ao interesse dos filhos, ampliando-se as possibilidades de convivência entre eles.⁹

8 OS NOVOS PRINCÍPIOS DO DIREITO DE FAMÍLIA

O desenvolvimento do Direito de Família deita raízes nos seguintes princípios interdependentes:

- a) princípio da dignidade da pessoa humana;
- b) princípio da liberdade;
- c) princípio da igualdade;
- d) princípio do pluralismo das entidades familiares;
- e) princípio da eliminação do elemento despótico.

As peculiaridades desses princípios, no Direito de Família, faz emergir a convivência harmônica com seus opostos, exceto quanto ao princípio da dignidade humana que apenas admite os limites impostos pela ordem pública. O princípio da liberdade delimita-se com o princípio da responsabilidade, entre cônjuges ou companheiros, e com o princípio da autoridade que persiste nas relações entre pais e filhos (por sua vez delimitado pelo princípio de respeito aos direitos específicos da criança e do adolescente). O princípio da igualdade de direitos é delimitado pelo respeito às diferenças naturais e culturais entre os sexos. O princípio do pluralismo de entidades, especificando o da liberdade, é delimitado pelo modelo preferencial da família constituída pelo casamento, que deixou de ser exclusivo para ser exemplar ou promocional (art. 226, § 3º, da Constituição, que se dirige ao legislador para promover ou facilitar a conversão da união estável em casamento). O princípio da redução do *quantum despótico*, que indica a suavização do poder de mando no seio familiar, é delimitado pelo adequado e necessário exercício da autoridade parental e do aumento proporcional da auto-responsabilidade.

9 A respeito, o interessante artigo do psicanalista NICK, Sérgio Eduardo. Guarda compartilhada: um novo enfoque no cuidado dos filhos de pais separados ou divorciados. In: BARRETO, Vicente (Org.). *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 127.

O princípio da dignidade humana pode ser concebido como estruturante e conformador dos demais, nas relações familiares. A Constituição, no art. 1º, o tem como um dos fundamentos da organização social e política do País, e da própria família (art. 226, § 7º). Na família patriarcal, a cidadania plena concentrava-se na pessoa do chefe, dotado de direitos que eram negados aos demais membros, a mulher e os filhos, cuja dignidade humana não podia ser a mesma. O espaço privado familiar estava vedado à intervenção pública, tolerando-se a subjugação e os abusos contra os mais fracos. No estágio atual, o equilíbrio do privado e do público é matizado exatamente na garantia do pleno desenvolvimento da dignidade das pessoas humanas que integram a comunidade familiar, ainda tão duramente violada na realidade social, máxime com relação às crianças. Concretizar esse princípio é um desafio imenso, ante a cultura secular e resistente. No que respeita à dignidade da pessoa da criança, o art. 227 da Constituição expressa essa viragem, configurando seu específico *bill of rights*, ao estabelecer que é dever da família assegurar-lhe “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-la “à salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”. Não é um direito oponível apenas ao Estado, à sociedade ou a estranhos, mas a cada membro da própria família. É uma espetacular mudança de paradigmas.

O princípio da liberdade diz respeito ao livre poder de escolha ou autonomia de constituição, realização e extinção de entidade familiar, sem imposição ou restrições externas de parentes, da sociedade ou do legislador; à livre aquisição e administração do patrimônio familiar; ao livre planejamento familiar; à livre definição dos modelos educacionais, dos valores culturais e religiosos; à livre formação dos filhos, desde que respeite suas dignidades como pessoas humanas; à liberdade de agir, assentada no respeito à integridade física, mental e moral.

O princípio da igualdade, formal e material, relaciona-se à paridade de direitos entre os cônjuges ou companheiros e entre os filhos. Não há cogitar de igualdade entre pais e filhos, porque cuida de igualar os iguais. A consequência mais evidente é o desaparecimento de hierarquia entre os que o direito passou a considerar pares, tornando perempta a concepção patriarcal de chefia. A igualdade não apaga as diferenças entre os gêneros, que não pode ser ignorada pelo direito. Ultrapassada a fase da conquista da igualdade formal, no plano do direito, as demais ciências demonstraram que as

diferenças não poderiam ser afastadas. A mulher é diferente do homem, mas enquanto pessoa humana deve exercer os mesmos direitos. A história ensina que a diferença serviu de justificativa a preconceitos de supremacia masculina, vedando à mulher o exercício pleno de sua cidadania ou a realização como sujeito de direito.

O princípio do pluralismo das entidades familiares rompe com a tradição centenária do Direito brasileiro de apenas considerar como instituto jurídico o casamento, desde as Ordenações do Reino. Todas as Constituições brasileiras (imperial e republicanas) estabeleceram que apenas a família constituída pelo casamento seria protegida pelo Estado. Apenas a Constituição de 1988 retirou do limbo ou da clandestinidade as demais entidades familiares, nomeadamente a união estável e a entidade unipaternal (pai ou mãe e filhos). Os integrantes dessas famílias – relegadas a meros fatos sociais, não jurídicos – eram destituídos de direitos familiares idênticos. Contudo, a Constituição de 1988 ainda deixou de fora certas entidades que têm natureza familiar, porque se constituem como unidades afetivas e não patrimoniais, tais como: o concubinato entre impedidos de casar (o princípio da monogamia é mais forte que os fatos), as uniões homossexuais e as uniões duradouras de pessoas, sem finalidade sexual, que buscam convivência afetiva (de mesmo sexo ou de sexo diferente).

O princípio da eliminação do *elemento despótico* somente é possível pensar-se na família antipatriarcal. Significa a eliminação gradativa do poder no seio da família. No que respeita aos filhos, permite investigar a trajetória do poder absoluto do *paterfamilias* romano, que incluía o de vida e morte, até o conceito atual de autoridade parental,¹⁰ que é mais dever que poder.

9 REPERCUSSÃO DAS NOVAS DIRETRIZES CURRICULARES NO ENSINO DO DIREITO DE FAMÍLIA

A partir do ano letivo de 1997 tornaram-se obrigatórias, para todos os cursos jurídicos do País, as novas diretrizes curriculares fixadas pela Porta-

10 A autoridade parental substituiu o pátrio poder, embora esta expressão continue sendo utilizada pelo legislador brasileiro, a exemplo do Estatuto da Criança e do Adolescente. A legislação francesa, desde 1970, acertadamente substituiu a antiga expressão *puissance paternelle* por autoridade parental, mais adequada à sociedade conjugal paritária e à função-dever que exerce. No Direito americano, a expressão *parental authority* é largamente empregada (Cf. KRAUSE, Harry D. *Family law*. St. Paul: W. Publishing, 1986, p. 193 *et seq.*

ria MEC n. 1.884 de 30 de dezembro de 1994. Não se trata de simples elenco de matérias para composição de grade curricular. Sua concepção é abrangente das várias dimensões de um projeto pedagógico. Para as finalidades do ensino do Direito de Família, podem ser destacados os seguintes pontos:

- a) interligação obrigatória do ensino com a pesquisa e a extensão;
- b) necessidade de formação fundamental, sociopolítica, técnico-jurídica e prática do bacharel em Direito;
- c) destinação de cinco a dez por cento da carga horária geral do curso para atividades complementares, de livre escolha do aluno;
- d) exigência de interdisciplinariedade;
- e) absorção de novos direitos.

As novas diretrizes impõem redirecionamento completo das práticas pedagógicas e dos conteúdos que se tornaram comuns, nos cursos jurídicos. O exemplo infelizmente caricato do professor de Direito é o do comentador superficial de textos legais, sem contribuir para a produção criativa ou ao raciocínio crítico, reproduzindo-se tal modelo nas avaliações que aplica. Esse tipo de professor não está preparado para implementar o novo ensino jurídico.

O ensino do Direito em geral, e do Direito de Família em especial, não pode mais conter-se na transmissão do conhecimento já consagrado. Há de estar integrado com a produção do conhecimento novo, que só a pesquisa é capaz de propiciar. Além disso, deve interagir com a comunidade, valendo-se dos vários processos de extensão.

10 APLICAÇÃO DAS NOVAS DIRETRIZES AO DIREITO DE FAMÍLIA

O primeiro passo é o abandono do modelo exegético, centrado no Código Civil. Como se procurou destacar acima, o Direito de Família mudou radicalmente, mas o Código permaneceu centrado em um paradigma que já desapareceu. A abordagem deve ser necessariamente crítica, para que se revele o descompasso da lei com a realidade social. Deve-se optar por extrair da Constituição os elementos fundamentais compatíveis com as relações pessoais e familiares que tutela. Em verdade, o Código restou como normas supletivas, no que não contrarie a Constituição e a legislação especial, que desenham um estatuto legal dúctil da família. Mas o ensino da matéria ainda estará

incompleto se o seu conteúdo programático não incluir a contribuição de ciências não jurídicas, como a História, a Psicologia (ou a Psicanálise), a Sociologia, a Demografia (imprescindíveis são as pesquisas por amostragem de domicílio, que anualmente o IBGE promove) e a Bioética.

Para o Direito de Família, ante sua densa interdisciplinariedade e imersão na realidade social, é mais adequada a pesquisa social empírica, cuja metodologia está largamente assentada. Nesse campo, as linhas de pesquisa podem dirigir-se a: **a)** conhecimento das circunstâncias reais da vida familiar e social, que indicam as condições de viabilidade ou necessidade de ordenação de condutas e interesses; **b)** conhecimento das fontes reais de direito, assim entendidas e praticadas pela comunidade; **c)** a efetividade do direito positivo; **4)** a adequação do Direito à realidade social, seus valores e interesses; **5)** as práticas administrativas, que realizam o Direito, no Estado Social, mais que a jurisprudência dos tribunais, particularmente no campo da ação social, da assistência e da seguridade, no interesse das famílias. São comuns a pesquisa por amostragem, a aplicação de questionários, a pesquisa documental, a pesquisa de jurisprudência dos tribunais, a pesquisa de legislação nacional e estrangeira e de projetos de leis, e dos grupos de pressão e ideológicos que os influenciaram. No plano da produção do conhecimento, é interessante a apropriação de dados de outras ciências que possam agregar-se à reflexão crítica de causas e tendências das relações familiares, sob a perspectiva do Direito.

O incentivo à pesquisa é explícito na Portaria MEC n. 1.886/94, em três momentos: **a)** quando estabelece a interligação obrigatória do ensino com a pesquisa; **b)** quando impõe a monografia final, com defesa perante banca, para conclusão do curso, que não pode prescindir do desenvolvimento de um projeto mínimo de pesquisa, que deve sempre ser estimulado; **c)** quando inclui a pesquisa na computação da carga horária das atividades complementares do aluno, permitindo a difusão da iniciação científica, que não era uma prática habitual nos cursos jurídicos.

Há muito chão a percorrer, para que a pesquisa se torne uma atitude permanente de aprendizagem nos cursos jurídicos, propiciando-se a formação de grupos emergentes. As matérias envolvidas no Direito de Família são propícias a esse desenvolvimento.

A extensão nos cursos jurídicos sempre se resumiu à assistência judicial. A assistência não é apenas judicial, mas jurídica, em sentido amplo, incluindo consultoria, assessoria, conciliação, mediação. Para o Direito de Família, é importante ressaltar que, no Estado de Alagoas, cerca de 90% das demandas de assistência jurídica gratuita são relacionadas às questões da

família, o que levou o Tribunal de Justiça e o Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Alagoas a instar no *campus* da universidade uma Vara de Família, para atender necessitados de justiça. Todavia, além desse importante aspecto, a extensão significa intervir positivamente nas comunidades, interagindo e compartilhando da solução de seus problemas, mediante o saber qualificado que foi produzido e transmitido nos cursos, enriquecendo-se com o saber popular com que se deparam. Significa, também, atividades de formação continuada e promoção de eventos que beneficie a comunidade geral e jurídica, para conhecimento de seus direitos. No campo de Direito de Família, é impressionante o desconhecimento das pessoas acerca de seus direitos mais simples, talvez porque o “direito no papel” (*law in books*) tenha avançado muito mais que o “direito na realidade” (*law in action*).

O ensino, a pesquisa e a extensão nos cursos jurídicos devem atender à necessidade de formação sociopolítica, técnico-jurídica e prática do bacharel em Direito. No que toca à formação sociopolítica, espera-se que as matérias fundamentais (jurídicas ou não-jurídicas)¹¹ capacitem o futuro profissional à produção criativa do Direito, à reflexão crítica, a atuar nos processos de mudança social e de transformações do Direito. A inafastável interdisciplinariedade do Direito de Família não pode prescindir de sólida formação sociopolítica. A formação técnico-jurídica, mesclada de formação sociopolítica, é exigente do ensino-aprendizagem competente das matérias profissionalizantes (ou jurídico-dogmáticas, se quiserem), dentre as quais se inclui o Direito de Família. A prática do Direito de Família inclui-se no estágio de prática jurídica, que as novas diretrizes curriculares tornou obrigatório durante os últimos dois anos do curso, mediante processos simulados, processos reais, assessorias, convênios com órgãos jurídicos, assistência jurídica. Os conflitos de família são campo privilegiado para duas formas crescentes de atuação extrajudicial, inclusive para os profissionais do Direito, ou seja, a mediação e a conciliação. A mediação previne o conflito e se converte no modo mais eficiente de assegurar o convívio de pais separados com seus filhos.

As atividades complementares são livremente escolhidas pelos alunos, equivalentes de 5 a 10% do total da carga horária de cada curso jurídico,

11 A Portaria MEC n. 1.886/94 refere-se à Introdução ao Direito, Sociologia Geral e Jurídica, Filosofia Geral (incluindo ética) e Jurídica, Economia e Ciência Política. Mas é amplo o universo do conhecimento que pode interessar ao estudante de Direito, seja incluindo outras disciplinas de mesmo perfil na grade curricular, seja abrindo o leque de módulos temáticos ministrados em cursos específicos (atividades complementares).

e não previstas na grade curricular. Para enriquecer o conhecimento do Direito de Família, o aluno deve ser estimulado a participar de projetos de pesquisa, de iniciação científica e de extensão na área, além de congressos e outros eventos. Pode cursar também disciplinas ofertadas por outras áreas de conhecimento, na própria ou em outra instituição. Uma experiência que deve ser estimulada é a dos módulos temáticos, trazendo à discussão temas aos quais professores e especialistas estejam dedicando seus estudos.

Como vimos sublinhado, a interdisciplinariedade é capilar no Direito de Família. O ensino centrado nos comentários à legislação existente não cumpre seu papel; ensina mal e é deformante. A interdisciplinariedade no Direito de Família apresenta duas dimensões: uma interna, que se dá com as demais disciplinas curriculares, refletindo sobre o que nelas pode ser útil para ampliação de seu estudo, e uma externa, relacionando-se com outras áreas que também tenham as relações familiares como objeto de conhecimento, a exemplo das Ciências Biológicas, da Psicologia, da Psicanálise, da Sociologia, da Bioética, da Estatística.

Os conteúdos programáticos da disciplina Direito de Família devem ser definidos com suficiente flexibilidade, de modo a absorver os novos direitos que com ela se relacionem, assim entendidos todos aqueles que se incorporaram, de modo pluralístico, aos sujeitos. Podem ser assim considerados os direitos da criança e do adolescente, o direito das mulheres, o direito à integridade genética (também considerado direito fundamental), direitos próprios da comunidade familiar, o direito irrestrito à perfilhação e à paternidade ou maternidade.

11 UMA LISTAGEM DE TEMAS BÁSICOS

Atento ao conjunto de enfoque acima delineado que o ensino do Direito de Família exige, na atualidade, penso que o conteúdo programático da disciplina deve incluir, ao menos, os seguintes temas básicos:

Família:

- a) origens, evolução e funções da família;
- b) influência das demais ciências no desenvolvimento do Direito de Família;
- c) princípios das relações familiares; a Constituição e o Direito de Família.

Entidades familiares:

- a) tipos de entidades familiares;
- b) outras comunidades afetivas ou parafamiliares;
- c) famílias conjugais: constituição, direitos e deveres, dissolução do casamento e da união estável.

Direitos dos sujeitos:

- a) direitos de personalidade, na família;
- b) direito das mulheres;
- c) paternidade e maternidade;
- d) filiação biológica natural ou por manipulação genética e adotiva;
- e) direito a alimentos.

Regime protetivo:

- a) autoridade parental;
- b) proteção da criança e do adolescente;
- c) proteção do adulto incapaz ou juridicamente débil;
- d) bem de família.

A seqüência e a eleição dos temas seguem uma ordem tendencialmente repersonalizante, em que a pessoa ou o sujeito, nas relações familiares, é o foco principal do conhecimento e do ensino. O patrimônio deve ser visto como efeito da tutela dos sujeitos e não como causa do regime jurídico familiar. Somente assim, o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana será alcançado no Direito de Família.

ENGENHARIA GENÉTICA – DNA: A TESTEMUNHA MAIS CONFIÁVEL EM DETERMINAÇÃO DE PATERNIDADE

Sérgio Danilo J. Pena

Presidente do Núcleo de Genética Médica de Minas Gerais (GENE)
Professor Titular do Departamento de Bioquímica do Instituto de Ciências Biológicas da
Universidade Federal de Minas Gerais

Sumário

1. O problema. **2.** A solução. **2.1.** Testes de paternidade com sondas multilocais. **2.2.** Utilização da PCR para análise unilocal. **2.3.** Eliminando fontes de erro em perícias de determinação de paternidade. **2.4.** Situação da determinação de paternidade no Brasil. **3.** Bibliografia.

1 O PROBLEMA

A incerteza da paternidade é tão antiga quanto a humanidade. A concepção ocorre no interior do corpo da mulher e assim não admite testemunhas. Em consequência, embora a mulher esteja sempre 100% certa que as suas crianças são biologicamente suas (com exceção da possibilidade de trocas no berçário, que são um fenômeno novo na história da humanidade, já que no passado virtualmente todos os partos eram domésticos) o homem tem muitas vezes de lidar com a incerteza da paternidade (esta incerteza não é consciente na grande maioria dos casos). Como reza o dito popular: “os filhos de minhas filhas meus netos são; os filhos de meus filhos, serão ou não?”.

Alguns autores acreditam que a incerteza da paternidade é um dos fatores que evolucionariamente contribuiu para moldar padrões de conduta masculinos na sociedade, já que adaptativamente os homens, no passado, assumiam condutas que maximizassem a probabilidade de sua paternidade e

minimizassem a chance de investirem recursos em filhos biológicos de outros homens.¹ Por exemplo, estudos multiculturais em 186 grupos étnicos diferentes mostraram que o adultério feminino, junto com a esterilidade conjugal, é a causa mais comum de dissolução de casamentos.² Outras evidências vêm dos estudos sobre os ciúmes maritais, que são despertados no homem principalmente pela suspeita, observação ou descoberta de infidelidade sexual da mulher (eventos que comprometem a certeza de paternidade), enquanto na mulher são evocados preponderantemente por infidelidade emocional.³

De qualquer maneira, há evidências claras que apontam para uma incidência significativa de não-paternidade intramarital nas sociedades humanas. Uma taxa de 10% é frequentemente citada em tratados de genética. Recentemente, uma metaanálise do tópico foi realizada por *Macintyre* e *Sooman*,⁴ que encontraram estudos na literatura com taxas de não-paternidade intramarital variando de 2% até 30% e enfatizaram o fato de que, como a maioria das estimativas era indireta, tornava-se impossível aceitar ou refutar a taxa mais frequentemente citada, que é de 10%. *Baker* e *Bellis*⁵ também citam estudos com uma faixa de 9-30%. Por outro lado, outros autores sugerem que 10% é um exagero e que as verdadeiras taxas estão ao redor de 2-4%.⁶ *A verdade é que ninguém sabe exatamente, nem mesmo as próprias mães.* A experiência do Núcleo de Genética Médica (GENE) com milhares de casos e também a de praticamente todos os laboratórios que fazem testes de paternidade nos Estados Unidos e Europa é que em aproximadamente 25% dos casos, o indigitado possível pai é excluído da paternidade. Isto quer dizer que as próprias mães se enganaram.

Por que tantas incertezas? Na verdade, embora saibamos que a concepção só pode ocorrer na época da ovulação, o número de dias férteis antes ou

- 1 BUSS, D. M. Psychological sex differences: origins through sexual selection. *Am Psychol*, 1995; 50:164-8.
- 2 BETZIG, L. Causes of conjugal dissolution: a cross-cultural study. *Curr Anthropol*, 1989; 30:654-76.
- 3 BUSS, D. M. Paternity uncertainty: the complex repertoire of human mating strategies. *Am Psychol*, 1996; 51:161-2.
- 4 MACINTYRE, S., SOOMAN A. Non-paternity prenatal genetic screening. *Lancet*, 1991; 338:869-71.
- 5 BAKER, R., BELLIS, M. *Human sperm competition*. New York: Chapman Hall, 1995.
- 6 BROCK, D. J. H., SHIMPTON, A. E. Non-paternity prenatal genetic screening. *Lancet*, 1991; 338:1151; LEROUX M. G., PASCAL, M. T., HERBERT, O., DAVID, A., MOISAN, J. P. Non-paternity and genetic counselling. *Lancet*, 1992; 340:607; SASSE, G., MÜLLER, H., CHAKRABORTY, R., OTT., J. Estimating the frequency of nonpaternity in Switzerland. *Hum Hered*, 1994; 44:337-43.

depois da ovulação é incerto. Um estudo recente, com metodologia cientificamente confiável, mostrou que praticamente todas as gravidezes podiam ser atribuídas a relações sexuais que ocorriam nos seis dias que precediam a ovulação, um período relativamente grande.⁷ Neste aspecto, um fenômeno interessante é o da superfecundação, ou seja, a produção de gêmeos por fertilização de dois óvulos em coitos diferentes. Estima-se que este fenômeno ocorra em quase 10% dos gêmeos dizigóticos.⁸ Mais peculiar ainda é o fenômeno de gêmeos com pais diferentes.⁹ A estimativa é que entre gêmeos dizigóticos envolvidos em perícias judiciais de paternidade, 2,4% tinham pais diferentes.¹⁰ Alie-se a estas incertezas, o fato de que, embora a ovulação aconteça mais freqüentemente no meio do ciclo menstrual, ela pode eventualmente ocorrer durante qualquer outra parte do mesmo. *Em última análise, nenhuma mulher que tenha tido relações sexuais com mais de um homem durante o ciclo menstrual em que ela engravidou (ou mesmo, considerando as freqüentes incertezas sobre a idade gestacional exata, em ciclos adjacentes) pode ter certeza absoluta de quem é pai da criança.*

Pelo exposto, deve ter ficado claro que em determinação de paternidade a prova testemunhal deve ser sempre avaliada *cum grano salis*, já que a concepção ocorre no interior do corpo da mulher e, como anteriormente explicado, não admite testemunhas. Desta maneira, a única forma de comprovar confiavelmente a paternidade é pela perícia técnica, mais especificamente pelos exames em DNA.

2 A SOLUÇÃO

Nos últimos anos foram desenvolvidas diversas metodologias para determinação da paternidade pelo estudo do DNA.¹¹ Mas o método mais

7 WILCOX, A. J., WEINBERG, C. R., BAIRD, D. D. Timing of sexual intercourse in relation to ovulation: effects on the probability of conception survival of the pregnancy sex of the baby. *New Engl J. Med*, 1995; 333:1.517-21.

8 JAMES, W. H. The incidence of superfecundation of double paternity in the general population. *Acta Genet Med Gemellol*, 1993;42:257-62.

9 LU H. L., WANG, C. X., WU, F. Q., LI, J. J. Paternity identification in twins with different fathers. *J. Forens Sci*, 1994; 39:1100-2, VERMA, R. S., LUKE, S., DHAWAN, P. Twins with different fathers. *Lancet*, 1992; 339:63-4; WENK, R. E., HOUTZ, T., BROOKS, M., CHIAFARI, F. A. How frequent is heteropaternal superfecundation? *Acta Genet Med Gemellol*, 1992; 41:43-7.

10 WENK, R. E., HOUTZ, T. BROOKS, M., CHIAFARI, F. A. How frequent is heteropaternal superfecundation? *Acta Genet Med Gemellol*, 1992; 41:43-7.

11 PENA, S. D. J. CHABRABORTY, R. Paternity testing in the DNA era. *Trends Genet*, 1994; 10:204-9.

prático e eficiente, hoje em dia, é pelo estudo de regiões repetitivas de DNA chamadas de minissatélites e microssatélites.¹² A chave da variação nestas regiões é que o número de repetições varia entre indivíduos e pode ser estudado com sondas de DNA ou com a chamada Reação em Cadeia da Polimerase (PCR). Entraremos em maiores detalhes metodológicos mais abaixo. O importante aqui é frisar a imagem de genomas humanos imensamente variáveis, que podem ser abordados metodologicamente com tipos de exames diferentes e complementares. As várias técnicas que já foram desenvolvidas para estudo de polimorfismos de DNA possuem eficiência e especializações diferentes, formando, assim, um verdadeiro cardápio, no qual os cientistas e laboratórios podem escolher o método mais adequado para solucionar o problema em mãos. Por isto, a expressão correta é “testes em DNA” e não “teste de DNA”.

2.1 Testes de paternidade com sondas multilocais

Os locos mais variáveis do genoma humano são os minissatélites. Em 1985, *Jeffreys* e colaboradores, na Inglaterra, foram os primeiros a mostrar que algumas sondas especiais (sondas 33.6 e 33.15) eram capazes de reconhecer simultaneamente diversas regiões de minissatélites, produzindo padrões de bandas complexos e específicos para cada indivíduo, que foram chamados de “Impressões Digitais de DNA”. Depois, outras sondas similares (sondas multilocais) foram descritas, incluindo a F10,¹³ DNF24¹⁴ e (CA)_n que são utilizadas nas perícias médicas de determinação de paternidade do Núcleo de Genética Médica (GENE). A sonda F10, originalmente desenvolvida pelo nosso grupo de pesquisa na UFMG,¹⁵ sozinha, permite uma probabilidade média de exclusão de 99,98%.¹⁶ A associação da F10 com outra sonda multilocal [DNF24 ou (CA)_n] permite um poder de exclusão

-
- 12 PENA, S. D. J., PRADO, V. F., EPPLIN, J. T. DNA diagnosis of human genetic individuality. *J. Mol. Med.*, 1995; 73:555-64; PENA, S. D. J., JEFFREYS, A. J. Breve introdução às impressões digitais de DNA. *Rev. Bras. Genet.*, 1993; 16:857-79.
 - 13 PENA, S. D. J., MACEDO, A. M., BRAGA, V. M. M., RUMJANEK, F. D., SIMPSON, A. J. G. F10 the gene for the glycinerich major eggshell protein of *Schistosoma mansoni* recognizes a family of hypervariable minisatellites in the human genome. *Nucleic Acids Res.*, 1990; 18:7.466.
 - 14 IP, N. Y., NICHOLAS, L., BAUM, H., BALAZS, I. Discovery of a novel multilocus DNA polymorphism [DNF24]. *Nucleic Acids Res.*, 1989; 17:4.427.
 - 15 PENA, S. D. J. *et al. Op. cit.*, 1990, 18:7.466.
 - 16 PENA, S. D. J., SANTOS, P. C., CAMPOS, M. C. B. N., MACEDO, A. M. Paternity testing in Brazil by DNA fingerprinting with the multilocus probe F10. *Cienc Cult* 1993; 45:236-40.

superior a 99,999999%. As sondas multilocais são tão eficientes em determinação de paternidade que permitem distinguir com facilidade quem é o pai biológico, mesmo em casos em que dois irmãos ou pai e filho são os indigitados possíveis pais.

2.2 Utilização da PCR para análise unilocal

A Reação em Cadeia da Polimerase (PCR) é uma alternativa ao uso de sondas de DNA, mas permite o estudo de apenas uma região (loco) de cada vez. As melhores regiões para estudo pela PCR são os microssatélites.¹⁷ O uso da metodologia de PCR no laboratório tem duas vantagens distintas: **1.** a identificação dos alelos é simples; **2.** a sensibilidade é elevada, permitindo que o exame seja feito com quantidades mínimas de DNA genômico, mesmo em avançado estado de degradação. Assim, a metodologia da PCR tornou possível testar a paternidade em situações anteriormente impossíveis, como por exemplo, utilizando raízes de cabelos ou até mesmo material exumado (ossos, dentes) em perícias após a morte do possível pai. A principal desvantagem da PCR é que a técnica está limitada ao estudo de regiões genéticas pequenas (com poucas repetições), relativamente menos informativas para testes de paternidade. De acordo com *Chakraborty e Jin*¹⁸ o número de locos necessários para determinar com segurança relações pai-filho pelo estudo de microssatélites com PCR é de 12 ou mais. Isto ocorre porque, na prática, o poder de exclusão efetivo é consideravelmente inferior ao valor calculado teoricamente.¹⁹ É preocupante a observação de que alguns laboratórios de determinação de paternidade no Brasil realizam perícias a partir de resultados baseados em apenas 6-9 testes de PCR de microssatélites, incorrendo o risco de chegarem a conclusões equivocadas.

Certamente, a necessidade de tipagem de mais de 12 locos de microssatélites por PCR para a obtenção de níveis aceitáveis de confiabilidade em perícias apenas pela PCR traz problemas de ordem prática. O primei-

17 PENA, S. D. J., JEFFREYS, A. J. Breve introdução às impressões digitais de DNA. *Rev. Bras. Genet.*, 1993; 16:857-79.

18 CHAKRABORTY, R., JIN, L. A unified approach to study hypervariable polymorphisms: statistical considerations of determining relatedness and population distances. *In*: PENA, S. D. J., CHAKRABORTY, R., EPPLIN, J. T., JEFFREYS, A. J., *DNA fingerprinting – state of the science*. Basel: Birkhäuser, 1993; 153:76.

19 PENA, S. D. J. Pitfalls of paternity testing based solely on PCR typing of minisatellites and microsatellites. *Am J Hum Genet.*, 1995; 56:1503-4.

ro problema é que um maior número de manipulações laboratoriais pode acarretar um risco aumentado de erros humanos, tais como trocas de amostras. O segundo é que o custo de tantos exames separados é relativamente elevado. Para solucionar estes problemas logísticos, desenvolvemos no Núcleo de Genética Médica – GENE conjuntos de microssatélites compatíveis com amplificação e análise simultânea, ou seja, sistemas multiplex. O desenvolvimento de sistemas multiplex é bastante complexo e exige conhecimentos técnicos profundos e equipamentos altamente especializados. Os aparelhos mais eficientes e sofisticados para este fim são os seqüenciadores automáticos fluorescentes de DNA (ALF-Express, Pharmacia do Brasil), como os dois recentemente adquiridos pelo GENE. Estamos usando dois sistemas multiplex rotineiramente: um decaplex (estudo simultâneo de 10 locos) e um pentaplex (5 locos). Desta maneira, com apenas duas reações de PCR e duas corridas eletroforéticas no ALF-Express podemos obter resultados em 15 locos e uma probabilidade média de exclusão superior a 99,999%, compatível com uma determinação confiável da paternidade.

Desta maneira, o GENE pode atualmente oferecer duas linhas diferentes de perícias de determinação de paternidade pelo DNA. A primeira, chamada *DNA Total*, é baseada em resultados de pelo menos duas sondas multilocais em combinação com a PCR multiplex e tem confiabilidade absoluta (> 99,9999%) A segunda, chamada *Perícia Alternativa*, para reduzir custos utiliza somente a PCR multiplex, proporcionando uma confiabilidade aceitável, mas reduzida (> 99,999%) e um preço 30% menor. Uma variante da *Perícia Alternativa*, chamada *PCR Express*, pode produzir resultados mais rápidos (15 dias úteis) a um custo adicional de apenas 10%.

2.3 Eliminando fontes de erro em perícias de determinação de paternidade

Erros humanos nos procedimentos de testes de paternidade (trocas de amostras, erros de rótulos) podem criar falsas exclusões, ao passo que é praticamente impossível criar uma falsa inclusão. Assim, para eliminar a possibilidade de erros, os laboratórios de determinação de paternidade devem, *obrigatoriamente*, ter mecanismos de segurança para reconfirmar rotineiramente todas as exclusões, garantindo que elas representam “verdadeiras exclusões”. No Núcleo de Genética Médica (GENE), em Belo Horizonte, as rotinas descritas abaixo são seguidas rigorosamente em casos de exclu-

sões, para eliminar a possibilidade de falsas exclusões devidas a trocas de amostras na coleta ou no laboratório:

1. Realização de um teste de “maternidade” que estabelece se o compartilhamento de alelos entre a mãe e o filho é compatível com um parentesco de primeiro grau.

2. Repetição da análise dos resultados com inversão dos dados entre mãe e filho.

3. Coleta de duas amostras de sangue (ou uma amostra de sangue e uma de esfregaço bucal) de cada pessoa. Uma preparação de DNA é feita a partir da primeira amostra e testada com a metodologia de sondas multilocais. Se houver uma exclusão, a confirmação do resultado é feita com a segunda amostra. Para fugir de armadilhas técnicas, tais como digestão parcial e mutações de bandas, o GENE confirma a exclusão com testes usando a PCR.

2.4 Situação da determinação de paternidade no Brasil

Como previmos, já em 1991,²⁰ tem ocorrido no Brasil uma grande proliferação de laboratórios oferecendo exames de determinação de paternidade em DNA. Assim, os próprios consumidores, e nos casos judiciais os advogados e juízes, têm de fazer escolhas, muitas vezes entre serviços que realizam perícias médico-legais utilizando metodologias completamente diferentes em eficiência e complexidade metodológica. Esta heterogeneidade está freqüentemente disfarçada pela utilização publicitária da expressão “teste de DNA”. Como vimos acima, na determinação de paternidade pelo DNA podem ser utilizados diferentes “testes em DNA”, ou seja, testes com sondas multilocais (Impressões Digitais de DNA), testes com sondas unilocais e testes com a PCR. O GENE utiliza todos os três métodos em combinações variadas de acordo com o caso específico, visando sempre obter o máximo possível de confiabilidade para o resultado. Entretanto, outros laboratórios podem optar por utilizar apenas uma única metodologia, diminuindo assim a necessidade de desenvolvimento de metodologia de maior complexidade como as impressões digitais de DNA pelas sondas

20 PENA, S. D. J. Determinação de paternidade pelo estudo direto do DNA; estado da arte no Brasil. In: Teixeira, S. F. *Direitos de família e do menor – inovações e tendências*. Belo Horizonte: Del Rey, 1991; 65-81.

multilocais e minimizando os custos laboratoriais. Quais são, então, os parâmetros pelos quais podemos comparar a qualidade de laboratórios diferentes que utilizam métodos diversos? Listamos abaixo alguns elementos que consideramos cruciais e que podem ser empregados para avaliar a confiabilidade de um centro de determinação de paternidade pelo DNA.

1. O laboratório deve estar sob a direção de um médico, de preferência com um título de mestre ou doutor (Ph.D.) em genética, biologia molecular ou bioquímica e com comprovada competência *prática e teórica* em determinação de paternidade.

2. O laboratório deve realizar as perícias com duas sondas multilocais, ou então seis sondas unilocais ou pelo menos 15 microssatélites estudados pela PCR. O laboratório deve dominar tecnicamente pelo menos duas das três metodologias existentes para testes de determinação de paternidade em DNA.

3. O laboratório deve ter uma rotina de trabalho que impossibilite que erros, tais como troca de rótulos em tubos, passem despercebidos.

4. No caso de sondas unilocais ou estudo de microssatélites pela PCR, o laboratório deve ter construído um banco de dados das frequências populacionais dos sistemas genéticos usados por ele. Este banco de dados deve ter sido obtido com as mesmas técnicas usadas pelo laboratório na determinação de paternidade e utilizando a mesma população. Bancos de dados da população americana ou européia não são aplicáveis no Brasil. O banco de dados deve estar disponível para consulta e preferencialmente ter sido publicado.

5. Nos casos em que há exclusão da paternidade, o laboratório deve garantir que esta exclusão seja comprovável com pelo menos dois tipos de exames genéticos diferentes.

6. Nos casos em que não há exclusão da paternidade, o laudo pericial deve incluir o Índice de Paternidade para cada sistema genético utilizado, o Índice de Paternidade Final e a Probabilidade de Paternidade, sendo explicitadas as probabilidades *a priori* utilizadas.

3 BIBLIOGRAFIA

BAKER, R, BELLIS, M. *Human sperm competition*. New York: Chapman Hall, 1995.

BETZIG, L. Causes of conjugal dissolution: a cross-cultural study. *Curr Anthropol*, 1989; 30:654-76.

- BROCK, D. J. H., SHRIMPSON A. E. Non-paternity prenatal genetic screening. *Lancet*, 1991; 338:1151.
- BUSS, D. M. Paternity uncertainty: the complex repertoire of human mating strategies. *Am Psychol*, 1996; 51:161-2.
- _____. Psychological sex differences: origins through sexual selection. *Am Psychol*, 1995; 50:164-8.
- CHAKRABORTY, R., JIN, L. A unified approach to study hypervariable polymorphisms: statistical considerations of determining relatedness and population distances. In: PENA, S. D. J., CHAKRABORTY, R., EPPLEN, J. T., JEFFREYS, A. J. *DNA fingerprinting - state of the science*. Basel: Birkhäuser, 1993; 153-76.
- IP, N. Y., NICHOLAS, L., BAUM, H., BALAZS, I. Discovery of a novel multilocus DNA polymorphism [DNF24]. *Nucleic Acids Res*, 1989; 17:4.427.
- JAMES, W. H. The incidence of superfecundation of double paternity in the general population. *Acta Genet Med Gemellol*, 1993; 42:257-62.
- JEFFREYS, A. J., TURNER, M., DEBENHAM, P. The efficiency of multilocus DNA fingerprinting probes for individualization and establishment of family relationships, determined from extensive casework. *Am J. Hum Genet*, 1991; 48:824-40.
- LEROUX, M. G., PASCAL, M. T., HERBERT, O., DAVID, A., Moisan J. P. Non-paternity and genetic counselling. *Lancet*, 1992; 340:607.
- LU, H. L., WANG, C. X., WU, F. Q., LI, J. J. Paternity identification in twins with different fathers. *J. Forens Sci* 1994; 39:1100-2.
- MACINTYRE, S., SOOMAN, A. Non-paternity prenatal genetic screening. *Lancet*, 1991;338:869-71.
- PENA, S. D. J., CHABRABORTY, R. Paternity testing in the DNA era. *Trends Genet*, 1994; 10:204-9.
- _____. JEFFREYS, A. J. Breve introdução às impressões digitais de DNA. *Rev. Bras. Genet.*, 1993; 16:857-79.
- _____. MACEDO, A. M., BRAGA, V. M. M., RUMJANEK, F. D., SIMPSON, A. J. G. F10 the gene for the glycine-rich major eggshell protein of *Schistosoma mansoni* recognizes a family of hypervariable minisatellites in the human genome. *Nucleic Acids Res* 1990; 18:7466.
- _____. PRADO, V. F., EPPLEN, J. T. DNA diagnosis of human genetic individuality. *J. Mol Med*, 1995; 73:555-64.
- _____. SANTOS, P. C., CAMPOS, M. C. B. N., MACEDO, A. M. Paternity testing in Brazil by DNA fingerprinting with the multilocus probe F10. *Cienc Cult*, 1993; 45:236-40.

- _____. Determinação de paternidade pelo estudo direto do DNA; estado da arte no Brasil. In: TEIXEIRA, S. F. *Direitos de família e do menor – inovações e tendências*. Belo Horizonte: Del Rey, 1991; 65-81.
- _____. Pitfalls of paternity testing based solely on PCR typing of minisatellites and microsatellites. *Am J Hum Genet*, 1995; 56:1503-4.
- SASSE, G., MÜLLER, H., CHAKRABORTY, R., OTT, J. Estimating the frequency of nonpaternity in Switzerland. *Hum Hered*, 1994; 44:337-43.
- SHERIDAN, R., LLERENA, J., MATKINS, S., DEBENHAM, P., CAWOOD, A., BOBROW, M. Fertility in a male with trisomy 21. *J. Med Genet* 1989; 26:294-8.
- SOKOL, R. Z., SPARKES, R. Demonstrated paternity in spite of severe idiopathic oligospermia. *Fertil Steril*, 1987; 47:356-8.
- TERZOLI, G., LALATTA, F., LOBBIANI, A., SIMONI, G., COLUCCI, G. Fertility in a 47XXY patient: assessment of biological paternity by deoxyribonucleic acid fingerprinting. *Fertil Steril*, 1992; 58:821-2.
- VERMA, R. S., LUKE, S., DHAWAN, P. Twins with different fathers. *Lancet*, 1992;339:63-4.
- WENK, R. E., HOUTZ, T., BROOKS, M., CHIAFARI, F. A. How frequent is heteropaternal superfecundation? *Acta Genet Med Gemello*, 1992; 41:43-7.
- WILCOX, A. J., WEINBERG, C. R., BAIRD, D. D. Timing of sexual intercourse in relation to ovulation: effects on the probability of conception survival of the pregnancy sex of the baby. *New Engl J. Med*, 1995; 333:1517-21.

Temário V

DIREITO DE FAMÍLIA E PROCESSO

MEDIAÇÃO E AS NOVAS TÉCNICAS DE DIRIMIR CONFLITOS

Maria de Nazareth Serpa

Professora de Direito Civil – Puc-MG

Mestre em Direito Civil – Fac. Direito UFMG

Advogada e Mediadora de Família

Sumário

1. Introdução. 2. Alternativa de resolução de disputas – ADR. 2.1. Processos primários. 2.1.1. Negociação. 2.1.2. Conciliação. 2.1.3. Mediação. 2.1.4. *Fact finding* ou facilitação. 2.1.5. *Ombudsman*. 2.1.6. Arbitramento. 2.2. Processos secundários. 2.2.1. *Mini trial*. 2.2.2. *Summary jury trial*. 2.2.3. *Rent a judge*. 2.2.4. Adjudicação. 2.3. Características dos processos primários de resolução de disputas. 2.4. Características dos processos híbridos de resolução de disputas. 3. Origens da mediação. 3.1. Conceito e diferenças. 3.2. Mediação em conflitos familiares. 3.3. Princípios da mediação. 3.4. Objetivos da mediação. 3.5. Áreas da mediação. 3.6. Mediação de separação e divórcio em teoria. 3.7. Origem da mediação em divórcio. 3.8. Enfoque teórico da mediação de separação e divórcio. 3.8.1. Dimensão psicológica da separação e do divórcio. 3.8.2. Pré-divórcio, estação emocional. 3.8.3. Pré-divórcio e estação legal. 3.8.4. Divórcio econômico. 3.8.5. Divórcio comunitário. 3.8.6. Divórcio psíquico. 3.8.7. Pós-divórcio. 4. Processo de mediação em família. 4.1. Estágios do processo mediador em família. 4.1.1. Estágio preliminar – Concordância para mediar: engajamento das partes. 4.1.2. Estágio introdutório – Encontro das partes e criação de estrutura e confiança. 4.1.3. Colocações iniciais das partes. 4.1.4. Identificação das questões. 4.1.5. Facilitando a comunicação e a troca de informações. 4.1.6. Estabelecimento de clima emocional positivo. 4.1.7. Sessões privadas ou *caucus*. 4.1.8. Linguagem corporal. 4.1.9. Criação e desenvolvimento de opções. 4.1.10. Correção de

distorções e mal-entendidos. **4.1.11.** *Brainstorming*. **4.1.12.** Negociar com intervenção neutra. **4.1.13.** Impasse. **4.1.14.** Esclarecimento e redação do termo de compromisso. **4.1.15.** Vinculação das partes ao contrato mediado. **5.** Eficácia da inclusão de crianças no processo de mediação, em divórcio e separação para resolver questões relativas à guarda de filhos. **6.** Conclusão. **7.** Bibliografia.

1 INTRODUÇÃO

Há muito, advogados, juízes, cônjuges reclamam da sobrecarga dos tribunais,¹ do alto custo relativo a tempo e dinheiro dentro do contencioso; da falta de acesso à Justiça por parte de grande faixa da população, da impossibilidade de conseguir-se a conciliação de casais, no processo de separação judicial, e até da corrupção em meio a serventuários da Justiça. O quadro expressa a realidade do sistema judiciário brasileiro, e explica o alto nível de insatisfação da comunidade, que experimenta o dia-a-dia da resolução de conflitos.

O Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID, recentemente, apresentou conclusões sobre estudos dos problemas que afetam os sistemas judiciários da América Latina e salientou os seguintes: perda de confiança da opinião pública; a obsolescência e lentidão dos procedimentos legais; escassez de recursos financeiros; crescente litigiosidade nas relações sociais; procedimentos escritos burocráticos e embaraçados, e como resultante uma progressiva congestão dos trâmites judiciais. A regularização desses serviços ocasionariam uma suspensão, por vários anos, do processamento de novas ações judiciais.²

Não foi nem é diferente em outros países do chamado Primeiro Mundo. A preocupação com a diligência dos processos de disputa, nos tribunais norte-americanos, por exemplo, aliado à grande preocupação com a economia processual de seus cofres públicos, desencadearam uma intensa busca de novas maneiras de resolução das disputas, até então levadas para o Judiciário.

1 Existem, atualmente, mais de 8 milhões de processos pendentes nos tribunais brasileiros. GARCEZ, José Maria R. *A arbitragem na era da globalização*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 2.

2 *Ibidem*.

Os malefícios do processo judicial de separação e divórcio passaram a ser objeto de preocupação, não só do sistema de justiça, como também de profissionais e estudiosos do Direito e de outras disciplinas humanas. Daí por que surgiram correntes de psicólogos, voltados para a terapia de casais, trabalhando com as causas do conflito no casamento, e advogados empenhados em facilitar o processo de separação conjugal, enfocando mais os interesses dentro do conflito, do que as posições dentro da disputa.

Em razão disso, surgiram vários focos de organização de meios para favorecer o entendimento e o acordo nas disputas, que até então tinham como destino os tribunais. Esse, dentre outros métodos, redundou na mediação, um processo chamado, inapropriadamente, alternativo, que, em meio a muitos outros, como a arbitragem, por exemplo, passaram a povoar o universo resolutivo de conflitos, com eficácia, não esperada, a princípio. Esse universo, desenvolvido e ampliado, não só com vistas ao processo judicial de separação matrimonial ou divórcio, mas ocupado com todas as áreas do conflito: público ou privado, civil, comercial, trabalhista e mesmo criminal, compõe um grande número de métodos de resolução de disputas que, atualmente, formam o cabedal de opções, onde partes, representantes e advogados, podem escolher, antes de se definirem pela batalha dos tribunais.

2 ALTERNATIVA DE RESOLUÇÃO DE DISPUTAS – ADR

A sigla ADR foi inicialmente utilizada, nos Estados Unidos, para *Alternative Dispute Resolution*, expressão reservada para designar todos os processos de resolução de disputas, sem intervenção de autoridade judicial.

A despeito da corrente utilização do termo, não só nos Estados Unidos, como Inglaterra, Austrália e outros países, onde esses meios são largamente utilizados, verifica-se impropriedade na denominação. Em primeiro lugar, há que se questionar, a que alternativa se faz referência quando se usa o termo ADR. Alternativa a quê? Presumivelmente, se faz menção ao mecanismo judicial de resolução de disputas. Então, a palavra alternativa, que tem suas raízes no latim *alter* – “o outro”, e que significa a sucessão de *duas* coisas mutualmente exclusivas, explicaria a opção por outro mecanismo, que não o Judiciário, o que por si só, já revelaria a

impropriedade da expressão. Além disso, a maioria dos conflitos, mesmo aqueles que se transformam em disputas, são resolvidos, fora do sistema Judiciário. Este funciona como último recurso pacífico de resolução. Antes, as partes em disputa recorrem ao diálogo, à intervenção de um terceiro, dentro do âmbito familiar ou social, à negociação, manipulação de poder e outros meios. Tudo isso, sem falar nos métodos desenvolvidos nas últimas décadas, como: arbitragem, juízes privados, mediação e outros. Atualmente, a negociação interrompe 90 a 95% do fluxo de ações no Judiciário, com acordos pautados em decisões tomadas pelas próprias partes. As *Court Annexed Mediation*, um bom exemplo, nos Estados Unidos, funcionam como antecâmara do julgamento de ações. Essa combinação revela o posicionamento alternativo do processo judicial, como o momento extremo, rumo à dissolução de um conflito, e não o inverso, com relação ao processo mediador.

O termo ADR, nos dias de hoje, é conhecido, internacionalmente, como designação de uma variedade de meios, que serve de alternativa aos procedimentos adjudicatórios, como a litigação.

O arbitramento está incluído no elenco das chamadas alternativas, porque difere do processo judicial, quanto às formalidades do procedimento. Entretanto, da maneira como é mundialmente utilizado, constitui-se numa variante privada do processo contencioso judicial, onde a figura do árbitro (expressão advinda de *arbítrio*) representa autoridade, com competência para promover uma decisão. Essa decisão deverá ser acatada pelas partes e tem caráter sujeitante. Além disso, na história da ADR, nos Estados Unidos, onde mais se desenvolveu e se desenvolve, o arbitramento sempre teve o seu papel, seja porque seu entendimento é essencial na apreciação de resolução de disputas, de um modo geral, ou porque as práticas e procedimentos do arbitramento muito têm influenciado o desenvolvimento de outros processos, subsidiários ou híbridos, usados como opção, antes do Judiciário. No Brasil, a recente Lei n. 9.307 de 23 de setembro de 1996, culminou uma preocupação, e se coloca como marco do movimento de ADR, no País.

É crescente a variedade de métodos alternativos que compõem o elenco de ADR. As portas desse sistema estão sempre abertas para a inclusão de outros métodos, surgidos, seja como for ou onde for. Apesar da denominação, em inglês, não existem fronteiras para criação e inclusão de novos rumos, técnicas e estratégias. A mediação, por exemplo, como estu-

dada e aplicada, em alguns focos brasileiros, delineiam um modelo peculiar à cultura brasileira, e já pode ser vislumbrada como um modelo brasileiro, pautado no conhecimento e credibilidade do mediador. Isso para se ter uma idéia do quão *apertus* pode ser considerado o mundo da ADR, de um modo geral.

Cabe aqui, então, mencionar, dentro de breve exposição descritiva, o que já existe funcionando no mundo da resolução de disputas, e que pode ser considerado, não como alternativa, propriamente dita, mas como reconhecimento de tudo o que partes em conflito podem fazer, antes do recurso judicial, para resolver suas demandas.

Das mais de quarenta formas de ADR, já catalogadas, expomos seis, chamadas de processos primários, e quatro considerados secundários, escolhidos dentre os mais usados, e que já têm, com dados oficiais, seus méritos reconhecidos, onde quer já foram utilizados.

2.1 Processos primários

2.1.1 Negociação

Pode-se dizer que a negociação é a forma básica de resolução de disputas. Nela, as partes se encontram, diretamente, e, de acordo com suas próprias estratégias e estilos, procuram resolver uma disputa, ou planejar uma transação, mediante discussões que incluem argumentação e arazoamento. Sem intervenção de terceiros, as partes procuram resolver as questões, decidindo disputas mediante discussões que podem ser conduzidas, pelas partes, autonomamente, ou por representantes. A negociação é usada em qualquer tipo de disputa e faz parte do dia-a-dia transacional de advogados.

2.1.2 Conciliação

Quando não faz parte de nenhum aparato processual judicial, é um processo informal. Nele existe um interventor, que atua como elo de comunicação entre partes em litígio. Várias estratégias são usadas pelo interventor para essa ligação, um exemplo, é o próprio uso do telefone. A finalidade é levar as partes ao entendimento, através de identificação de problemas e possíveis soluções. O conciliador apazigua as questões, sem se

preocupar com a qualidade das soluções. Interfere, se necessário, nos conceitos e interpretações do fatos, com aconselhamento legal e mesmo aplicação de normas substantivas e de procedimento, além de informações de outras áreas. Normalmente, o conciliador posiciona-se, e não raro, tenta proteger algum direito existente, entre as partes.

2.1.3 Mediação

É um processo informal, voluntário, onde um terceiro interventor, neutro, assiste os disputantes na resolução de suas questões, pautado na autodeterminação das partes. O papel do interventor é ajudar na comunicação, através de neutralização de emoções, formulação de opções e negociação de acordos. Como agente fora do contexto conflituoso, funciona como um catalizador de disputas, ao conduzir as partes às suas soluções, sem propriamente, interferir na substância destas.

Alguns estudiosos separam essas atividades, classificando a mediação em dois tipos: mediação transformativa e mediação para acordos. Entende-se, contudo, que os diferentes enfoques consubstanciam a mediação como um processo global.

2.1.4 *Fact finding* ou facilitação

É realizado mediante a utilização de um perito, neutro, selecionado pelas partes, com o objetivo de encontrar e clarear fatos. Pode, também, ser processo auxiliar na negociação, mediação ou adjudicação.

2.1.5 *Ombudsman*

Não pode ser chamado de processo, propriamente dito. É o nome dado a um oficial, designado por uma instituição, para investigar queixas e requerimentos, como maneira de prevenir litígios ou facilitar sua resolução. Essa terceira pessoa investiga e dá expediência às queixas do cidadão com relação ao governo; cliente, em face do prestador de serviços; empregado e empregador, com o fito de dirimir controvérsias ou propor mudanças no sistema. Dentre as técnicas utilizadas, estão incluídas a investigação, publicidade e recomendação.

2.1.6 Arbitramento

Nesse processo, as partes concordam em submeter seu caso a uma parte neutra, à qual é atribuído poder para apresentar uma decisão, em face da uma determinada disputa. Os lados em disputa têm oportunidade de apresentar seus casos, com sua própria interpretação factual e legal, testemunhas e arrazoados, através, ou não, de representante. É muito usado nas relações industriais do trabalho, bem como em relações entre comerciantes e consumidores, e também em conflitos familiares, a despeito de alguns entenderem o método inapropriado.

2.2 Processos secundários ou híbridos

2.2.1 *Mini trial*

Pode ser chamado de assentamento estruturado de negociação. É um processo empregado para resolver disputas, que de outra forma, estariam sujeitas à litigação prolatada. O objetivo é propiciar a dirigentes de empresas a resolução de questões negociais, fora do âmbito judicial. O *Mini Trial* é organizado na medida das necessidades dos disputantes e pode incorporar várias formas de ADR. Num dos modelos, os advogados das partes promovem a defesa de um caso, apresentando, de forma abreviada, sua versão dos fatos e argumentação legal, a um painel coletivo. Esse painel é composto de um consultor neutro (normalmente advogado, de renomado saber jurídico) e executivos de ambas as organizações, com poder de decisão. O consultor neutro dá seu parecer, estabelecendo um resultado que seria igual a uma provável decisão judicial, caso a disputa fosse levada ao tribunal. Em seguida, os executivos retiram-se para negociar um acordo, com ou sem a presença do consultor. Em alguns casos, o consultor não chega a dar uma decisão; os próprios agentes o fazem. O resultado só emana da intervenção, quando os dirigentes, a parte, falham em encontrar uma saída para o problema. Algumas vezes, as partes concordam em revestir a opinião do advogado neutro, de força sujeitante. Neste caso, o processo transforma-se em adjudicação. Em outros casos, o consultor age como um facilitador, onde o procedimento se assemelha à mediação, no que se refere ao fornecimento de informações técnicas, com o fito de orientar os disputantes. Ou ainda, em outros casos, funciona

como um *Fact Finding*, onde um profissional investiga as circunstâncias e veracidade dos fatos para melhor instruir o processo.

Essa modalidade tem se revelado de grande utilidade, principalmente em disputas entre grandes empresas, e quando seus conflitos envolvem provas factuais, e questões legais ao mesmo tempo.

2.2.2 *Summary Jury Trial*

Este processo é uma adaptação de alguns conceitos de *Mini Trial*. Consiste numa breve exposição do caso, por advogados, a um júri simulado. Mesmo sem autoridade judicial, são arrolados dentro da mesma população de um júri oficial. O veredito de júri simulado não sujeita as partes, mas auxilia no entendimento de seus casos, e as encoraja ao acordo. Este processo é, geralmente, recomendado pelos tribunais, nos Estados Unidos, ainda que não haja consenso das partes, quanto a sua aplicação.

2.2.3 *Rent a judge*

São também chamados de tribunais privados, e estão disponíveis onde as normas processuais ou constitucionais permitem a juízes referendar um juiz particular. Este, normalmente um juiz de Direito aposentado, é pago pelas partes, para prolatar uma sentença. Diversamente dos tribunais privados, suas decisões propiciam, apelação. As partes, voluntariamente, aceitam, submetem-se a esse processo, para evitar a delonga dos tribunais e minimizar custos e outros efeitos negativos do processo judicial.

2.2.4 Adjudicação

É um processo formal, para questões em que uma decisão é imposta judicialmente, baseada em provas e aplicação de leis aos fatos. Apresenta uma terceira pessoa, com poder de impor uma solução aos disputantes. Normalmente, produz um resultado: perdedor/ganhador. No processo adjudicatório, é dada às partes chance de apresentar provas documentais e testemunhais, além de argumentação doutrinária e interpretação legal. É, usualmente, feito através de advogados.

A não ser pela diferença de procedimento, pouco difere do processo judicial comum.

2.3 Características dos processos primários de resolução de disputas

Características	Adjudicação	Arbitragem	Negociação	Mediação
Voluntário/ Involuntário	Involuntário	Voluntário	Voluntário	Voluntário
Sujeitante/Não- Sujeitante	Sujeitante passível de apelação	Sujeitante, sujeito à revisão em campo limitado	O acordo tem força contratual	O acordo tem força contratual
Intervenção da terceira parte	Imposta. O terceiro neutro tem poder de decisão, geralmente sem especialização em litígio	Selecionada pela parte. O terceiro tem poder de decisão. Geralmente usa perito especia- lizado na matéria.	Sem intervenção de terceiro. Às vezes, com representação.	Selecionada pelas partes. Neutro condutor. Usualmente com especialista na matéria.
Grau de formalidade	Formalizado com alto grau de estruturação. Regras rígidas e predeterminadas.	Processualmente menos formal. Normas de direito substantivo podem ser adotadas pelas partes.	Usualmente informal	Usualmente informal. Não estruturado (a não ser quando estipulado pelas partes).
Natureza do processo	Oportunidade para cada parte apresentar provas e argumentos.	Oportunidade para cada parte apresentar provas e argumentos.	Não está limitado à apresentação de provas, argumen- tos e interesses.	Não está limitado à apresentação de provas, argumen- tos e interesses.
Resultado	Decisão baseada em princípios de direito. Embasada por arrazoada opinião.	Decisão: embasada por princípios jurídicos e opiniões arrazoadas/ Compromisso sem opinião.	Conclusão e acordo mutua- mente aceitáveis.	Conclusão e acordo mutua- mente aceitáveis.
Interesse	Público	Privado, a não ser quando exigir revisão judicial.	Privado	Privado

2.4 Características dos processos híbridos de resolução de disputas

Características	<i>Private judging</i>	<i>Fact Finding</i>	<i>Mini Trial</i>	<i>Ombudsman</i>	<i>Summary Jury Trial</i>
Voluntário/ Involuntário	Voluntário	Voluntário/ Involuntário	Voluntário	Voluntário	Involuntário
Sujeitante/ Não-Sujeitante	Sujeitante. Passível de apelação.	Não-sujeitante. Resultados podem ser aceitos.	Se resulta em acordo, tem força contratual.	Não-sujeitante.	Não-sujeitante.
Terceiro interventor	Selecionado pelas partes com poder de decisão. Pode ser um juiz togado ou advogado.	Terceiro neutro interventor, com especiali- zação no as- sunto e perícia na matéria. Pode ser sele- cionado por decisão judicial ou pelas partes.	Consultor selecionado pelas partes, algumas vezes com especiali- zação e perícia na matéria.	Terceiro interventor, selecionado pela instiitui- ção.	Júri simulado, arrolado pelos tribunais.
Grau de formalidade	Procedimento legal mas altamente flexível, quanto a local e procedimento.	Informal	Menos formal que a adjudica- ção; regras de procedimento podem ser determinadas pelas partes.	Informal	Regras de procedimento são fixadas; menos formal que adjudica- ção.
Natureza do procedimento	Oportunidade para cada parte apresentar provas e argumentos.	Investigatório	Oportunidade e responsabili- dade de apresentação de breves provas e argumentação.	Investigatório	Oportunidade para cada parte apresentar sumariamente provas e argumentos.
Resultado	Decisão basea- da em princí- pios de direito, às vezes estru- turada por con- clusões sobre fatos e leis.	Relatório pericial ou testemunha.	Acordo mutuamente aceitável.	Relatório	Veredito de consultor.
Interesse	Privado a não ser que deter- minado por força judicial.	Privado a não ser que apresentado judicialmente.	Privado	Privado	Usualmente público.

3 ORIGENS DA MEDIÇÃO

O verbo latino *mediare*, que significa mediar, dividir ao meio, intervir ou colocar-se no meio, deu origem ao termo mediação. Modernamente, e numa acepção restrita, esse termo significa a maneira pacífica e não-adversarial de resolução de disputas na qual, indivíduos, ou grupo de indivíduos, em disputa, facilitados por um terceiro neutro interventor, propiciam às partes, a consecução de um acordo, no qual ambas possam interagir e satisfazer interesses. De acordo com a área de ocorrência dos conflitos, características das partes envolvidas, e especialidade do mediador, são diferenciadamente chamadas de: mediação trabalhista, mediação comercial, mediação familiar, e outras.

Entretanto, mediação não se constitui numa maneira nova de resolver questões conflituosas, em disputa. O recurso, que vem sendo utilizado há milênios em algumas civilizações, obedece à forma e características da cultura que o adota. Na China, por exemplo, representa os ditames da filosofia de Confúcio e está baseada em princípios de moralidade, dos quais o acordo e o entendimento, entre partes em conflito, são revestidos.

O conceito de moralidade para os chineses, por tradição, contrapõe-se ao de legalidade. Para estes, quando partes em conflito utilizam os tribunais e a lei (LA), para resolver disputas, em detrimento do acerto direto e da negociação (LI), o fazem contrariando ditames de moral e de bons costumes.

O exemplo chinês, por si só, dá uma idéia de que a mediação tem como princípio filosófico o adágio de que, “mais vale um mau acordo do que uma boa demanda”. Mas não é no conformismo e no “deixa pra lá” que se baseia a mediação. Parte da idéia de que, partes em disputa, através da negociação de interesses e não posições acirradas, podem chegar a resultados que, efetivamente, satisfaçam e favoreçam a todos os envolvidos.

Encontrados em diversas feições, em diferentes lugares, passando pela África (*moots*), Europa (*El Defensor del Pueblo*, *Ombudsman*, *Le Mediateur de la Republique* e outros) e América (em meio a grupos religiosos como os *Quakers*, a rabinos, dentre os judeus), chegou aos dias atuais como “um ovo de Colombo”. Mas foi nos Estados Unidos, nas duas últimas décadas, que a mediação passou a ser, sistematicamente, estudada. Com base na prática de alguns mediadores, e em razão da necessidade de buscar soluções outras para os males do Judiciário americano, teve sua teoria desenvolvida.

3.1 Conceito e diferenças

Mediação é um *processo* de resolução e não um sistema de estrutura judicial. O Direito é uma estrutura, o sistema legal é uma estrutura. O processo conduz as partes ao acomodamento, e desenvolvimento de um novo sistema composto de normas individuais, sociais, legais, existentes no contexto interno de cada indivíduo, em conflito, e aplicáveis ao seu relacionamento, com outro indivíduo, ou outro grupo de indivíduos. Muitas vezes, esse aparato não diverge da estrutura legal, mas a esta não se submete. Em virtude disso poder-se-ia afirmar, de acordo com o entendimento de Fuller,³ que a diferença entre um juiz e um mediador é que o primeiro ordena as partes à conformidade com a lei e o mediador conduz as partes a se conformarem com essas regras. Para ser mais correto, há que se dizer que mediação é mais do que essa conformidade, porque seu objetivo não é enquadrar a disputa em nenhuma estrutura preestabelecida, mas conduzi-la à criação de uma estrutura própria, mediante a criação de normas relevantes para as partes. Numa negociação sobre pensão alimentícia de filhos, por exemplo, o mediador orienta o casal, na definição de seus próprios direitos e deveres, para com o filho, num ajuste de tempo, disponibilidade, dinheiro que jamais poderá se enquadrar, em *totum*, a qualquer sistema legal, como tal, genérico e abstrato. Não se parte de uma estrutura para a orientação, ou constrangimento do processo. A mediação é que produz a estrutura a ser adaptada ao caso, através de condução do interventor, e completa autodeterminação das partes.

A mediação tem sido confundida com outros processos alternativos e mesmo com intervenções já contempladas pelo Código de Processo Civil, como a conciliação. Nesta última, o papel do interventor difere do mediador, porquanto este desempenha uma função muito mais ativa, em termos da facilitação para o acordo, sendo passivo quanto ao mérito, ou enquadramento legal da disputa. Não se limita a ajustar a situação conflituosa o que, basicamente, é feito na conciliação, pelo juiz, no exercício de sua autoridade para influenciar as partes, na aceitação de normas legais.

Com relação à arbitragem, a mediação comporta diferenças, bem mais definidas. No primeiro a intervenção do terceiro é pautada no poder outorgado pelas partes para definir e decidir sobre o mérito da disputa. A mediação reveste as partes, do mesmo poder de que é revestido o árbitro,

3 FULLER, Lon. Mediation its forms and functions. *California Law Review*, v. 44, *et seq.* Spring, p. 305.

deixando para o mediador somente a autoridade de guardião do processo, e a conseqüente possibilidade de conduzir as partes à decisão, com o poder que lhes é facultado.

Modernamente, o advogado desempenha funções de negociador, com grandes vantagens para sua profissão. Essa atividade, também, tem sido confundida, com certa lógica, com mediação. Negociar é a palavra de ordem, é parte integrante do processo mediador, porquanto é através do ajuste de interesses das partes, que a mediação se faz. Contudo, a negociação, propriamente dita, é feita de forma direta, ou através de representação, e dispensa a presença de terceiro interventor. Somente quando a comunicação entre as partes é precária, a negociação direta se torna inviável, é que o mediador é solicitado, no sentido de facilitar sua aplicação, na busca do acordo.

3.2 Mediação em conflitos familiares

Nos casos, em que a mediação envolve Direito de Família, algumas vezes, é confundida com reconciliação, conciliação, aconselhamento ou terapia.

A reconciliação tem como meta principal salvar o casamento, ou recuperar o relacionamento conjugal. Esse objetivo pode ser conseguido, numa mediação familiar, mas não define o processo mediador. Na reconciliação, a parte interventora funciona como protetor do vínculo matrimonial e trabalha com as partes, no sentido de destruir suas posições e restabelecer o liame, sob ameaça de ruptura. Esse papel, no processo tradicional de separação e divórcio, está previsto em norma processual e é desempenhado pelo juiz, que se empenha no convencimento das partes, pela recuperação do vínculo matrimonial.

A conciliação, no processo de separação e divórcio, é o que vem sendo feito em escritórios de advocacia, inapropriadamente com o título de mediação. Os cônjuges em litígio são levados a concordar com disposições legais, ou de interesse de uma parte em particular, como forma de facilitar o andamento do processo judicial, ou mesmo para encerrar o processo conflituoso. Essa intervenção nem sempre consegue resolver o conflito.

A manifestação de conflitos psicológicos está presente no desenrolar da mediação, e é considerada componente de encaminhamento do processo ao objetivo de resolução do conflito. Entretanto, a mediação não comporta auxílio para auto-administração ou auto-análise do componente conflituoso das partes. Isto é: não propicia exame de causa e efeito, ou mesmo

compreensão e aceitação dessas causas. Por essa razão, mediação de casais, que tenha como objetivo principal a consecução de qualquer acordo, não pode ser confundida com terapia. Mesmo assim, alguns profissionais da área da saúde têm desenvolvido terapia de casais, desempenhando, simultaneamente, o papel de mediador, em algumas questões. A atividade terapêutica, assim desenvolvida, permite identificar um tipo híbrido de mediação. O que pode ser chamado de Med Terapia.

Alguns autores separam o trabalho de reconhecimento do conflito, feito pelas partes, reciprocamente e em si próprias (*recognition*), classificando-o como mediação transformativa. Na realidade, esse reconhecimento, além do poder de resolução do qual são revestidas as partes, se consituiem em partes do processo de mediação propriamente dita. Não pode se constituir em objetivo do processo.

Em todos esses casos é preciso, sempre, identificar e isolar o processo mediador, como intervenção neutra, voltada para a facilitação e encaminhamento de todas as questões da disputa em direção ao acordo, mesmo que objetivos intermediários possam ser salientados.

3.3 Princípios da mediação

Para o desempenho das funções de administrador, comunicador, negociador, catalizador, facilitador do processo, e outras, o mediador conta com um elenco de princípios, totalmente diferentes dos encontrados nos processos adversariais de resolução de conflitos. Esses princípios, atualmente, estão consubstanciados em todas as legislações estaduais americanas, que têm regulada a mediação.

Voluntariedade das partes - Não há como obter um bom resultado na mediação, se esta não contar com a livre disposição das partes em cooperar dentro do processo. A confiança de que se pode chegar a bom termo nas negociações depende da vontade e empenho efetivo das partes. São estas, em última análise, as responsáveis por todas as decisões relativas ao seu caso, inclusive a própria decisão de ter a disputa mediada. Nos Estados Unidos, onde a mediação existe como instância preliminar à fase de julgamento do processo judicial, as partes são consultadas quanto à aceitação do processo mediador. São as famosas *Court Annexed Mediation*, para ações cíveis de maior valor, ou as *Family Court Annexed Mediation*, existentes em muitos Estados americanos. Para as sessões recomendadas pela Corte, as partes,

mesmo sendo obrigadas a comparecer, podem, em qualquer momento, a partir do comparecimento à sala de mediação, recusar-se a participar ou continuar com o processo.

Não-adversariedade – No processo judicial comum, na arbitragem, e em muitos outros processos de resolução de disputas existentes, as partes tomam fileiras opostas. Trabalham e esperam, mesmo sem maior controle, por uma decisão que as favoreça ou desfavoreça. Saem ganhadoras ou perdedoras pelas decisões que, normalmente, devem acatar. O processo mediador funciona como um redutor de hostilidade, enquanto encoraja as partes a comunicarem e cooperarem entre si, reduzindo o posicionamento inicial a uma colocação trinitária, ou seja, substituindo o binômio ganhador/perdedor, por ganhadores/ganhador/perdedor. De acordo com o princípio, o alvo das partes a ser o problema, e não a outra parte ou seus interesses.

Presença de terceiro interventor – Esse elemento dentro da mediação, juntamente com as partes e eventualmente, advogados ou consultores, formam o conjunto capaz de levar uma disputa à resolução, na forma de acordo. No triângulo, duas partes e mediador, este último é o terceiro responsável pelo processo. A intervenção se dá de forma a dirigir a negociação entre as primeiras, possibilitando e facilitando a comunicação, com técnicas desenvolvidas com essa finalidade.

Neutralidade e imparcialidade da intervenção – O terceiro interventor deve, dentro do processo, manter absoluta neutralidade, não adentrando no mérito da disputa, nem pendendo por qualquer das partes, seja em razão de desequilíbrio de poder, questão de justiça, preferência ou vinculação. O maior valor desse processo está na crença de que as partes, bem como seus conflitos, estão livres de qualquer tipo de julgamento, dentro do processo. O mediador tem de funcionar como a brisa que sopra a folhagem de uma árvore, sem interferir na sua essência ou impedir a sombra que projeta.

Autodeterminação das partes – Mediante esse princípio, as partes são revestidas da autoridade de elaborar, discutir e decidir qual solução deverá ser aplicada ao seu caso. Esse poder as faz responsáveis, não só pelo resultado das negociações, como pelo andamento do processo. O poder que lhes é conferido tem o condão de recuperar o controle de sua disputa, das mãos de

representantes, juízes, árbitros ou outras autoridades. O Estatuto da Flórida, no seu Capítulo 44.1011, com relação a esse princípio, estabelece:

- a)** o direito das partes de decidir. As decisões deverão ser tomadas, voluntariamente, pelas próprias partes;
- b)** proibição de coerção no processo mediador. O mediador não pode coibir ou influenciar qualquer uma das partes em direção ao acordo e não deve tomar qualquer decisão substantiva pelas mesmas;
- c)** proibição de falsa ideologia na mediação. O mediador não deve, intencional ou com conhecimento, camuflar fatos materiais ou circunstanciais, no curso de condução do processo.”

Informalidade e flexibilidade do processo – A mediação não é um processo rígido e não está condicionado a nenhum sistema normativo, genérico e preestabelecido, substantivo ou processual. Sua estruturação dependerá, *in totum*, da situação, arena da disputa e da substância das questões a serem discutidas, ou discutidas. Mesmo as normas processuais, emergentes no processo, têm um caráter privado e único.

Privaticidade do processo e consensualidade da resolução – A mediação não é um processo criado para defender direitos individuais. Nem, a exemplo dos contratos, está baseado em leis civis, ou somente no princípio da autonomia da vontade, que conta com proteção legal. A vontade das partes é soberana, e prevalece com relação ao processo e às decisões tomadas de comum acordo, mas não se sobrepõe à outra parte. As decisões só vinculam as partes, na medida do entendimento, reconhecimento, concientização e aceitação, mútuos.

Confidencialidade – Esse princípio norteia toda a mediação. O processo é de natureza privada e absolutamente confidencial. Toda e qualquer revelação prestada durante as sessões, tanto conjuntas quanto privadas, estão revestidas de proteção contra publicidade ou qualquer tipo de divulgação, quer no âmbito externo ao processo, quer de uma parte em relação a outra.

3.4 Objetivos da mediação

O processo de mediação, em si, segundo o entendimento de alguns, intenciona administrar o conflito. Para aqueles, mesmo que todas as ques-

tões da disputa não sejam resolvidas, o conflito pode ser delineado, entendido pelos participantes e reduzido a um nível administrável. O objetivo principal da mediação, entretanto, é o acordo entre as partes, ou seja, a esquematização e organização de um plano para futuras relações de pessoas envolvidas num conflito. Para tanto, o processo estabelece, como objetivo imediato, a liquidação das diferenças, entre os participantes. Essa liquidação comporta determinadas metas intermediárias, que são obtidas através de técnicas de:

1. Redução de obstáculos de comunicação existentes entre as partes.
2. Consideração das necessidades de cada envolvido.
3. Maximização do uso de alternativas.
4. Preparação dos participantes para aceitar as conseqüências de suas próprias decisões.
5. Redução da ansiedade e outros efeitos negativos do conflito.

Todas essas metas, então, podem ser simplificadas como objetivo principal da mediação: a produção de um plano de ação para o futuro das relações entre os disputantes, de maneira a que eles o possam cumprir. Em suma, o acordo viável e que, mesmo com necessidade de ajustes posteriores, tenha educado as partes, em como melhor consegui-lo, a despeito das questões conflituosas.

3.5 Áreas da mediação

As estratégias, entretanto, para se levar as partes a um acordo, dependerá de alguns outros fatores e elementos que são peculiares a determinadas áreas de ocorrência do conflito. Modelos e estratégias são desenvolvidos, em torno de cada área, contudo, independentemente da área de utilização do processo, os vários tipos de mediação conservam os mesmos princípios, objetivos e elementos, observados na mediação, de um modo geral.

Dentre as áreas, onde a mediação tem sido, eficazmente, aplicada, salientam-se as seguintes disputas: comerciais, civis e demandas envolvendo quebra de contrato; demandas industriais e do trabalho; questões de vizinhança e comunitária, envolvendo propriedade, posse etc.; questões públicas e conflitos sociais; conflitos internacionais e disputas familiares.

Na família, a mediação é usada, na maioria dos casos, para ajudar casais em processo de separação e divórcio. Nesses casos, milita com o

conflito, envolvendo guarda de filhos, pensões alimentícias, partilha de bens, uso do nome do marido, etc. Além desses, atende, com grande eficácia, a conflitos oriundos de liquidação de sociedade conjugal de fato, propriedade, finanças, heranças, custódia e administração de bens, relação entre pais e adolescentes, irmãos e outros membros dentro da família.

É importante notar que todos os conflitos ocorrentes na área familiar estão sempre revestidos do condimento psicológico. Nem sempre é possível reduzir as questões a obrigações pecuniárias.

3.6 Mediação em separação e divórcio

As últimas décadas propiciaram um avanço em estudos psicológicos. A ciência criança, como é chamada a Psicologia, passou, também, a ser instrumento de auxílio na resolução de conflitos, que se transformam em disputas, principalmente, na área da família. O divórcio deixou de ser considerado, então, um processo puramente legal para terapeutas. Por outro lado, profissionais do Direito conscientizam-se, cada vez mais, das limitações da lei, para tratar dos conflitos entre cônjuges, e vêm, na psicoterapia, um recurso de primeira linha, para tratar com disputas no setor familiar, e mais especificamente, nos processos de separação e divórcio.

A teoria do divórcio movimentou, também, estudos sociológicos, à medida que passou a considerar o conflito na família, na sua decorrência de fatores sociais. Passou, por isso, a identificar esses fatores, dentro do processo conflituoso de divórcio, integrando-o a partir de uma perspectiva múltipla. Os recursos da Assistência Social, principalmente no que se refere à dados sociológicos como causa da disputa, apresentados como informação, no processo mediador, não podem ser descartados.

De uma visão dimensional, simplesmente legal, o processo de divórcio e separação conjugal transformou-se num processo multidimensional. Além do Direito, integram o estudo da resolução dos conflitos de família, a Psicologia e a Sociologia.

A resolução de disputas, dentro do processo de separação e divórcio, conseqüentemente, tem de comportar, nos dias de hoje, um trabalho sistêmico. Não se pode desenvolver, isoladamente, o contexto conflituoso familiar e sua resolução, como um problema legal, psicológico ou social. Todos os aspectos se entrelaçam, e têm na mediação a chave do clareamento, que permite às partes serem conduzidas ao acordo.

3.7 Origem da mediação em divórcio

Frustrado com os acontecimentos drásticos de seu tumultuado divórcio judicial e, ao mesmo tempo, incentivado pelos mesmos acontecimentos, O. J. Coogler, um advogado e terapeuta de família, em 1973, fundou o *Family Mediation Center*, em Atlanta, Georgia. Esse fato constituiu-se em passo importante, rumo à difusão e aplicação da idéia do divórcio multidimensional, a associação de Direito e Psicologia, nos processos de separação e divórcio. Essa idéia foi popularizada nacionalmente, nos Estados Unidos, em 1978, quando Coogler publicou seu livro *Structured Mediation in Divorce Settlement*.⁴ Nessa obra, o autor propõe uma estrutura processual que envolve uma terceira parte, como mediadora, capaz de assistir a casais, em casos de divórcio, que facilita a comunicação entre os cônjuges, e propicia, como consequência, o entendimento com relação a finanças, divisão de propriedades, pensões, guarda de filhos, etc.

O divórcio sem culpa, introduzido na Califórnia, na década de 70 e adotado, pela maioria dos Estados americanos, logo em seguida, facilitou o processo de divórcio judicial, mas não eliminou a necessidade de casais de buscarem ajuda, de psicólogos e advogados, para efetivarem suas separações. Isso favoreceu, ainda mais, a implantação do divórcio multidimensional.

Vários motivos, enumerados por Joan Blades, mediadora de família, em New Jersey, dão uma idéia de como se deu a facilitação e objetivação da idéia do divórcio multidimensional. A eficácia do processo tem atraído casais em disputa, para esse campo:

“1. A prática da utilização de dois advogados, para elaboração e redação de eventuais acordos, por cada cônjuge, em separado, passou a ser eliminada, pelas seguintes razões:

a) os casais passam a reconhecer que somente eles sabem o que é melhor para ambos, e não vêm necessidade de diversificar o trabalho com dois profissionais para aconselhamento, em busca do acordo;

4 FOLBERG, Jay, MILNE, Anne. *Divorce mediation - Theory and practice*. New York, London: The Guilford, 1988, p. 6.

- b)** normalmente, já tendo iniciado o processo de divórcio, passaram por dificuldades e concluíram pela não-necessidade de representação, e, sim, esclarecimento da situação, através de informações legais;
- c)** espelham-se em amigos, cujo divórcio se transformou em guerra, depois de terem sua disputa polarizada por diferentes posturas jurídico-advocáticas;
- d)** não só necessitam economizar dinheiro, em honorários, como não vêm razão para o pagamento duplicado, pela existência de diferentes advogados.

- 2.** Casais que faziam terapia em conjunto, retornavam a seus terapeutas porque encontravam dificuldades em negociar as questões de divórcio, com dois advogados.
- 3.** Profissionais, tanto da área jurídica quanto da saúde mental, insatisfeitos com os resultados contraprodutivos do sistema adversarial, decidem propiciar aos casais uma forma de trabalhar produtiva e pacífica, com a necessária assistência legal e psicológica.”

O processo multidimensional de separação e divórcio já é um mecanismo que se impõe, cada dia mais, à realidade da família e do seu Direito, nos dias atuais. Não só pela facilitação do tempo de separação, como com vistas ao futuro das relações, mais e mais profissionais, e cônjuges associados continuam dando azo à melhor aplicação e estruturação dessa nova maneira de enfocar o divórcio, ou seu processo judicial.

3.8 Enfoque teórico da mediação de separação e divórcio em teoria

Pelas características especialíssimas e complexas das disputas em família, a mediação em divórcio e separação de casais ocupa um espaço à parte, no estudo da mediação. A situação de ruptura envolve aspectos legais e, ao mesmo tempo, canaliza um emaranhado de questões psicológicas e emocionais. Os laços íntimos que permeiam o relacionamento de homem e mulher, nesse contexto, são extremamente delicados e se sobrepõem ao seu poder sobre coisas. O amor e o desamor são sentimentos próximos, contróvertidos mas, normalmente, escondem-se atrás de questões práticas e legais e se manifestam nas posições polarizadas de cônjuges, em litígio.

Nesse contexto de disputa, se as partes não buscam o caminho de decisão própria, arriscam-se a ter de acatar soluções sobre seu questiona-

mento prático e jurídico, que ficam longe do desejável, e muito menos do que seria apreciado, por ambas as partes.

A mediação entende que as emoções associadas ao divórcio são parte integral do processo de resolução, e como tal, têm de ser reconhecidas. O processo judicial, à medida que tem por finalidade resguardar direitos hipotéticos, não tem espaço para essa consideração. Os componentes emocionais podem ser administrados, na mediação, de maneira tal, que não sejam meramente suprimidos, mas se constituam em veículos de reconhecimento, das questões em exame. Caso contrário, acarretam, mais tarde, o ressurgimento do conflito, na forma de revisões judiciais.

Diante do quadro multidimensional da disputa, quando ocorrente em processo de separação e divórcio, para que se possa definir mediação, é necessário focar vários elementos do processo, numa visão unificada. Há que se ter, no quadro definidor, o objeto da mediação, o *background* do mediador e o campo onde a mediação é oferecida.

Assim sendo, um mediador, que tenha formação em Assistência Social, define mediação salientando a divisão econômica integrante do processo, ao passo que o terapeuta, imbuído da tarefa de ajudar os conflitantes a superar os malefícios da situação, e a prosseguir diante da realidade do desfazimento do casamento, tende a definir, como sendo esse entendimento e aceitação, o objetivo da mediação. Nas ciências jurídicas o processo é visto, preponderantemente, sob o enfoque contratual e legal.

Entende-se, conseqüentemente, que mediação em divórcio e separação não é tratamento, pois não conta com nenhum tipo de diagnóstico. Não é propriamente disputa, porque elimina o aspecto adversarial e competitivo da negociação. Não é arbitramento, em razão de que, não tem como encargo descobrir e prover soluções para as partes. Não é terapia, nem consultoria. Mediação, nessa área do conflito familiar, seja qual for a especialidade do mediador, tem de ser compreendida como um processo, com objetivos definidos, que comportam serviços indicados para ajudar cônjuges, a superarem e resolverem questões que abrangem contextos variados, tais como:

1. melhorar a comunicação entre o casal;
2. maximizar a exploração de alternativas de solução para as questões em disputa;
3. propiciar a consecução de um acordo, considerado justo pelos cônjuges;
4. estabelecer um modelo de resolução de conflitos para o futuro relacionamento da família, dentro da nova conformação.

A realização dessas metas concretiza-se pela utilização e contribuição, em igual importância, de todas as áreas de formação profissional mencionadas. A mediação situa-se e efetiva-se no esforço e coordenação, concentrados, da advocacia, terapia e assistência social. Dessa forma, define-se mediação em divórcio como o processo que, através do uso de técnicas de facilitação, aplicadas por um terceiro interventor numa disputa, estabeleça o contexto do conflito existente, mediante técnicas da ciência da Psicologia; identifique necessidades e interesses, por meio de recursos em Assistência Social e produza decisões consensuais, com a ajuda do Direito.

3.8.1 Dimensão psicológica da separação e do divórcio

Sem dúvida, o assunto mais complexo e delicado para um mediador, de formação jurídica, dissertar a respeito é a teoria pertinente à dimensão psicológica do divórcio e da separação. Como estudo introdutório, entretanto, alguns trabalhos podem oferecer, a advogados, informação teórica compatível ao cabedal desses profissionais. *Florence Kaslow*, mediadora de família e psicoterapeuta de casais, em West Palm Beach, Flórida, responsável pelo setor de mediação do *Florida Couples and Family Institute*, apresenta uma teoria, denominada “diacética” (oclusão dos termos eclético e dialético). Essa teoria foi baseada nas seis⁵ estações do processo psicológico de divórcio, desenvolvida por *Bohannon*, estudioso dos aspectos multidimensionais da ruptura matrimonial.

O processo de separação ou divórcio é dividido, preliminarmente, por *Kaslow*, em dois estágios: pré-divórcio e divórcio, propriamente dito. Encaixa, em cada fase, estações que *Bohannon* descreve com sendo:

1. divórcio emocional;
2. divórcio legal;
3. divórcio econômico;
4. divórcio de parentesco;
5. divórcio de comunidade; e
6. divórcio psíquico.

A seqüência oferece uma visão teórica da dinâmica do divórcio, em face da mediação.

5 KASLOW, Florence W. Reclaiming professionals: the lwyers role in divorce mediation. *Family Law Quarterly*, v. 28, n. 2, p. 199, Summer, 1992.

3.8.2 Pré-divórcio, estação emocional

Também chamada, por vários outros estudiosos da matéria, fase de desilusão e erosão,⁶ representa o momento em que os cônjuges experimentam sentimentos de insatisfação, em face do casamento. Esse sentimento é demonstrado através de críticas ao outro e tentativa de envolver filhos, amigos e até vizinhos, na situação. A estação emocional pode ser breve ou prolongada, dependendo da interferência de terceiros, e da forma como se dá essa interferência.

Existe sempre um cônjuge, “sufocado” que, na ausência de situações de dependência, servilidade, etc., tende a se rebelar, definindo a fase pré-separatista.

Nessa fase, os cônjuges, quando esclarecidos, procuram terapia em conjunto ou mesmo terapia individual. Na terapia conjunta, segundo os especialistas, em 30 dias o casal tem condição de afigurar se o casamento pode ter continuidade ou deve seguir para o divórcio.

Na prática, o grande problema da intervenção de terceiro é a possibilidade de transformar o mediador em *going in between* (leva e trás). Quando ocorre a definição de posições: um cônjuge insiste em manter o vínculo e o outro em dissolver, o mediador é colocado como parte de um triângulo e o processo permanece estagnado, sem possibilidade de caminhar, rumo ao acordo. A continuação da intervenção terapêutica pode facilitar a continuação e ainda propiciar a mediação.

3.8.3 Pré-divórcio e estação legal

A fase do pré-divórcio se extingue quando as partes, esgotados os recursos terapêuticos, sociais e familiares, para conter a escalada descendente do casamento, e imbuídos da ânsia de proteção para seus direitos individuais, bifurcam-se em busca de reforço.

Nesse patamar termina a intervenção emocional, terapêutica ou não, e inicia-se o divórcio legal. Essa fase é caracterizada pelo estabelecimento de um campo de batalha, onde os advogados funcionam como escudo dos cônjuges contra as manobras de um e de outro. Normalmente, tentam obter

6 KESSLER, S. *Creative conflict resolution: mediation*. Atlanta: GA National Institute for Professional Training, 1978.

o sucesso que esperavam da terapia, agora da intervenção advocatícia. Os conflitos psicológicos, não resolvidos ou não enunciados, ficam camuflados, e se cristalizam com polarização das partes, em posições rígidas.

Com a mediação, o ainda casal se perfila nas mesmas alas. Tendo os filhos como baluartes, inicia uma batalha contra os conflitos, e não um cônjuge contra o outro. Todavia, o início da estação legal não quer dizer a extinção de componentes emocionais. Muito pelo contrário, os sentimentos se modificam, percorrendo desde a confusão, tristeza, solidão, alívio, arrendimento, aceitação, até a autonomia. A intensidade emocional é diferenciada, mas, remarcadamente, de muito custo. Nessa fase, a continuação com o terapeuta ainda é aconselhada.

O advogado, aqui, toma as rédeas da situação. No sistema adversarial, como protetor de uma posição; na mediação, como interventor, neutro, facilitador da identificação de interesses e ajustes de ambas as partes. Será o mediador advogado que, com maior propriedade, atenderá aos aspectos legais, familiares e até econômicos do divórcio.

3.8.4 Divórcio econômico

A divisão forçada do patrimônio do casal, adquirido durante a vigência da sociedade conjugal, é uma experiência traumática. No divórcio econômico, elaborado no sistema adversarial, não há como escapar da contingência obrigatória da decisão judicial ou dos ditames da lei. A mediação contorna essa violência e, tanto quanto possível, considera a paulatina separação física do casal, junto com a separação dos bens.

Com igual ou maior atenção, o mediador canaliza arranjos, com relação à guarda de filhos, visitas e a provável modificação do nome da mulher. Finalmente, o mediador, retornando às suas funções puramente advocatícias, ajuíza o acordo conseguido, para devida homologação.

O divórcio econômico ainda comporta sentimentos de insegurança e vazio com relação ao futuro. Mais acentuadamente, isso é observado, por terapeutas, nos filhos de casais em processo de separação. O trabalho desses profissionais continua nessa fase. O mediador advogado já terá findado sua intervenção.

3.8.5 Divórcio comunitário

Nesse contexto, idealmente, deverá correr a intervenção de um terceiro profissional. Trata-se do assistente social, que deverá reintegrar os com-

ponentes dessa metamorfose numa nova realidade. Os ex-cônjuges se articulam na estruturação de nova identidade social, novos amigos, novo estilo de vida, etc. O papel do assistente social é cooperar na viabilização das metas profissionais e educacionais, para os componentes, despojados de seu aparato anterior, dentro do casamento. Normalmente, a mulher é a parte que mais se desarticula e necessita de ajuda, nessa fase do divórcio. Seu desempenho profissional, muitas vezes voltado para atividades, dentro do domicílio conjugal, demanda maior transformação e complementação. Essa necessidade costuma justificar e acarretar a estipulação de pensão alimentícia para o cônjuge em desvantagem, para propiciar seu retorno ao desempenho de nova atividade profissional. Nos Estados Unidos é comum o retorno à educação para melhor adaptação.

3.8.6 Divórcio psíquico

O denominado divórcio psíquico coroa a separação, e é caracterizado por sentimentos de aceitação, em primeiro lugar. Logo em seguida, dá-se a reconstrução de autoconfiança, nova energização, autovalia, compleitude e, principalmente, independência e autonomia. É o recomeço de uma nova vida, porque o divórcio é a interrupção de todos os planos e realizações dos cônjuges. Significa a frustração de todas as expectativas anteriores, o que vale dizer, a morte. Enterrar tudo e recomeçar demanda um esforço que, se não amparado por profissionais, com adequado preparo, dentro do estudo do conflito e da crise, desencadeia graves conseqüências pessoais, familiares e sociais.

3.8.7 Pós-divórcio

É comum estipular-se retorno de clientes a sessões de mediação, dentro do período de três a seis meses, pós-divórcio, dependendo da vontade e disponibilidade de cada um. É a maneira de controlar os resultados da terapia e da mediação, e negociar qualquer impasse ocorrido, depois do processo. Além disso, os movimentos de cada cônjuge, em novos relacionamentos e casamento costumam demandar novos entendimentos e contato entre os ex-cônjuges.

4 PROCESSO DE MEDIAÇÃO EM FAMÍLIA

Apesar de ter sido iniciado há pouco mais de duas décadas, um longo caminho já foi percorrido por práticos e estudiosos da mediação, em direção

ao melhor resultado do processo mediador. Desde o início, foram colhidos resultados positivos e, cada vez mais, o trabalho é desenvolvido no sentido de incrementar sua aplicação. Vários modelos e estilos foram criados dando azo a incontáveis técnicas e estratégias; o modelo americano de mediação em família, por exemplo, que poder-se-ia chamar de “mediação estruturada”, ao mesmo tempo que apresenta pertinente flexibilidade processual, comporta-se dentro de parâmetros de “barganha mediada”.

A barganha mediada seria aquela onde as questões da disputa são reduzidas a determinados números e o mediador trabalha pelo convencimento das partes, deixando um pouco de lado intervenções relacionadas com a estrutura psicológica ou social do conflito trabalhado. Essa, pelo menos, foi uma observação feita em pesquisa de campo, efetuada nas sessões da *Court Annexed Mediation*, no Estado da Flórida. Pode-se dizer que, numa mediação privada, nos Estados Unidos, a mediação de família assumiu, também, características de psicoterapia, por adentrar, um pouco mais, nos conflitos internos das partes. Todavia, de um modo geral, a simplificação do processo à barganha, em torno de cifras da disputa, acontece desde os primeiros passos da mediação.

O modelo brasileiro de mediação de família, à luz de estudo dos processos realizados no Núcleo de Mediação e Assistência, em Belo Horizonte, recebeu roupagem especial. Sua estruturação ficou restrita à preparação do processo. A própria denominação do centro, que desenvolveu o modelo, dá uma idéia de suas características. Trata-se de mediação estruturada psíquica, social e juridicamente, pelo cabedal de informações a serem prestadas às partes durante as sessões, no sentido de favorecer a negociação. O momento preliminar da mediação assiste os cônjuges, em conflito, na estruturação de seus quadros psicológicos, social e jurídico. Esse quadro, montado com os dados fornecidos pelas próprias partes, em entrevistas com um psicólogo, um assistente social e o próprio advogado mediador, servirá para orientar e embasar as discussões, na disputa.

4.1 Estágios do processo mediador em família

Afora isso, a mediação, em qualquer modelo, observa os princípios da autodeterminação, voluntariedade e confidencialidade, em toda sua extensão, e obedecem uma certa ordem. O mediador continua orquestrando a valsa da negociação, sem contribuir materialmente para as questões em conflito, mas passa por alguns momentos, que podem ser chamados de

estágios da mediação. Nos conflitos de família, a mediação obedece, normalmente, a determinados estágios:

1. concordância das partes para mediar,
2. entendimento das questões em disputa;
3. criação de opções para negociação;
4. realização e organização do acordo;
5. implementação do acordo.

4.1.1 Estágio preliminar – Concordância para mediar: engajamento das partes

A abordagem das partes, na mediação, é completamente diferente do que no processo judicial. Em primeiro lugar, a mediação é um meio de resolver conflitos, ainda desconhecido do público em geral e mesmo para aqueles que já têm algum conhecimento, existem dúvidas quanto à pertinência da medida ou quanto à eficiência dos resultados. Além disso, ocorre a dificuldade de engajar a outra parte no processo não-adversarial. A iniciativa é, muitas vezes, entendida como manifestação de fraqueza. Além disso, costuma provocar desconfiança, com relação ao mediador, que foi procurado, primeiramente, pela parte que propõe.

De qualquer maneira, quando cônjuges em separação procuram um escritório de advocacia, o fazem em busca de aconselhamento ou representação, mas, sempre, e essencialmente, buscam ajuda para resolver seus conflitos e problemas. Querem se informar sobre seus direitos, organizar-se quanto a sua situação familiar. Nessas ocasiões, esboçam sua situação psicológica, através de manifestações emocionais.

Essa fase, então, é decisiva para o bom andamento do processo. O mediador se vê diante da contingência de criar confiança profissional, que não é só uma questão de histórico pessoal. Com a mediação, trabalha-se, antes de mais nada, com a ampla disposição das partes e expectativas positivas, a respeito de um processo, que não conta com um passado institucional, milenar, como o da litigação. Engajar as partes, numa sessão de mediação, significa empreender uma tarefa, que exige muita consideração e implica em habilidades específicas, ligadas à credibilidade, confiabilidade e cooperação, e principalmente, boa-fé.

Existem, hoje, inúmeras estratégias e políticas para lidar com essa investigação inicial. Antes de mais nada, o trabalho de informação sobre o

processo. Desde brochuras, sofisticados *booklets* com extensiva informação, até cópias de artigos, periódicos científicos ou mesmo notas biográficas dos mediadores.

No trabalho de engajamento pode acontecer que o mediador se incumba da tarefa, para auxiliar no trabalho de persuasão. Acontece, mais do que imaginado, certa satisfação na parte contatada, pela iniciativa de busca do acordo, por parte da outra.

No momento em que existe a concordância, costuma-se dar certa formalidade para resguardar o compromisso com o mediador, e de uma parte para com a outra. Consubstancia-se o ato com um contrato de prestação de serviço, que pode ser terminado, sem qualquer sanção.

4.1.2 Estágio introdutório – Encontro das partes e criação de estrutura e confiança

Instaurado o processo, inicia-se o trabalho de estruturação, que está baseado em pouquíssima regulamentação. A maioria da estrutura criada na mediação baseia-se na confiança e credibilidade. O mediador averigua o conflito, levanta o estilo de negociação de cada parte. Além disso, procura estabelecer um clima de respeito mútuo, encorajando expressões emocionais, sem explosões destrutivas, educando com relação as questões a serem discutidas e, principalmente, facilitando a comunicação.

Uma breve introdução e acomodação dos participantes deverão ser feitas, com estratégias apropriadas. Por exemplo, na sala de espera, a proximidade dos cônjuges, em meio à crise de comunicação, é bastante delicada. O tempo de permanência, no mesmo recinto, sem a presença do mediador, pode conter o risco de predispor negativamente as partes, para o processo. Por outro lado, a própria sala onde se desenvolve a mediação de família tem de estar estrategicamente mobiliada, sempre no sentido de propiciar conforto e facilitar a comunicação. Dentre outros itens, a posição dos cônjuges deve comportar uma distância do mediador, que revele sua neutralidade.

Já instalados, os cônjuges são apresentados ao processo, com bastante clareza e precisão. Para tanto, pronuncia-se os nomes e endereços das partes, a duração das sessões, possíveis prolongamentos, os princípios da mediação, o papel e os honorários do mediador. Num segundo momento, é esclarecida a necessidade da única regra de procedimento da mediação: cada um fala de cada vez, para viabilizar a compreensão do que está sendo comunicado pelas partes.

4.1.3 Colocações iniciais das partes

Neste estágio, os cônjuges apresentam-se, esclarecem declarações, que porventura tenham sido feitas por escrito, antes, e fazem colocações de abertura. Os pronunciamentos, ainda dirigidos ao mediador, estabelecem, ao mesmo tempo, um procedimento de negociação e constroem a interação com a outra, à medida que propiciam o conhecimento das partes e a percepção de cada posição.

Pode ocorrer, em alguns casos, que representantes presentes façam colocações, neste momento, e até exponham interpretações do quadro jurídico de seu representado. São oportunos, porquanto objetivam as questões e agilizam o processo.

Dois fatores dimensionam essa fase da mediação: a natureza e complexidade das questões em conflito, e o contexto emocional. Poder-se-ia dizer que esse é um momento grave do processo. O conflito é apresentado em vários níveis de informação e as partes enaltecem suas questões e suas soluções preferidas. Posicionam-se sobre o entendimento e soluções apresentadas pela outra, de igual modo. Não há como ignorar os sentimentos, nesse momento. Cônjuges em separação, ao pronunciarem seus valores e entendimento, revelam sua situação psicológica, por meio de pranto, raiva, etc. O mediador se articula para canalizar os sentimentos expressos, levando as partes à recomposição dos quadros do processo. À medida que se sentem compreendidas e confortadas, recolocam suas posições e visualizam, com mais facilidade, seus interesses e objetivos.

4.1.4 Identificação das questões

Durante, ou em seguida as apresentações, o mediador passa a fazer perguntas para determinar a natureza do conflito, procurando salientar aqueles que não estão manifestados. Para isso, usa critérios objetivos de avaliação, como: imediatividade do conflito, duração, intensidade dos sentimentos e a rigidez das posições. A tarefa principal do mediador, nessa fase, é desmontar barreiras e defesas, para evocar os conflitos camuflados. O reconhecimento desses conflitos significa grande parte do caminho andado. Por eles, permite-se a interação dos dois lados, através de clareamento e amplificação das questões. Interrupções não devem ser permitidas, nesses momentos, e se o linguajar for abusivo ou inflamado, cabe ao mediador discricionar, se for oportuno interferir.

4.1.5 Facilitando a comunicação e a troca de informações

As partes já se encontram engajadas no processo. O mediador tem a preocupação de maximizar informações precisas e de eliminar comportamentos evasivos e desnecessários. Utiliza algumas técnicas de comunicação:

1. ênfase das afirmações;
2. paráfrase;
3. escuta ativa;
4. expansão;
5. *cross examination*;
6. sumarização;
7. disposição;
8. classificação;
9. estruturação;
10. separação e fracionamento;
11. sondagem;
12. explicação.

Da mesma forma, o mediador estimula as partes a questionar, usando as mesmas práticas de comunicação.

4.1.6 Estabelecimento de clima emocional positivo

O clima emocional permeia de mediação, por isso esse estágio não é estanque, pode acontecer em qualquer momento do processo. Mediar significa, dentre outras considerações, a veiculação das implicações emocionais das partes. A necessidade de defesa está concentrada em sentimentos de raiva, hostilidade, medo e desconfiança. Tudo isso leva os cônjuges a se comportarem de maneira que, em negociação, ficou convencionado chamar de “engolir ou ser engolido”, nocautear antes de ser nocauteado. A mediação é um ambiente onde as pessoas não tenham de “engolir ou ser engolidas”.

Alguns procedimentos já integram o contexto mediador como técnicas de facilitação do acordo, em disputas de família, quais sejam:

1. explosões emocionais;
2. veracidade das emoções;

3. ênfase da regra única;
4. priorização momentânea da questão “mais fácil”;
5. parafraseamento em face de desentendimentos encadeados;
6. utilização de *caucus* ou sessões privadas;
7. sugestão de recesso.

4.1.7 Sessões privadas ou *caucus*

Trata-se de reuniões apartadas, que são utilizadas para facilitar a comunicação entre as partes, quando difícil, na presença da outra. O princípio da confidencialidade permanece no âmbito das partes, ou seja, nada do que for confidenciado, em sessões conjuntas, será revelado à parte, sem autorização da outra.

O mediador encoraja a parte, separadamente, a descobrir seus interesses e necessidades, indicando, em termos gerais, qual a natureza dos termos do acordo, que está disposta a aceitar.

Existe uma certa flexibilidade nessa técnica de mediação. O mediador, em algumas situações funciona com um *going in between* ou “leva e trás”. Essa estratégia teve origem nas negociações no Oriente Médio e eram denominadas *Shuttle Diplomacy* que fundamentou a *Shuttle Mediation*. Nela, o mediador se movimenta, para frente e para trás, entre uma parte e outra, esclarecendo, descobrindo dificuldades e propiciando superação. Além disso, utiliza os advogados, pontuando avanços. Nas mediações de família, principalmente com a co-mediação, essa técnica é largamente utilizada, com grandes vantagens. Enquanto o mediador se movimenta, para trabalhar com cada parte, em separado, o co-mediador assiste a parte, que permanece na sala principal.

As sessões privadas são usadas com objetivos bem claros; cabe ao mediador defini-los, ao optar por elas. Algumas circunstâncias de aplicação são sugeridas:

1. para explorar insinuações, ou palpites de concessão ou informação, que o mediador acredita que a parte não tenha condição de prestar ou discutir na sessão conjunta;
2. para retomar o controle, quando as partes estão fugindo dos objetivos;
3. quando o mediador acredita necessitar algumas sugestões de risco;
4. para prevenir escalada do conflito;
5. quando acredita que a negociação está à beira de um impasse.

A grande finalidade do *caucus* é manter o fluxo do trabalho mediador, como meio de facilitar o acordo. Experiência de mediadores revela que os momentos mais significativos da mediação, em direção ao seu objetivo, são dados ou motivados por essas sessões, quando o mediador propicia momentos de relaxamento e confiança, às partes.

4.1.8 Linguagem corporal

Como os momentos de explosão de emoções, ou *venting*, expressão inglesa, ou as sessões privadas, coloca-se a linguagem corporal no processo mediador. Da mesma forma, movimenta-se, constituindo-se em importante dado informativo para o mediador. É uma comunicação muda, que funciona como indicador de determinados caminhos a serem tomados, dentro da mediação.

Autoridades em comunicação são unânimes em salientar a importância da comunicação não verbal, e muitos afirmam ser o meio principal, pelo qual as pessoas transmitem mensagens. São gestos, uso do espaço, manipulação de objetos, expressões faciais, que, intencionalmente, ou não, querem dizer alguma coisa positiva ou negativa, de agrado ou desagrado. De qualquer maneira, são importantes na condução do processo de negociar, pois sinalizam seus passos, rumo ao acordo.

4.1.9 Criação e desenvolvimento de opções

A mediação tem, como meta, o acordo entre partes, em conflito. Quando as posições dos cônjuges se apresentam bipolarizadas, cabe ao mediador trabalhar pela multipolarização, através da criação de novas opções. É uma forma de ampliar os conceitos que norteavam o posicionamento anterior, baseados nos pontos de vista iniciais.

4.1.10 Correção de distorções e mal-entendidos

É conveniente anotar que, numa relação entre cônjuges, já esteve presente um clima de confiança e entendimento, que foi deteriorado, basicamente, pela polarização, que ocorre por problemas de comunicação. De alguma forma, esses elementos podem ser restaurados, ou pelo menos mencionados, num contexto explicativo.

4.1.11 *Brainstorming*

Esse é o momento, no processo, onde os envolvidos trabalham com o desenvolvimento de opções para decisão. Consiste na apresentação e anotação das soluções, na ordem como são sugeridas. Assim, serão submetidas a uma consideração posterior. Não se faz qualquer crítica, comentário ou avaliação antecipada. Do modo como surgem, são anotadas. Sua praticabilidade ou aceitabilidade só serão discutidas depois que as partes criarem um número substancial de opções. Sugestões que, *a priori*, são consideradas fora de cogitação, costumam tomar corpo durante as considerações, e até mesmo serem escolhidas como solução.

Existem várias técnicas de *brainstorm*. Numa delas, como exemplo, o mediador utiliza-se de um quadro, com ampla visão para os participantes, onde vai anotando as idéias, da forma como vão surgindo. Posteriormente, elimina-se as de menor viabilidade, até que uma permaneça, preenchendo as expectativas das partes, ao ponto de elegê-la como solução para o conflito.

4.1.12 Negociar com intervenção neutra

Seja na criação de opções rumo à decisão, seja no intercâmbio de interesses, princípios de praticabilidade e necessidade, levam as partes à negociação. Com feição não-aversarial, esse é o caminho mais curto para a produção de bons resultados numa disputa. As conhecidas recomendações básicas, para uma frutuosa negociação, salientados por *Uri e Fisher*, e notorizados no livro *Getting In To Yes*, são indicações valiosas, na mediação. Cabe aqui mencioná-las:

1. separe os problemas das pessoas;
2. concentre nos interesses, não em posições;
3. crie opções para ganhos mútuos;
4. assegure um processo imparcial;
5. pratique comunicação direta.

4.1.13 Impasse

Nem sempre uma mediação atinge o objetivo principal, na feitura de um acordo. Algumas vezes, restringe-se à solução de uma ou mais questões substantivas, ou em questões de procedimento, ou mesmo limita-se à reali-

zação da função educativa do processo mediador. Também ocorre a estagnação das negociações, e o mediador tem de declarar o impasse, o fim da comunicação entre as partes, em direção ao acordo, e o fim da intervenção do mediador.

Isso ocorre, segundo vasta pesquisa, junto aos resultados de negociações mediadas, em razão de algumas ocorrências definidas, a saber:

1. existência de uma questão de valoração;
2. divergência de percepção de fatos;
3. quando existe representação das partes, e o representante se envolve emocionalmente com a disputa e se bloqueia para qualquer movimentação;
4. a existência de questão simbólica;
5. quando as questões atingem o campo ideológico: ética, religião, moral, cultura;
6. quando envolve questão de justiça.

4.1.14 Esclarecimento e redação do termo de compromisso

Quando a mediação atinge seu objetivo principal, o acordo, em bases de reconhecimento e satisfação, de ambas as partes, o mediador procede, como forma de selar a resolução, escrita, ou não, à feitura de um termo de compromisso.

O acordo por escrito deve ser redigido de maneira concisa, completa e numa linguagem que as partes possam entender (costumam reclamar das dificuldades em lidar com a redação jurídica dos acordos judiciais), e antes que deixem o recinto da mediação. Este documento, além de representar o resultado do trabalho de mediação, funciona como uma minuta do acordo, que deverá circular entre as partes, para comentários e revisão. Quando não é sujeitante, o documento pode ser rascunhado, depois das reuniões e submetido, posteriormente, à assinatura das partes. Estas, entretanto, dar-se-ão depois de qualquer ajuste, por parte dos advogados, ou mesmo das partes, mas sempre antes da saída das partes.

4.1.15 Vinculação das partes ao contrato mediado

Depois de assinado, o termo de compromisso passa a ser um contrato que vigorará entre as partes, dependendo da matéria e das formalidades. A prática americana desaconselha mediadores assinarem esse termo, como

testemunha, para evitar responsabilidade civil. No Brasil, a experiência em processo de separação demonstra que os acordos são transformados em petições a serem homologadas, judicialmente.

5 EFICÁCIA DA INCLUSÃO DE CRIANÇAS NO PROCESSO DE MEDIAÇÃO, EM DIVÓRCIO E SEPARAÇÃO, PARA RESOLVER QUESTÕES RELATIVAS À GUARDA DE FILHOS

Não é novidade a abordagem desse assunto. Várias legislações se preocuparam em promover, com juízes, entrevistas com filhos de divorciandos, com o objetivo de se orientarem, com relação ao atendimento dos reais interesses da criança. O Código Civil da Califórnia, na Sessão 4.607, prevê que “...o mediador deverá ter a obrigação de buscar as necessidades e interesses da criança ou crianças envolvidas na controvérsia (divórcio) e deverá estar habilitado a entrevistar a criança ou crianças, quando julgar tal entrevista apropriada ou necessária.” Na prática judicial, essa prerrogativa é pouco, ou nada, explorada, com suficiente razão. A oitiva de crianças exige um treinamento e conhecimento especiais que, normalmente, os juízes não têm.

Nos Estados Unidos, a oitiva de crianças é um dever do ofício e uma prerrogativa. Dever, porque reconhece-se o estado conflituoso dos pais, no processo de separação que, muitas vezes, discordam sobre o que é melhor para seus filhos, e necessitam veículos de realidade para orientá-los. Prerrogativa, enquanto legaliza e legitima o comportamento do mediador, como sendo não só do interesse da criança envolvida no processo como do interesse social.

Envolver crianças no processo de divórcio tem dupla função: resolver o conflito entre os pais, com relação à sua guarda, e favorecer a comunicação entre eles. No primeiro caso, porque é ilusório pensar-se que cônjuges em conflito sejam capazes de tratar das necessidades e interesses de seus filhos, sem levar em conta seus próprios interesses individuais. No segundo, porque o mediador, por força da credibilidade, tem meios de abrir canais de informação para os pais, quando a crise da separação os fecha.

O que, realmente, os filhos de um casal, em processo de separação, precisam, tem sido objeto de estudo de psicólogos e mediadores de família, como forma de estabilizar o conflito de interesses do casal. O atendimento a essas necessidades é um trabalho que deve ser conjunto, de forma cooperati-

va e não adversarial. A questão da guarda passa, então, a ser uma pura questão de ajuste e não de disputa.

Um trabalho da Dra. *Judith Wallerstein*,⁷ publicado pela *Association of Family Mediation Courts*, revela que crianças, em meio ao processo de separação dos pais, são assoladas por sentimentos de medo e insegurança, com relação à sua vida futura. Crianças entrevistadas possibilitaram a enumeração de necessidades prementes, que devem ser objeto de ocupação dos pais, antes de buscarem seus próprios interesses.

A Criança precisa:

1. pensar que seus pais são pessoas razoáveis e racionais e que decidiram distinguir o relacionamento conjugal de forma cuidadosa e consciente;
2. ver os pais como pessoas que admira e que sejam capazes de colocar à parte seus sentimentos de raiva, para se ocuparem, seriamente, com o que pode acontecer aos filhos;
3. saber o que acontecerá no futuro: onde vai morar, quem vai tomar conta, onde cada pai estará, e ter certeza de que não vai perder nenhum dos pais;
4. de intimidade e privacidade com cada um dos pais;
5. saber quando o pai ausente será visto, novamente;
6. saber porque os pais estão se separando (sem detalhes, mas de forma clara).

O trabalho do mediador é criar um ambiente favorável para o atendimento a essas necessidades, atividade que o juiz não pode abarcar com propriedade, porque a função deste é julgar e determinar quem é o melhor pai, e decidir quem estará em condições de ter a guarda do filho, ou filhos. Para essa decisão considera (a ordem é o critério) os seguintes requisitos:

1. estabilidade mental;
2. sentido de responsabilidade para com o filho;
3. relação biológica;
4. caráter moral;
5. estabilidade na comunidade;
6. afeto com relação ao filho;

7 WALLERSTEIN, Judith. The best interest of the child. *Pamphlet of mediation*. Ft. Lauderdale, FL, Association of Family Mediation Courts, 1990, p. 3.

7. possibilidade de manutenção dos irmãos juntos;
8. acesso à escola;
9. manutenção de filho, na primeira infância, com a mãe;
10. saúde física.

O juiz, para identificar quem melhor pode atender a esses requisitos, consideram alguns fatores limitadores como:

1. uso de drogas e alcoolismo;
2. abuso sexual;
3. psicose;
4. maus-tratos de crianças.

Esses critérios objetivos norteiam o juiz nas decisões relativas a crianças. Mas a mediação pouco ou nada pode fazer nesses casos. O que é ponderado pelo mediador é sempre o que, autonomamente, os pais têm como valores, que não foge muito dos requisitos considerados pelo juiz. No momento que que esses valores são ofuscados, os pais se recusam a participar da mediação e estabelecem posições rígidas. Pais, nesse patamar, impedem a participação de seus filhos no processo, com receio de ouvir o que estes pensam, ou perceber o que sentem. De acordo com sua saúde psicológica, não suportam o sentimento de culpa que a revelação dos filhos pode acarretar.

Só existem duas situações nas quais as crianças não precisam ser ouvidas no processo mediador. Uma é quando os pais concordam quanto às necessidades dos filhos, e têm idéias paralelas, relativas ao plano que melhor se ajuste à criança. Outra é quando a criança tem menos de três anos de idade, pela natural incapacidade de verbalizar suas necessidades, não tem condição de ser entrevistada.

Muitos são os propósitos servidos pela inclusão de crianças no processo de mediação de casais. O mediador funciona como confidente, porque não está de lado nenhum e pode atentar para todas as considerações que a criança faz. Nesse período conturbado, as crianças experimentam terríveis sentimentos de abandono, que dão causa a *stress* infantil, segundo pesquisas na área.⁸ As crianças são, seguidamente, pressionadas a tomar partido, não só pelos pais, mas por outras pessoas da família, ou fora dela. Ante a pers-

8 McDERMONT, J. Child custody decision-making. *Journal of the American Academy of Child Psychiatry*, v. 17, n.1, p. 104-116, 1983.

pectiva de serem entrevistadas, aparentemente, sentem-se intimidadas, mas normalmente, depois do primeiro contato e participação de suas apreensões, com o mediador, manifestam sensação de alívio. Revelam-se mais seguras, sabendo que existe alguém no processo que, fora de envolvimento emocional, pode ajudar.

Outra razão existe, apontada por experientes mediadores, e embasada por pesquisas sobre o assunto, para valorizar a participação dos filhos no processo de mediação. É a preocupação dos pais de se manterem voltados para um processo, como forma de trabalhar, pacificamente, as questões. A presença dos filhos os conscientizam de que qualquer decisão afeta diretamente os filhos, principalmente de forma emocional.

O mediador tem condição de informar aos pais, em primeira mão, quais as necessidades específicas de seus filhos, quando são informados de declarações das crianças como estas: "...minha mãe fica zangada quando volto tarde dos encontros com meu pai.", "...meu pai não consegue se encontrar com minha mãe, sem começar a reclamar dos gastos". Itens importantes são revelados, e a naturalidade, própria de crianças, induz os pais a maior ponderação, para estabelecerem seus comportamentos futuros.

6 CONCLUSÃO

Uma pessoa, até pouco tempo, no Brasil, tinha quatro caminhos para estabelecer sua justiça: tentar trabalhar num acordo pessoal, desestruturado, contratar um advogado e ameaçar o processo judicial comum, acionar mediante representação, ou "engolir o sapo" e esquecer o problema. Atualmente a população já se refere, com certa familiaridade, aos Tribunais de Pequenas Causas, como uma alternativa, que tem dado certo, e alguma elite já considera a arbitragem, como uma realidade, no mundo das disputas, e uma alternativa para a penosa peregrinação dos conflitos, dentro do Judiciário. A Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, depois de três tentativas, passou a ser uma realidade privada para solução de questões patrimoniais, dentro do comércio jurídico, e abriu portas para a implementação de novos meios de resolução para as contendas, de um modo geral. A mediação é um desses modos, falta pouco para que se institucionalize.

Até então, o processo mediador é uma incógnita, para muitos, e um desafio para alguns. O mesmo deu-se nos Estados Unidos, onde foi recriada,

e floresceu, na década de 80. Nesse momento, dezenas de comissões, naquele país, estudavam e recomendavam a mediação, e declaravam: “tudo indica que a mediação é a resposta, e os ganhos, para os processos em disputa, em termos de tempo, custo, e satisfação” (McEwen and Main, 1986); “a aceitação de acordos mediados tem demonstrado ser em muito maior número do que os recebidos com sentenças judiciais. Os participantes de mediação ficam muito mais satisfeitos com um processo que eles entendem e no qual eles se sentem entendidos” (Pearson e Theonnes, 1985, Tyler 1988); “pesquisas revelam que, em diversos programas obrigatórios de mediação, sua utilização não é dispendiosa, toma relativamente pouco tempo, não provoca maiores atrasos no processo, e quase sempre resulta em troca de informações e estipulações” (Roehl e Cook, 1985).

Mediação é, inquestionavelmente, um inevitável movimento histórico, e representa avanço e expansão para a profissão do Direito, principalmente no que se refere aos conflitos familiares. Nenhum profissional, entretanto, pode almejar se juntar a esse movimento, dentro das mesmas presunções do tradicional processo judicial: **a)** disputantes são adversários, se um ganha o outro tem de perder; **b)** disputas envolvem somente questões jurídicas, com uma só verdade; **c)** conflitos têm de ser resolvidos através do emprego de uma terceira parte, baseado em alguma disposição legal; **d)** advogados só podem ter em mente os direitos do seu cliente, e estes são incompatíveis com os direitos da outra parte.

Para que profissionais do Direito adaptem-se à modernidade advocatícia, têm de encarar a resolução de conflitos com novas presunções: **a)** disputantes, *nem sempre*, são adversários e podem ter interesses comuns ou interesses que se combinam entre si, sem determinar um ganhador e um perdedor, e oferecer vantagens para ambos; **b)** disputas podem ser resolvidas com intervenção de terceiro *neutro*; **c)** raramente uma norma genérica e abstrata pode comportar as contingências *únicas* de um caso concreto; **d)** *ninguém*, melhor do que as próprias partes conhecem o seu caso, e podem determinar normas a respeito.

Infelizmente, sempre haverá espaço para o litígio e para a sentença judicial. O espaço dos tribunais é resguardado pela dialética natureza humana e assim, sempre, será. Todavia, cada vez mais, ampliam-se os horizontes da justiça de coexistência, com a criação de maneiras pacíficas e colaborativas de resolução de conflitos. A mediação é, somente, uma, mas com ela, o universo das lides do Direito, e da advocacia, jamais será o mesmo.

7 BIBLIOGRAFIA

- AREEN, Judith. *Cases and material on family law*. Mineola, NY: Foundation, 1985.
- BLADES, Joan. *Family mediation - Cooperativa Divorce Settlement*. New Jersey: Englewood Cliffs, 1985.
- BIENFELD, Forence. *Child custody mediation: techniques for counselors, attorneys, and parents*, Palo Alto, CA, Science and Behavior Books, 1988.
- BOULDING, Kenneth E. *Conflict and defense - A general theory*. New York, London: Lanham, 1962.
- CAMPBELL, Anne B. *Alternative dispute resolution in the United States; a bibliography*. New York: American Arbitration Association, 1987.
- FISHER, Roger, WILLIAM, Ury. *Getting to yes*. New York: Penkin Books, 1991.
- FOLBERG, Jay, ALISON, Taylor. *Mediation, a comprehensive guide to resolving conflicts without litigation*. Washington: Bass Publishers, 1984.
- LIMA, Claudio Viana. A arbitragem no tempo. O tempo na arbitragem. In: *A arbitragem na era da globalização*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- MARESCA, June. *Mediation in child protection, a new alternative*. Toronto: Dept. of Education, Law Society of Upper Canada, 1989.
- MARLOW, Lenard. *Divorce and the myth of lawyers*. Garden City, NY: Harlan, 1992.
- MOORE, Cristopher. *The mediation process: practical strategies for resolving conflict*. San Francisco: Cl. Jossey Bass, 1996.
- RISKIN, Leonard L., WESTBROOK, James E. *Dispute resolution and lawyers*. St. Paul, Minn.: West Publishing, 1993.
- SANDER, Frank E. *Alternative methods of dispute settlement*. Washington: American Bar, 1979.
- STULBERG, Joseph B. *et. al. A study of barriers to the use of alternative dispute resolution*. South Royalton, Vermont Law School, 1984.
- ZACK, Arnold. *Public sector mediation*. Washington: D.C.; Bureau of National Affairs, 1987.

POR UMA ÉTICA DA MEDIAÇÃO

Ciro Marcos da Silva

Psicanalista

Ex-Promotor de Justiça (ES)

Ex-Juiz de Direito (MG)

Sumário

1. Introdução. 2. Cenas de um casamento. 3. Cenas de uma Vara de Família. 4. Conclusão.

“Um irmão ofendido é mais do que uma cidade forte, e os litígios são como os ferrolhos dum castelo. Cada um se nutre dos frutos de sua boca e sacia-se com o produto de seus lábios.

A morte e a vida estão em poder da língua; Qual o uso que dela fizeres, tal o fruto que dela colherás.”

(*Provérbios, 19 a 20, Sentenças de Salomão*)

“A nossa alma, assim como os pássaros, escapou do laço dos caçadores. *Láquevs contrivs est, et nos liberáti svmvs*, ou seja, o laço foi partido e nós ficamos livres.”

(*Salmo 123, versículo 7*)

1 INTRODUÇÃO

O litígio é, antes de tudo, um laço. Um laço do qual se pede ser liberado. Este último laço, que envolve sujeitos, escondendo as possíveis junções e disjunções do sujeito com o objeto, remete-nos ao aviso de *Freud*.

Freud nos avisa que o sujeito “explora sem compensar a capacidade de trabalho do outro, utiliza-o sexualmente sem seu consentimento, humilha-o, o faz sofrer, tortura-o, enfim, o mata”.

Um litígio ou lide, no conceito de *Carnelutti*, é um conflito de interesses com pretensão resistida, portanto, é preciso haver interesses que estejam em conflito, não bastando tão-somente uma pretensão. Só surge a lide, fato pré-processual, quando esta pretensão encontra resistência. Presentifica-se o mal-estar, fruto da própria incidência da lei, mal-estar este sobre o qual o Direito ainda vem tentar uma regulação, apontando um lugar de dizer. Estamos pois, diante da jurisdição, encarnada num juiz nomeado e investido.

Direito e juiz, às vezes a língua aponta aí uma conjugação: *Das Rechts e Der Richter*. É com *Giuseppe Chiovenda*, renomado processualista italiano, que temos agudamente a percepção do lugar do juiz. Este construiu uma teoria, segundo a qual a jurisdição se coloca como *substituição* de atividades. É pois, para *Chiovenda*, a *substitutividade* que possibilita aferir o conceito de jurisdição.¹ Esta substituição, digamos, esta metáfora, substituindo e dando nova significação, acontece em dois estágios: a cognição, quando a atividade intelectual do juiz substitui a das partes e de todos os cidadãos, e na executividade, quando o juiz age quanto à atuação definitiva da lei que seria exequível pela parte em causa.

A jurisdição traduz, pois, um juízo em causa alheia. E *Chiovenda* adverte: é exercida *no lugar* de outrem, não em representação de outros.

A radicalidade desta leitura é grávida de conseqüências. Assim, enquanto o Poder Executivo, expressando-se na administração, impõe-se direta e indiretamente pela lei, agindo por conta própria, não em lugar de outrem, o juiz, por seu turno, atua a lei. A administração julga sobre a própria atividade, enquanto o juiz julga sobre a atividade alheia. Portanto, se o juiz só é possível em causa alheia, aí se demonstra a operação do significativo, uma operação da palavra. Substituindo, metaforiza.

O juiz não faz das partes um todo, está entre elas, intervém, intercede, faz intermédio. Talvez, na autocomposição do litígio tal elemento da estrutura processual, elemento *tertius*, fique mais nítido. No entanto, ainda na heterocomposição, quando a solução é imposta às partes, mesmo aí, sua atividade é substitutiva, por conceito, portanto, mediadora.

Sabemos que a estrutura processual, a relação processual, forma-se com a presença do que pede – tese –, do que impede – a antítese –, e do que decide – a síntese –, ainda passível de relançar-se, quando haja recurso que venha, enfim, apontar o ponto de basta. Todos estão nodulados pelo proces-

1 CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Trad. Guimarães Menegali. 1. ed., São Paulo: Saraiva, 1943, v. II.

so, quais sejam, o autor de pedido, e conseqüentemente da demanda – ato que deslança o processo –, o réu, em face do qual se pede, e o juiz, chamado a dar direção ao processo e ao final, dizer o Direito, dentro dos limites do pedido. Jamais extra ou *ultra petita*, ainda que caiba *infra petita*. Sua posição no processo, portanto, não é de titular de direitos e deveres, como acontece com as partes, mas de implicado em funções, poderes e atividades. A posição é, portanto, dissimétrica, de lugar, não de imagem, não de semelhante.

Porém, como a encarnação deste lugar cobra a presença de um sujeito, a neutralidade é impossível. Não estamos com isso admitindo a vileza, a corrupção, a imparcialidade. É preciso, sim, uma certa distância, mesmo porque, a distância, o intervalo indicam sua posição. Com isto estamos dizendo que embora os epítetos de Excelência possam lhe conferir uma imagem fálica de ser total e absoluto, esta falácia nada mais é que imaginária. O ser não é e nem total.

Seu lugar é de entre, outro lugar, apontando para outra cena, além da especular.

Se a mediação é da própria natureza de sua função e de seu lugar Outro, é importante que esta posição se expresse inequivocamente desde a articulação do litígio em juízo. Articulado o litígio em juízo, será doravante denominado causa. Causa de um ulterior dizer.

Pensem em sempre apostar nas oportunidades de mediações, digamos metonímicas, apontadas pelo processo. Digo metonímicas porque é possível que o “ninguém é juiz em causa alheia”, resvale eticamente para “cada um é juiz de suas próprias implicações”.

O procedimento, o rito, explicita os momentos da conciliação, momentos estes em que as partes, cada qual trabalhando um certo ponto de perda, assinam a decisão de seus destinos perante o litígio. Este momento é sempre esperado e estimulado antes da heterocomposição da lide.

Nas demais Varas, que não a de Família, tais tentativas ficam sempre a cargo dos advogados das partes, às vezes do Ministério Público. São sempre convidadas pelo juiz a uma conciliação.

Aliás, nas Varas de Família vamos assistindo, felizmente, a interessantes trabalhos da assim nominada “psicologia jurídica”. Este trabalho, braço da posição do juiz, deve-se nortear por uma ética em implicar o sujeito litigante nas questões que traz sempre como culpa do Outro, realizando, assim, um enxugamento do núcleo da causa, um desossamento do litígio. No entanto, não se pode confundir esta mediação com tentativas terapêuticas, como de curar as partes de seus litígios, ou mediar para ganhar, confor-

me uma certa mentalidade do Direito americano, às vezes despueradamente confessada. Não se pode também pensar a mediação como apenas rito, isolando-a de uma estrutura, como se fala por aí. Se há processo, numa conceituação, digamos, no mínimo, bem pensada, há rito em estrutura e tão determinada pelo simbólico, que podemos nominá-la como estrutura simbólica mediadora.

Por que é uma estrutura? Porque no processo existem lugares ou posições vagas que podem ser ocupados por distintos personagens: autor, réu e juiz. Algo circula entre eles: a causa, que pode ser vista como a expressão jurídica do conflito ou a causa de um dizer.

Mas, pensemos agora: que ética poderá nortear esta nomeação? Será a ética de alcançar um bem qualquer, reflexo de um bem supremo, ou uma outra ética poderia ser pensada?

2 CENAS DE UM CASAMENTO

Quando o sujeito se dispõe a ajeitar uma saída para: “ninguém me ama, ninguém me quer, ninguém me chama de meu amor”,² é possível que encontre alguém e lhe diga “eu tenho tanto pra lhe falar, mas com palavras não sei dizer, como é grande o meu amor por você.”³ Entusiasmado, faz ferver a canção e assegura um “eu sei que vou te amar, por toda minha vida eu vou te amar.”⁴ Assim, como modernamente expressa-se o Direito, une-se estavelmente ou então para o altar, “branca e radiante vai a noiva e logo a seguir o noivo amado”, agora sob os efeitos do art. 229 do Código Civil Brasileiro.

Pois bem. O casamento, “visto assim do alto, mais parece um céu no chão; sei lá, não sei.”⁵ Enfim, “como este bem demorou a chegar, e já não sabe se terá no olhar toda a ternura que quer lhe dar,”⁶ pouco a pouco, insidiosamente, diante do “todo dia ele faz tudo sempre igual,”⁷ o indestrutível desejo, como sempre, aponta o desejo de outra coisa. Começam a surgir, as chuvas de verão, trazendo “estranha no meu peito, estranha na minh’alma, um ‘agora

2 LOBO, Fernando, MARIA, Antônio. *Ninguém me ama*.

3 CARLOS, Roberto. *Como é grande o meu amor por você*.

4 JOBIM, Tom, MORAES, Vinícius de. *Eu sei que vou te amar*.

5 VIOLA, Paulinho da, CARVALHO, Hermínio Bello de. *Sei lá, Mangueira*.

6 DURAN, Dolores. *Noite do meu bem*.

7 BUARQUE, Chico. *Cotidiano*.

vivo em calma' (será), não te conheço mais".⁸ Ela desconfia que "o homem que diz 'sou' não é, porque quem é mesmo é 'não sou'".⁹

Observa que ele "vestia uma camisa listrada e saía por aí e sorria, quando o povo dizia sossega leão, sossega leão."¹⁰ Ele começa a observar que "são demais os perigos desta vida pra quem tem paixão e que aí, então, é preciso ter cuidado, porque deve andar perto uma mulher."¹¹ Algo lhe toca mais ainda quando vê "a mulher preparando outra pessoa e que o tempo parou para ele olhar para aquela barriga".¹² A seguir, "meu mundo caindo,"¹³ a Travessia se impõe. E o sujeito confessa que "quando você foi embora fez-se noite em meu viver. Forte eu sou, mas não tem jeito, hoje eu tenho que chorar. Minha casa não é minha e nem é meu este lugar. Estou só e não resisto. Muito tenho pra falar".¹⁴

Desce o pano!

3 CENAS DE UMA VARA DE FAMÍLIA

Na Vara de Família, ali, chegando restos, mas restos ainda gordos, muito nebulosos, a serem emagrecidos, enxutos. Neste espaço, tem que ser ouvido aquele que diz: "estou só e não resisto; muito tenho que falar".¹⁵ O outro poderá dizer: "ah, eu vim aqui só pra me despedir, e as últimas palavras deste nosso amor, você vai ter que ouvir".¹⁶

A mediação, quer pelo juiz, quer pelos auxiliares da Justiça – papel aí da Psicologia jurídica –, deve apostar em trabalhar com os sujeitos, a perda. Perda para que, deste vendaval enorme que chega à Vara de Família, permaneça a brisa. A brisa deve ficar. "Fica, oh, fica brisa, pois talvez quem sabe, o inesperado faça uma surpresa e traga alguém que queira te escutar."¹⁷ Quem bate à Vara de Família deve descobrir um pouco – ou talvez já descobriu e

8 LOBO, Fernando. *Chuvvas de verão*.

9 POWEL, Baden, MORAES, Vinícius de. *Canto da Ossanha*.

10 VALENTE, Assis. *Camisa listrada*.

11 TOQUINHO e VINÍCIUS. *São demais os perigos desta vida*.

12 VELOSO, Caetano. *Força estranha*.

13 MAYSA. *Meu mundo caiu*.

14 NASCIMENTO, Milton e BRANDT, Fernando. *Travessia*.

15 *Travessia*.

16 ROBERTO e ERASMO. *De tanto amor*.

17 ALF, Johnny. *Eu e a brisa*.

veio cancelar a descoberta de que a conjugabilidade trata de conjugar o universal e o singular em tempo e modos diferentes.

Será que se casaram sabendo que a morte já separa e que a morte insiste na singularidade apesar das tentativas contrárias? Ou casaram-se esperando que todo dia e a cada dia a morte os una?¹⁸ Será mais produtiva a posição do profissional mediador da Vara de Família, quando estiver avisado de que, na conjugabilidade, se articulam o necessário e o impossível. O necessário que não cessa de se inscrever, a ordem fálica sempre presente e, por outro lado, o que não cessa de não se inscrever, o impossível, o indizível, o que não tem juízo, nem nunca terá, conjugam-se na vida dita “a dois”. Mas a vida conjugal tem suas produções. Produções nos falam mais de perdas que de lucros ou ganhos.

A vida conjugal produz bens, bens que os cônjuges tomam às vezes como “oh, pedaço de mim, oh, metade amputada de mim”, doendo a perda como “fisgada no membro que já perdi”.¹⁹

É ali ainda, no mencionado espaço de fala e escuta da mediação, que se faz o trabalho de deixar cair as metades amputadas, para que não venha gangrenar o que deve restar. Este trabalho, sabemos, não é fácil, enquanto estamos diante de um mercado que tem suas leis: empanturrar o sujeito de objetos que o façam feliz. Como se isto fosse possível.

Tal não escapou a *Freud*. Assim, diz-nos *Lacan*,

“Não escapa a *Freud* que a felicidade é, para nós, o que deve ser proposto como termo a toda busca, por mais ética que seja. Mas o que decide, e cuja importância não se vê o suficiente com o pretexto de que se deixa de escutar um homem a partir do momento em que ele parece sair de seu âmbito puramente técnico, o que eu gostaria de ler no ‘Mal-estar na civilização é que, para esta felicidade, nos diz *Freud*, não há absolutamente nada preparado, nem no macrocosmo nem no microcosmo’.”²⁰

A mediação, pois, tem que apontar uma direção a este trabalho de luto das partes agora se separando. Luto da perda do dito objeto amado e

18 BUARQUE, Chico. *O casamento dos pequenos burgueses*.

19 BUARQUE, Chico. *Ópera do malandro* – Pedaço de mim.

20 LACAN, Jacques. *Le Séminaire*, livre VII. Paris: Seuil, p. 22.

todas suas metonímias. E para isto, só há um caminho de palavras. Se o litígio atesta uma certa falência da palavra (*fallere* – em latim significa faltar com a palavra), se o litígio comprova a falta de uma palavra que não podia faltar, até mesmo para sustentar a falta, será pela palavra que este litígio poderá ser decantado e mesmo desencantado como lugar último de manter o laço, forma cruel de se manter casado.

Volto à *Lacan*, no já mencionado Seminário da Ética: “A palha das palavras só nos aparece como palha na medida em que delas separamos o grão das coisas, e é, de início esta palha quem carregou o grão”.²¹

E os filhos, heim?

Por toda essa andança que fiz no que canta nossa música popular, pouco ou quase nada se fala do filho. E há algo duro de se constatar: o filho da “dona de tudo, da rainha do lar, que vale mais para o filho que o céu que a terra, que o mar”, é aquele que o samba canta: “toma que o filho é teu, meu senhor, toma que o filho é teu!”.²²

Chico Buarque não recua e mostra mais longe ainda que: “saudade é arrumar o quarto do filho que já morreu”.²³ Mas o desejo no que se refere ao filho vivo, mais especificamente à filha mulher, é de “tornar azeite o leite, do peito que mirraste./ no chão que engatinhaste salpicar mil cacos de vidro”.²⁴

E arremata: “pelo cordão perdido te recolher pra sempre à escuridão do ventre, curuminha, de onde não deverias nunca ter saído”.

É na mesma Ópera do Malandro que encontramos uma resposta da filha, aludindo a um certo saber: “Eu quero que mamãe me veja pintando a boca em coração. Será que vai morrer de inveja ou não?”

“ai, se o papai me pega agora abrindo o último botão... será que ele me trata a tapa e me sapeca um pescoço?”

Mais adiante, abre uma possibilidade: “Será que ele me estende a mão/será que o pai dança comigo, ou não?”²⁵

Canta-se pouco o filho ou a filha. Talvez, dada a impossibilidade jurídica de divorciar-se ou separar-se de filhos, a ilusão de não perdê-los fique mais presente. Seria desejável, no entanto, que o mediador, o juiz, não

21 *Ibidem*, p. 57.

22 RUI, Evaldo e LOBO, Fernando. *Nega maluca*.

23 BUARQUE, Chico. *Pedaço de mim*.

24 BUARQUE, Chico. *Canção desnaturada*.

25 BUARQUE, Chico. *Ai se eles me pegam agora*.

se deixasse enganar tanto na atribuição da guarda. Salomão, ao decidir a sorte de uma criança disputada por duas mulheres que se diziam mães, deixa-nos seu saber. Decidindo partir a criança ao meio, faz o julgador pensar em duas direções. A primeira é que, compete a cada parte, no litígio, implicar-se no seu pedido, cada qual responsabilizando-se e tocando e sendo tocado pela parte que lhe cabe no latifúndio da disputa. Por outro lado, aponta para o juiz que a mãe é aquela que cede a uma mulher, eis que, Salomão encontrou a mãe ali, na mulher que se dispôs a perder para a outra que não era a mãe.

4 CONCLUSÃO

Enxuto o litígio, duas possibilidades de compô-lo continuam presentes: primeiramente a autocomposição, o resultado de um trabalho em que os assujeitados à lide tornam-se sujeitos de uma decisão, celebrando um acordo ou uma transação. Outra alternativa é a heterocomposição, quando houver questões nas quais as partes não conseguiram *acordar* (escute-se esta palavra como puder) e esperam que o juiz faça assim adormecer o litígio.

Em qualquer das duas situações, e frise-se, em qualquer situação em que se presentifica a formação processual, o resultado final será uma sentença que julgue o mérito (art. 269, CPC) ou não.

É interessante notar que no caso das partes celebrarem um acordo, o julgamento será com o mérito, eis que este não advém tão-somente da heterocomposição, mas também da autocomposição e, se pensarmos bem, com muito mais razão.

Assim, o dito final será daquele que ocupa o lugar de operador do simbólico, proferindo uma decisão ou homologando a decisão que as partes souberam se aplicar. Este ato final, que em qualquer hipótese extingue um processo, é uma *sentença*.

Sentença, diz o dicionário etmológico de *Antenor Nascentes*, vem do latim *sententia*, sentimento, opinião. Portanto, como dito, pode enganar e enganar-se.

Volto a *Lacan*: “que algo se diga, e mesmo assim permanece oculto no que é dito, a partir do que se ouve”. (*L’Etourdit*)

A sentença cai, pois, na dimensão do dito, do universal, do enunciado. Por isto, o “vere-dito”, estruturado efetivamente em ficção, como é próprio da

verdade e do direito, esconde em si um dizer, pérola singular do indizível, incrustada e inacessível, contornada pela ostra do dito, a partir do que se ouve.

Enfim, da dimensão de sujeito não se escapa, ainda que a deneguemos, *et pour cause*.

Se uma ética para a mediação nos aponta o indestrutível do desejo, *Lacan* não deixa de nos apontar algo que podemos pensar sobre o objeto do litígio: “É de sua natureza que o objeto esteja perdido como tal. Não será jamais encontrado. Alguma coisa está ali esperando melhor, ou esperando pior, mas esperando”.²⁶

Avisados disto, que possamos, terminar escutando o casal litigado despedir-se da Vara de Família, cantarolando: “Eu não quero mais a morte, tenho muito que viver.”

26 LACAN, Jacques. *Seminário da Ética*.

AS EXECUÇÕES EM DIREITO DE FAMÍLIA: ALIMENTOS E PRISÃO, GUARDA E VISITAS

Francisco Figueiredo

Desembargador do Tribunal de Justiça de Minas Gerais
Professor de Direito de Família na Faculdade Milton Campos (MG)

“A pátria é a família amplificada.”

Rui Barbosa

“A família é a Igreja Doméstica.”

Papa João Paulo II

Diante destes dois conceitos – um de cunho civil e outro religioso –, que se afinam até na esfera cosmopolita, sentimo-nos dispensados de falar sobre a importância da família. Aliás, Deus já se incumbiu disto quando criou o Universo, o homem, a mulher e elegeu sua forma de vir ao mundo...

Outrossim, o que vem quebrar esta trajetória de princípio e de decorrências é o estabelecimento da desarmonia familiar e do ordenamento jurídico.

Cabe a nós, aprendizes e interessados no Direito de Família, a responsabilidade do exame das lamentáveis causas e dos efeitos desta quebra da harmonia civil-jurídica, ao sermos contemplados com o tema *As execuções em Direito de Família: alimentos e prisão, guarda e visitas*.

Confesso que fiquei muito preocupado e em dúvida quanto a aceitar esta honrada incumbência de ser o expositor deste tema, privilégio e confiança ímpares que muito dignificam este modesto apaixonado pelas causas de família!

Minha preocupação e dúvidas avultaram-se, por entender que um Congresso é o estuário normal do lançamento das teses de vanguarda ou do questionamento das existentes.

Como minha proposição tem o timbre da despreensão e do comedimento, ficarei suficientemente gratificado pelo fato de que a visão de

um velho julgador de Direito de Família possa servir de algum modo aos ilustres advogados, aqui presentes, principalmente àqueles oriundos de longínquos rincões de nossa terra, aos estudantes em suas classes e aos causídicos que estão a iniciar carreira, estribado no dizer de *Martín Heidegger*, filósofo alemão, de que “Repensando o exaustivamente já pensado é que se descobre o novo” ou na filosofia de um matuto anônimo do nosso Vale do Jequitinhonha, que sabiamente afirma: “Problema enterrado é problema plantado, brota!” Enfrentemos, pois, a problemática atual do Direito de Família, conforme nos foi determinado.

As execuções em Direito de Família abrangem vários campos que, por certo, de *per se*, justificariam uma exposição específica, campos estes que analisaremos rapidamente, antes de adentrar na essência de nosso tema principal.

Na *separação judicial* – litigiosa ou consensual –, alguns colegas de primeira instância adotam a praxe de deixar, para depois de homologada a separação, o tratamento a ser dado à partilha, lamentavelmente. Em princípio, tem-se a sensação de que se resolveu o litígio mas, na verdade, não se resolveu o caso em si, que volta com força maior de debate na execução, pois nunca presenciei, em 31 anos de magistratura, cônjuge separado e aboletado na posse dos bens do casal ter pressa em terminar a partilha! Tivemos, em Minas Gerais – exatamente na 4ª Câmara Cível, na qual estou lotado há mais de 10 anos –, uma ação de separação que acaba de tramitar por 15 anos, tendo já freqüentado todos os Tribunais Superiores, até por mais de vez! E, neste caso, dizia o varão – aboletado, como disse, na posse dos bens recebidos, na maior parte, de herança pela mulher –, que detinha estes bens para que sua ex-esposa não os colocasse fora (?!). Justificando, mais, que assim procedia para garantia dos filhos!... Ainda é de se registrar que este “zeloso” ex-marido, com a posse de todos os bens, já estava vivendo com outra mulher, há bastante tempo...

Se houvesse um pouco de persuasão dos juízes quanto à conveniência de que, ao homologar o pedido de separação, também fosse homologada a partilha dos bens, fato como este citado poderia ter sido evitado. E mais, tenho certeza de que os advogados de Família, conscientizando-se de que seus nomes seriam mais festejados no seu meio, do que já o são, *por resolver o caso de vez* – ao invés de permitir que se arrastem em demandas tardias e intermináveis – por certo, que advogarão também este princípio!

Quanto ao *divórcio*, sabemos que a discussão básica versa sobre o *tempo*, enquanto, na separação (se litigiosa), versa sobre a *culpa*.

No divórcio indireto, a única discussão admissível, além do *aferimento do tempo*, é a que trata sobre a inadimplência das obrigações assumidas na separação. Vale dizer, não há de se dar acolhimento ao pedido de divórcio se obrigações assumidas na separação não foram cumpridas. É muito simplista, injusto e até comodismo inaceitável, mandar as partes para as vias outras, quando a controvérsia pode e deve ser resolvida.

A única ressalva que se faz é sobre alimentos que não foram a tempo e modo reclamados. Entendemos que os alimentos *reclamados e não resolvidos antes da ação de divórcio* são obstativos ao mesmo. Caso contrário, tendo havido *inadimplência não reclamada*, esta não obsta a ação.

Nosso posicionamento a respeito é para evitar – o que é de nosso conhecimento ocorrer – que o alimentante venha a entregar o dinheiro correspondente à pensão a um filho, por exemplo, para levá-lo à mãe (ex-mulher ou ex-companheira), ou a outro portador (até a ex-sogra como já tivemos conhecimento?!...) e depois, por falta de recibo, ter contra si manejada ação de alimentos, sendo condenado a pagar novamente por falta de prova da entrega, ficando, ainda, o seu pedido de divórcio indireto obstado.

A Justiça – bem o sabemos e por isto propugnamos – tem de ter, na sua pronta e eficiente prestação jurisdicional, mormente em Direito de Família – o ponto máximo do respeito, da tranqüilidade e da garantia dos que a ela se socorrem.

Também ressaltamos, antes de adentrar nas execuções pertinentes aos alimentos, que existe um tipo de execução, normalmente concedida previamente em cautelares ou em frontispícios de exordiais de ações principais de separação ou cautelares, *sem conhecimento prévio* da parte contrária do requerente, que merece menção.

De quando em vez, aparece, no Direito de Família, algum modismo de interpretação legal. Em sendo bom, propugnamos pela sua manutenção, em sendo mau, faz-se necessário que seja espancado com urgência e veemência, pois os efeitos são danosos não só para a família como (por que não dizer) para a própria Justiça.

Em Minas Gerais, mormente na Capital, houve uma época, que não vai muito longe, em que eclodiu uma “epidemia” que levava o Advogado, ao propor uma cautelar ou ação principal, a pedir, *liminarmente*, ao Juiz, após enredo justificativo, a saída do cônjuge de sua própria casa e mais, como se não bastasse, o bloqueio de suas contas bancárias pessoais, e, pior, até das contas comerciais e empresariais! E o juiz, estribado naquele enredo de mazelas descritas, concedia... O cônjuge expulso tomava conhecimento do

fato ao chegar rotineiramente à sua casa... e nesta não podia adentrar, nem ao menos para “retirar sua escova de dentes”!?

Esta determinação “enfartogênica”, que mais servia para acirrar ódios do que pra conscientizar casais, alcançou o clímax ou refinamento de abuso numa situação acontecida em um julgamento de nossa 4ª Câmara Cível.

Um escritório de advocacia do ramo adotou uma praxe – que infelizmente convenceu a alguns poucos juízes – de que, pelo “acúmulo de serviços” na Vara, deviam colher depoimentos ou declarações de pessoas em Cartórios Notariais, com o fito de justificar “o pedido urgente” da colocação de um cônjuge para fora de sua casa, sem ouvi-lo?! Qual não foi nossa surpresa – e principalmente indignação –, quando nos deparamos, num mesmo dia de sessão de julgamentos, com dois casos ou recursos distintos dentro da citada praxe de declarações de pessoas em Cartório Notarial, tendo como “declarantes” as *mesmas pessoas*, declarando *fatos distintos* de vida íntima de dois *casais* também *distintos*!?

Fizemos uma publicação do acórdão (do qual a ética impede-nos de citar o número), fazendo referências a este fato asqueroso e reprovável, e parece-nos que esta praxe, condenável pela sua improcessualidade e violência, voltou – esperamos que para sempre – a seu ponto inercial.

Não se justifica – em hipótese alguma – colocar um cônjuge para fora de casa, à sua revelia, sem ser por execução de sentença! Se no Brasil inteiro, a jurisprudência já não mais discrepa quanto a que, em casos possessórios, exige-se a justificação prévia, com muito mais razão em matéria familiar. Não há justificativa alguma, muito menos de excesso de serviço, que não permita ao juiz ouvir, nem que seja em cinco minutos, um cônjuge, em justificação prévia, a quem se pretende determinar a saída de casa (o que difere, e muito, da hipótese daquele cônjuge que pede, ele próprio, autorização para sair).

Em razões da grande extensão do texto rotular que nos foi determinado e da exigüidade do tempo, preocupamo-nos em pinçar algumas questões que se sobressaíram em nossos julgamentos e que, citados em jurisprudência, angariaram maior discussão.

1º. A questão dos *alimentos*, em fase de execução, torna-se múltipla em seus aspectos.

Está ligada, existencialmente e em sua natureza, à própria subsistência do alimentado, que não pode, mas sempre tem de por ela esperar. Por tal peculiaridade e atendendo ao princípio da obediência e da exegese processual de título líquido, certo e exigível, a execução torna-se um ato especial.

E com justa razão. Se assim não fosse, a lei brasileira não contemplaria o valor desta figura jurídica, bem como o da figura do depositário infiel, com a pena de prisão civil ou administrativa – o que não acontece em nenhuma outra hipótese de execução do Direito Civil.

Assim, não pode passar despercebido a ninguém a gravidade da questão, a importância jurídico-social e a preocupação do legislador em colocar como um contrapeso à inadimplência do alimentante, se sem solução, a pena de prisão.

Ainda é bom que se acrescente que a lei não distingue – o que é benfazejo – a inadimplência da obrigação alimentar oriunda da paternidade da oriunda do casamento, que é originária do direito obrigacional. Tanto isto é verdade, que a ex-esposa, se não *renunciou* – mas simplesmente *dispensou* – os alimentos, volta a ter o direito de disputá-los. Quanto a isto, ao que nos consta, nunca houve divergência nestas décadas passadas, ressalvada a dinâmica social e conjugal, pois é a própria síntese do espírito da lei que busca proteger e assistir o alimentado.

Não obstante, atualmente tem chamado a atenção o fato de alguns julgadores entenderem – e isto detectamos em julgamentos – de fazer uma distinção – que nem a lei adjetiva e a Constituição fazem, *data venia* – de separar o crédito do alimentado, quando executado, em partes, valendo dizer: parte por via executória – para o que se opta pelo prazo de três meses – e o restante do crédito por via de cobrança.

Esta questão merece alguma reflexão e devidas observações. Como dito, este entendimento jurisprudencial (que também é fonte indireta do Direito) não foi ressalvado na legislação substantiva (Lei n. 5.478, de 25 de julho de 1968) nem nos Códigos (Substantivo e Adjetivo) e nem na Constituição.

Ora, se a Lei n. 5.478, que tem quase 30 anos, e o Código de Processo, à véspera de ser comemorado em suas “bodas de prata”, nada dispuseram a respeito, ousamos não comungar este entendimento jurisprudencial, em que pese a grande respeitabilidade de seus defensores. Primeiro, o prazo de três meses deve vigor a partir de quê? Individualizado em quê? A partir da citação ou dos três meses antes da citação? E os subseqüentes? Por que exatamente três meses, o prazo escolhido?

Quer nos parecer que estão a confundir o prazo da pena do art. 733 do CPC – que não considera a extensão da inadimplência – como se, por analogia, fosse um prazo para dividir o que seria de execução ou de cobrança.

Data venia, esta posição, salvo melhor juízo, está quebrando uma harmonia jurisprudencial que nunca gerou o menor problema de aplicação.

E nunca gerou, porque sempre se obedeceu ao critério único da jurisprudência, até então, de que “cada caso é um caso” a ser observado pelo juiz, com a ajuda preciosa e impostergável do Órgão Ministerial.

O que, na prática, poderia ocorrer é que ou o devedor-alimentante ficaria muito amenizado pela sua inadimplência (fugindo-se, assim, do espírito da lei), ou o alimentado, para que isto não ocorresse, sempre que pudesse – e para não perder a oportunidade – entraria com outro pedido, formando, por certo, outro processo, a engrossar “a sanfona” dos apensos, tornando mais difícil – se não impossível ou interminável – a prestação jurisdicional.

Como julgador, com mais de três décadas de efetivo exercício, nunca presenciamos – na história da jurisprudência e no dia-a-dia que já vai longo – problemas que pudessem obstacularizar esta solução, como se quer empregar, *data venia*.

Ao princípio da pronta prestação jurisdicional e de que “cada caso é um caso” a ser examinado pelo juiz, chamamos pela preciosa atenção dos senhores para um exemplo típico de “pronta prestação jurisdicional”, ocasionado pela boa jurisprudência, aplicada à “Ação de Investigação de Paternidade” cumulada com “Ação de Alimentos”. Este tipo de processo, mesmo quando instruído e julgado por juiz diligente e responsável, tinha, lamentavelmente, tramitação e término pachorrentos. Por quê? Porque se entendia que a obrigação de alimentos seria a partir da data da sentença. Quanto mais esta se retardasse, melhor para o investigado. Quando a jurisprudência, inclusive a do Superior Tribunal de Justiça, em sua maioria, passou a entender que a obrigação de alimentos seria a partir da citação, os processos investigatórios passaram a ter desfecho rápido, pois a procrastinação nesta espécie tornou-se prejudicial, inclusive antieconômica, para o investigado. Não vamos nos alongar, aqui, sobre os sadios e relevantes princípios e argumentos que levaram a jurisprudência a ficar situada nesta posição de que a obrigação alimentícia deve vigor a partir da citação na hipótese investigatória. Mas faz-se mister ressaltar o que acontece quando a jurisprudência tem o escopo da pronta prestação jurisdicional. Só assim sendo, a Justiça será respeitada! Aqui, não há de ser aplicado o princípio de que “a Justiça tarda mas não falta”...

Não existe “prato de comida de graça” (haverá sempre alguém pagando por ele) e ninguém há de pretender, por escolha sadia, “morar debaixo da ponte”... Urge a pronta prestação jurisdicional! E é por isto que a lei tem rito especial.

Ainda com relação ao princípio de que “cada caso é um caso”, também confessamos que nunca vimos exagero ou teratologia judicante que não fossem joeirados e podados recursalmente. Se o alimentado, por hipótese, deve um ano de pensão e propõe-se a pagar a metade, ou pouco mais ou menos, é evidente que o juiz e o advogado ex-adverso, no atendimento ao bom senso, anuirão à conclusão de que parte da dívida – para não dizer a necessidade do alimento – está mitigada e que será benfazejo admitir uma hipótese conciliatória ou de parcelamento de débito. Se ainda por argumento, entender-se que faltou bom senso a todos, até ao juiz, a situação hoje, resta absolutamente tranqüila – dispensados quaisquer outros expedientes paralelos – em razão do advento da nova Lei do Agravo de Instrumento (Lei n. 9.139, de 30 de novembro de 1995), que colocou a Segunda Instância apta para conhecer de pronto a questão, como lhe parecer de direito. Registramos que em toda nossa longa vida judicante, que já se avizinha do ocaso, nunca tivemos problema quanto a este tipo de decretação e nem vejo razão para tanta preocupação...

2º. Uma outra questão jurisprudencial, digna de referência para reflexão, que surgiu recentemente e que, ao que tudo indica, voltou a seu ponto inercial, para tranqüilidade nossa, versa sobre a interpretação do art. 5º da vetusta Lei n. 883, de 21 de outubro de 1949, que diz:

“Na hipótese de ação investigatória de paternidade, terá direito o autor a alimentos provisionais, desde que lhe seja favorável a sentença de primeira instância, embora se haja interposto recurso.”

Curiosamente, estamos tratando desta hipótese somente agora, pois ela difere-se da que abordamos anteriormente.

Aqui existe texto legal e a jurisprudência não o atende e, na hipótese anterior, não existe texto legal, e querem alguns, interpretar como se este existisse para sua aplicação.

O fato é que o artigo desta cinquentenária lei, durante décadas, nunca foi aplicado mas, ultimamente, vem sendo invocado, porém acreditamos que se voltou ao ponto de origem meramente enunciativa.

A Lei n. 883, que dispõe sobre o reconhecimento de filhos ilegítimos, é de 1949, logo, após a Segunda Grande Guerra Mundial, época de adventos de grandes legislações, inspirados em textos legais avançados, como o europeu, da mesma forma que a Consolidação da Legislação Trabalhista dentre

outras também o são. Reconhecia-se a paternidade, mas não se podia declarar o parentesco ou filiação, no sentido de proteger o casamento do pai adúltero. A partir do fim da década de 1950, a jurisprudência, após urgente e demorado esforço, fez vencedora a tese de que, ainda em obediência à Lei n. 883, podia ser declarada a paternidade de filho oriundo de concepção iniciada antes do casamento, do pai com outra mulher que não sua esposa. Esta vitória jurisprudencial, embora de grande valia, perdeu razão de ser com o advento da Lei n. 8.560 de 1992, que “regula a Investigação de Paternidade dos filhos havidos fora do casamento”.

Este art. 5º da Lei n. 883 cinge-se à realidade de que nunca tal diploma legal foi, na prática, manejado, exceto recentemente, e sem maior cobertura.

Por quê?

Pelas simples razões **a)** de sua impraticabilidade em nosso meio – a considerar a Justiça lenta em decorrência do excesso de recursos que nossa legislação permite; **b)** da falta de garantia do ressarcimento; e **c)** da sanção circunscrita ao fato de o alimentado, segundo o artigo, receber a pensão antes do trânsito em julgado da sentença. Na França e na Bélgica, por exemplo, este manejo é possível porque, se o alimentado receber e não devolver, quando a decisão final for adversa, isto dá prisão! E funciona mesmo! E no Brasil? Prisão não caberia, pois o alimentado foi autorizado!? E quanto ao reembolso? Seria, possivelmente, manejada ação ordinária que, inquestionavelmente, faria jus ao “nome”. Tudo isto, sem considerar que a “sentença favorável” poderá ser anulada na segunda instância, bem como receber a declaração decisória de carência ou de improcedência...

Voltamos a perguntar: e como fica o alimentante que foi obrigado, por imposição de lei, a depositar o valor da pensão que fora levantado?

E veja-se que não haverá risco algum de esperar (deixando inerte o dito artigo), ao fundamento jurisprudencial salutar de que, na investigação, a vigência da obrigação alimentar, se procedente a ação, retroage à citação, como prescreve jurisprudência dominante.

3º. Uma outra medida, com a qual podemos contar e que facilita, e muito, o tramitar das execuções e principalmente as sanfonadas revisões de pensão, em apenso, é determinar a pensão dos alimentados (esposa, filhos etc...) em percentual. Um percentual para a esposa e tantos outros quantos forem os filhos. Assim, se não houver qualquer outra razão modificativa, o pedido exonerativo ou de cancelamento faz-se no próprio processo, sem necessidade de proposição da revisional. Seriam causas desta hipótese, a

prova de um trabalho remunerado por parte da mulher ou de um filho, o casamento ou a maioria de um dos dependentes, quando não houver, na obrigação de alimentos, embutida a hipótese de instrução ou de saúde.

Isto tem evitado muita demanda desnecessária que, inevitavelmente, acontece quando o percentual é fixado global e indistintamente para todos os alimentados.

4º. Temo-nos deparado também com a discussão sobre a não-incidência da pensão sobre o 13º salário, ao argumento de tratar-se de vantagem pessoal. Chegamos até a deparar com o insólito argumento de que os alimentados naquele mês do recebimento não “comeriam em dobro”. Por certo, também que o alimentante “não trabalhou em dobro”... Esta parcela, o 13º, é um *plus* congênito ao salário ou contrato de trabalho como outras há. Incorpora-se, pois, ao salário, a tal ponto, que é quitado – total ou parcialmente – à época da rescisão do vínculo trabalhista. Inócua é a discussão quanto a ser vantagem pessoal ou não. *É salário!*...

5º. Neste quinto item, gostaríamos de abordar duas questões, para as quais chamamos, principalmente, pela preciosa atenção dos senhores advogados do que, propriamente, de nossos colegas julgadores. Sempre vimos, em nossa vivência judicante, a existência de duas posições dentro das ações em que se discutem alimentos que, se insistentes, em via de regra, transformam-se de aparente vitória em prejuízo para o alimentado. São referentes às *horas extras* e ao *desconto da pensão em folha salarial do alimentante*.

Há advogado – e até com apoio do Ministério Público e do juiz – que insiste em que o percentual da pensão incida em todas as horas extras, além do salário (não confundamos horas extras com as demais vantagens salariais). Assim sendo, na execução, verifica-se que esta medida tem sido uma lástima. A hora extra é um *plus* no ganho, mas também é um *plus* laboral de esforço, além da jornada normal de trabalho.

É bom lembrar que a hora extra pode ser *voluntária*, isto é, o funcionário-alimentante pode fazê-la, ou não, para ganhar mais, talvez até para sustentar sua nova família; ou ser *obrigatória*, quando o seu esforço, além do da jornada normal de trabalho, acrescerá o ganho do alimentado, contra a vontade e a necessidade do alimentante. Persistir nesta hipótese é matar “a galinha dos ovos de ouro”.

Na prática, cremos que isto seja uma lástima! Já vimos caso do alimentante, em revide, deixar o emprego ou pior, sendo bom funcionário,

passar a ser protegido pelo patrão, proteção esta que, no mais das vezes, vai além do escamoteamento das simples parcelas das ditas horas extras, o que, na prática executória, redundará em prejuízo quase sempre maior aos alimentados.

A *outra questão* é sobre o desconto em folha. Entendemos que isto seja benfazejo e muito garantidor para o recebimento da pensão. Entretanto, existe um tipo de alimentante, que classificariamos como sendo “ vaidoso do próprio nome”, que tem verdadeira paúra de que para o seu serviço vá a ordem judicial de desconto em folha de pensão, numa demonstração, para colegas e chefes, do que para ele constitui-se numa vergonha ou descrédito pessoal.

Entendemos, pelas execuções das quais já participamos, que este pedido pode e deve ser atendido, sem risco para o alimentado. Se o alimentante falhar em seu propósito e em seu compromisso, que se requeira e se remeta, então, o dito ofício judicial de desconto. Porém, este descumprimento acontecer, nestes casos, é raríssimo. Não podemos nos esquecer de que as medidas contra a beligerância entre as partes devem ser tomadas, sem prejuízo da garantia dos alimentados, mais no sentido de harmonizar as partes, desencorajando o antagonismo entre as mesmas.

6º. Finalmente, quanto à execução no cenário dos alimentos, ainda digno de menção, gostaríamos de abordar uma questão importante, que dia-a-dia vem tomando corpo. Trata-se de pedido de bloqueio de parte do “fundo de garantia” no mesmo percentual dado à pensão, para simples garantia da mesma. Como entendemos e já dissemos que, em matéria de família, “cada caso é um caso” ao arbítrio do julgador que se espera prudente – e não em função do computador –, esta questão é muito importante. Se o empregado-alimentante sempre cumpriu bem sua obrigação de pensionar, nada mais justo o levantamento do fundo, não havendo razão para bloqueio. O fundo de garantia é vantagem pessoal e assim, há uma década, entendeu o Congresso Nacional, não acolhendo o Fundo de Garantia como bem de família e, sim, como vantagem pessoal.

Por outro lado, dentro da hierarquia de bens, é, por excelência, uma garantia de dívida, principalmente no caso daquele alimentante relapso, impontual e que prefere sair do emprego (recebendo o fundo) para dificultar o pagamento aos alimentados (o que infelizmente existe).

Finalizando esta parte concernente a *alimentos*, dentro das hipóteses discutidas em execuções, *dois* conceitos precisam, ainda, ser esculpidos.

O *primeiro* versa sobre a paz entre o casal, que deve ser propugnada por todos. Antes do dever legal há dever moral e cívico. Fazer tudo para uma solução rápida da prestação jurisdicional, sem traumas, é o ideal, ainda mais considerando o *stress* que a vida moderna está a nos condicionar. Existem profissionais – advogados, promotores e julgadores – que apresentam inúmeros problemas, até imaginários e questiúnculas, que só postergam a solução de um caso. O que nos conforta é que outros conseguem, brilhantemente, achar inúmeras soluções para agilizar a tramitação de um feito. Esta matéria, de aparência simples, é muito grave. Dizemos sempre a nossos alunos que “ação de alimentos é prenúncio de desamor”. Algum fato outro está encoberto e precisa vir à tona...

Nunca se viu um casal, até desempregado, passando graves dificuldades, se não a fome, que se ama, propor “ação de alimentos” um contra o outro. Ação de alimentos engloba litígio grave que exige solução rápida, sensível e inteligente. Não é sítio adequado para academicismo!

Em que pese a grande extensão do tema a nós determinado, em razão do tempo de que dispomos – que, lamentavelmente, já deve ter sido ultrapassado – ainda gostaríamos de levantar algumas premissas quanto à *guarda e visitas*, temas estes que nos chamam muito a atenção nos julgamentos que ocorrem no Tribunal de Justiça do nosso Estado, em que pese estarem sendo tratados por outros muito mais ilustres expositores neste Congresso.

Quanto ao tema das *visitas*, de bom alvitre é dizer que passada está ficando a época em que se condiciona que os fins de semana, ou o domingo exclusivamente, seriam os dias adequados para se passar com o pai. Nada mais injusto com a mãe, que durante todos os dias úteis da semana fica imbuída das obrigações, do zelo e da educação – sozinha – e no fim de semana, suposto momento de convívio de lazer com o filho, este vá usufruir da companhia exclusiva do pai. A técnica atual – para não dizer moderna – aconselha que um sábado fique para um, o domingo para outro e, alternadamente, de forma invertida. Pode-se também escolher os fins de semana pares para um e os ímpares para o outro. De bom alvitre é que estes acordos constem, por escrito, da petição ou do ordenamento judicial. Por muito “evoluído”, “amigo” e “moderno” que se considere o casal separado, nada melhor, para prevenir o futuro, que as coisas sejam assentadas expressamente. É mais fácil transacionar sobre o que foi convencionado do que, por mais justa a pretensão, aparecer como inopinado o que poderia ser entendido por um dos cônjuges como perda de espaço.

Fala-se também, agora, sobre guarda compartilhada. Em princípio, não temos nada contra, embora reconheçamos que temos muita reserva a respeito. Lógico que, se o pai está de férias ou em fim de semana com seu filho, sendo que a sua ex-mulher é que tem a guarda, a responsabilidade é toda dele durante o período de convivência. É óbvio que se trata, *implicitamente*, do compartilhamento da guarda. Até porque, a guarda pode ser concedida até a um outro parente do menor, ou mesmo a um estranho parental. No momento, ainda não vejo motivação suficiente para que seja convencionalizada a guarda compartilhada. Como acredito que não houve um caso sequer dentro desta tipicidade, no Tribunal de Justiça de Minas Gerais, preferimos aguardar para inteirarmo-nos do assunto e aprender melhor diante de um caso concreto. Salvo se se entender por guarda compartilhada a divisão das tarefas no cuidar dos filhos, nos dias úteis da semana, pelos pais separados, o que tornaria a tese em apreço bastante atraente.

Gostaria de falar, também sobre o aspecto prejudicial referente ao fato de um cônjuge obstar ou dificultar (por qualquer desculpa ou motivo) o exercício da entrega do filho ao outro cônjuge, nos períodos de visita ou férias. Na puberdade, fase de cognição do jovem, este procedimento, por parte de quem tem a guarda, redundaria em prejuízo e transtorno em dobro.

Quanto ao período de férias, diz a experiência traduzida em julgamentos, que a primeira quinzena deve o jovem passar com aquele (pai ou mãe) que não tem a guarda do mesmo.

Isto posto, gostaríamos de registrar uma questão que vem surgindo e preocupa, em razão do direito do ser humano de proceder livremente, que se refere à guarda, visita ou férias, no caso em que o pai ou a mãe seja homossexual.

Há pouco tempo, tomamos conhecimento de uma decisão a respeito que nos postou *estarecidos*. A visita e o direito de férias foram indeferidos, como se as mazelas existentes no mundo são, em grande parte, culpa da homossexualidade.

Aqui, não vamos discutir sobre homossexualidade e nem as razões de sua existência, pois seria estender o nosso já vasto tema. Pessoalmente, temos que a hipótese é genética e fazemos coro, modestamente, com inúmeros cientistas da área que também assim pensam. Podemos até mudar o nosso ponto de vista no amanhã, mas no que nunca mudaremos é no respeito que esta questão merece. Pai ou mãe homossexual antecedeu ao filho na história da criação. Não vejo do que preservar o filho diante desta situação... Qual pai ou qual mãe quer o mau para seu próprio filho? Questio-

ona-se: e o exemplo? Pergunto: há pior do que apagar do filho a imagem do seu pai ou de sua mãe? Já não bastam os filhos órfãos de pais vivos?

Para finalizar, agradecemos ao Dr. *Raimundo Cândido Júnior*, digno Presidente da Ordem dos Advogados do Estado de Minas Gerais, a confiança em nós depositada configurada neste, inequivocamente, honroso convite, alicerçando, mais uma vez com seu gesto, a consolidação da amizade e o excelente relacionamento entre os advogados e os magistrados. E ao ilustre Dr. *Rodrigo da Cunha Pereira*, Coordenador-Geral deste Congresso pioneiro, embora muito jovem de idade, jovem também na advocacia e jovem no Magistério do Direito, que teve a sabedoria dos velhos experientes ao distribuir o estudo de Direito de Família, nesta gestão, a vários, ao invés de monopolizá-lo, o nosso respeito!

Agradecemos, também, a colaboração e as sugestões de todos os Juízes das Varas de Família da Capital, bem como ao Serviço de Assistência Social e Psicologia do Fórum Lafaiete, e a todos os que tiveram a paciência de ouvir-nos, e a Deus, a quem pedimos para que os participantes dos vários Estados, principalmente a Dra. *Rosana Fachin*, nossa ilustre debatedora, retornem para casa em paz, levando na bagagem a nossa alegria por recebê-los. Principalmente, rogamos a Deus para que proteja as famílias do nosso querido Brasil, tornando-o mais feliz!

A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NOS PROCESSOS JUDICIAIS DE FAMÍLIA

Ana Maria de Oliveira

Promotora de Justiça da 16ª Vara de Família da Comarca de Fortaleza-CE

“Repudiamos a barbárie, optamos pela civilização”

A história das idéias sociais tem assentado que mesmo as formações sociológicas mais rudimentares erigiram o grupamento familiar à condição de essencialidade na vida coletiva.

Sistematizado o Direito, este notadamente uma realidade sociológica, inoculou nos seus conteúdos normativos a fundamentabilidade da família, porque reconhecia seu caráter imprescindível à formação e manutenção da ordem social.

Vislumbra-se num momento da trajetória do Direito como ciência, a origem publicista das lides familiares, circunstância jurídica sedimentada gradativamente, exigindo de forma progressiva a tutela dos interesses familiares, pelo poder estatal.

O nível de complexidade suportado pelas relações sociais na atualidade tem ratificado, cotidianamente, e mesmo destacado, os enfoques públicos inerentes às deduções em juízo, relativas aos conflitos expressados no âmbito da família.

Inegável, contudo, que no lineamento das disciplinas jurídicas consta o Direito de Família no arcabouço do direito privado. Isso teoricamente remeteria a que prevalecesse como nas demais hipóteses da espécie, a autonomia da vontade como único paradigma a nortear essas relações jurídicas.

Os imperativos de ordem pública, entretanto, tiveram a eficácia de plasmar o perfil do Direito de Família, inserindo-se com predominância aos esteios dos interesses privados.

A questão nodal é, na verdade, a representação legítima e legal da tutela pública nas demandas provocativas da jurisdição, quando presentes os dramas familiares a serem conhecidos e solucionados.

A evolução das instituições jurídicas veio conferir essa atribuição ao Ministério Público, que, a partir desse elevado exercício funcional, adquiriu qualidade de promotor da paz social. Constata-se esse aspecto da atuação do *Parquet* nas lides de família, por sua intervenção obrigatória na persecução do equilíbrio processual e na resolução dos conflitos extraprocessuais entre os litigantes.

A oportuna e democrática vinculação do Ministério Público à sociedade civil organizada veio consagrar definitivamente a sua multiforme atuação nos autos do devido processo legal e, externamente, objetivando sempre a solução dos problemas familiares apostos.

Imprescindível, portanto, seja dotado o membro da instituição, com desempenho funcional nessa área, de visão humanística e sensibilidade social, fatores que auxiliam sobremaneira na solução das questões originárias da unidade familiar.

As prerrogativas conferidas ao Ministério Público são essenciais à materialização do desempenho amplo exigido pelas demandas judiciais envolvendo interesses dessa dimensão.

Nessa visão, a Carta Política de 1988 e a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público dotaram acertadamente a instituição dos mecanismos necessários ao complexo e destemido labor jurídico na esfera do Direito de Família, onde tem destaque a conhecida autonomia funcional.

Na tríade que ultima a jurisdição estatal, posiciona-se o Ministério Público como guardião da ordem jurídica e dos valores fundamentais da sociedade, tudo legitimado pelo dever legal de fiscalização do processo, pairando sua responsabilidade institucional acima do interesse das partes, representadas por seus defensores e do Magistrado, porque restrito à aplicação exclusiva dos comandos normativos. Efetivamente, o Ministério Público vela pelos elevados interesses públicos, respaldado na autonomia funcional, para propiciar o necessário equilíbrio entre as partes e a autoridade judicante no processo, buscando sempre o ideal axiológico da Justiça, através da correta aplicação das leis e do direito em sua amplitude.

A evolução sociológica constatada na estrutura familiar exigiu posicionamento do Estado-Legislador, firmando a Constituição vigente a figura da unidade familiar detentora de direitos e proteção estatal. Em conseqüência, leis posteriores vieram disciplinar o novo instituto, estabelecendo inclusive o seu perfil, convocando o Ministério Público a intervir obrigatoriamente nas deduções postas em juízo.

Asseveramos que a verdadeira família moderna ou nova família emergiu com a Carta Política citada, que propugnou pela autenticidade das relações interpessoais, escoimando o formalismo do casamento, como única origem da família legalmente reconhecida.

Nesse contexto, veio o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelecer a existência de um novo grupamento familiar com a criação da família substituta.

No exercício das múltiplas tarefas que lhe confere o sistema jurídico, o Ministério Público exhibe a condição processual de *órgão agente e interveniente*. Atuando na primeira hipótese, assume a posição jurídica de parte ou de substituto processual e, na outra previsão, como fiscal da legalidade, pugnando pela conformação do devido processo legal, desvinculado de qualquer motivação relativa às partes.

Merece destaque o empenho manifesto do Ministério Público em momentos cruciais na afirmação do “devido processo legal”, que constitui dogma constitucional e garantia da cidadania nas demandas judiciais.

A destinação institucional do Ministério Público, mais acentuadamente no Direito de Família, compreende fundamentalmente a defesa de interesses indisponíveis do indivíduo e da sociedade.

Nas situações processuais em que apresenta-se o Ministério Público como órgão agente, representando parcela do poder estatal, seu mister não está restrito a esses limites, sendo obrigatória a vigilância dos parâmetros da legalidade, pacífica, portanto, a permanente qualidade de *custos legis*, vislumbrada sempre em todo o âmbito do desempenho ministerial.

Permeia e plasma toda a atividade funcional do *Parquet* o paradigma da legalidade processual, cujo momento mais expressivo representa o pedido pela improcedência da dedução em juízo, quando essa não contém os pressupostos essenciais, mesmo sendo parte o órgão ministerial.

Configura-se rígido o princípio da obrigatoriedade do Ministério Público nos processos judiciais de família, motivando não somente a instauração da ação, como sua intervenção nas deduções já apostas. Esse dever indeclinável do Ministério Público é extensivo ao aspecto dos recursos, que uma vez recomendada a interposição, não há como eximir-se desse dever o agente ministerial, sob pena de incorrer em desídia.

Tem fundamental importância a análise da fonte que confere a necessária legitimidade do Ministério Público em sua atuação como *agente e interveniente*.

É concreto que o exercício ministerial como órgão agente está expressado exclusivamente em normas legais, não podendo atuar com tal qualidade sem a respectiva previsão delimitadora, segundo a dicção do art. 81 do Código de Ritos.

A obrigatoriedade da atuação funcional do Ministério Público como órgão interventivo, fiscal da legalidade processual, por sua vez, não está restrita às hipóteses taxativamente contidas nos incisos I e II do art. 82 do citado diploma legal. O inciso III do mesmo artigo, afastando-se do casuísmo, amplia o âmbito de atuação, cujo parâmetro são os conceitos teóricos de *interesse público*, decorrente da natureza da lide ou qualidade da parte. O aprofundado exame para adaptação desses conceitos teóricos às hipóteses concretas, ensejadoras da intervenção obrigatória do ofício ministerial, deve ser procedido, com exclusividade, pelo próprio Ministério Público, não comportando ingerência de qualquer outro órgão. Assim manifesta-se também a jurisprudência dominante.

Está a merecer eficaz defesa pelos condutos legais, os espaços de atuação institucional do Ministério Público nas lides familiares, porque reveste-se de essencialidade o resguardo do interesse público e do devido “processo legal”. Motiva essa postura funcional a observação de deformações e práticas ilegais no cotidiano forense, que têm fragilizado de forma preocupante o perfil da garantia constitucional da legalidade processual, sendo urgente uma reação uniforme do Ministério Público, em última análise, em benefício da estabilidade da ordem jurídica, da cidadania e da coletividade.

Nessa órbita de ação integral do Ministério Público no Direito de Família e em consonância com o explicitado, é emblemática a circunstância da recusa ofertada pelo órgão, relativamente à desistência intencional em ações de estado das pessoas, quando presente o interesse público e a invocação de um direito material de outrem. Inaceitável sob essa ótica a desistência pretendida por representante legal do menor, na investigatória da paternidade.

É pacífico exibir na aludida hipótese, a representante legal do menor investigante, a mera condição processual de propulsora da demanda, vedado, portanto, sua ingerência no direito material, cuja titularidade não lhe pertence.

O esforço processual a ser dispendido pelo órgão ministerial é no sentido de opor-se à pretensão da desistência, esta sempre imotivada, e postular a designação de curador especial para dar seguimento e impulso ao feito, na previsão do art. 9º, I, do Estatuto Processual Civil, promovendo-se em toda a amplitude a persecução da verdade jurídica.

Afirmado como correto esse desempenho do Ministério Público, a promulgação da Lei n. 8.560 de 29 de dezembro de 1992, conferiu ao órgão a titularidade da ação, sedimentando a importância desse mister na complexa problemática representada pela negação irresponsável da paternidade, com graves desdobramentos no grupamento social.

O disciplinamento eleito e aplicado à matéria não comporta outro enfoque, porque temos o conceito básico da indisponibilidade, como qualidade inoculado no direito material do filho, em ter a declaração judicial e coercitiva de sua paternidade.

Segmento jurídico vislumbrando solução simplista e pragmática da questão, admite a desistência aludida, argumentando que o desinteresse processual manifesto da representante legal da menor investigante determina o insucesso da ação.

A demanda posta e o direito material de outrem são circunstâncias jurídicas relevantes, que invalidam o inconsistente argumento citado no parágrafo anterior e consolida o nosso convencimento da imprestabilidade processual e jurídica da desistência na investigatória de paternidade.

A expressividade outorgada ao Ministério Público no Direito de Família, por imperativos sociais e do interesse público, é assentada em momentos processuais importantes e esclarecedores dessa dimensão, quando a exemplo, firma a legitimidade para interpor qualquer recurso, mesmo quando funciona como *custos legis*. Basta que tenha sido preterida formalidade que a lei considera essencial à regularidade do processo, cabe ao Ministério Público o impulso processual para impugnar recursivamente a sentença.

Não obstante, é correto elucidar que o arcabouço institucional impõe balizamentos e mesmo algumas restrições à legitimidade recursal do *Parquet*. É exemplar a impossibilidade de impulsionar recurso que objetive contrariar o interesse motivador de sua intervenção no processo, isso quando tratar-se de um interesse personificado, tendo respaldo na jurisprudência dominante esse posicionamento.

Nada obsta e é mesmo imperativo da autonomia funcional do órgão, que venha esse a opinar livremente em recurso interposto contra pretensão de incapaz, por exemplo, que postulou contrariamente ao direito, porque nesse ato o Ministério Público milita em defesa da ordem jurídica, elevado e permanente objetivo.

A fundamentalidade da intervenção e ação funcional do Ministério Público nas postulações inseridas no contexto do Direito de Família é, outrossim, afirmada quando em alguns casos evoca e remete ao complexo tema das nulidades do processo.

Na processualística vigente, a circunstância jurídica geradora da nulidade referida, tudo decorrente da ausência do Ministério Público no todo ou em fase do Caderno Processual, é especificamente a não-intimação do órgão.

A invalidade processual elucidada é conseqüência direta da negativa de oportunidade ao Ministério Público, para exame do ato judicante e lançamento ou não de sua manifestação, salientando-se que está assegurada, em última análise, a tramitação normal da demanda, sempre que ultimada a imprescindível intimação.

A não-convocação do Ministério Público nas hipóteses previstas, é fato que se reveste de grande importância processual, porque obstrui a efetivação da garantia constitucional do “devido processo legal”, legitimando mesmo a instauração pelo órgão, de ação recisória, como estabelecido no art. 487, III, **a**, do Código de Processo Civil.

A peça instauradora da pretensão deve pugnar pela presença ministerial, como preceituado no art. 84 do *supra* aludido diploma legal, obviamente quando a natureza da lide assim o exige, cujo exemplo mais eloqüente é todo o contexto do Direito de Família.

Constatada omissão da parte postulante, é dever do juiz, na condição de dirigente do feito e disciplinador da aplicação das normas processuais, diligenciar a intimação do Ministério Público.

É imperativo esclarecer que é vedado ao juiz exigir a promoção do órgão ministerial, porque essa postura funcional agrediria frontalmente a autonomia da instituição e seus agentes, a quem compete com exclusividade, aferir sobre a necessidade de sua promoção, seu conteúdo jurídico e de mérito.

Não comportaria tratamento diverso à importante questão processual, considerando o perfil de autonomia e independência da instituição ministerial, que não guarda dependência de qualquer instância do poder estatal, apresentando vinculação somente com a sociedade civil organizada.

Outra previsão legal, relativa à matéria em análise, está inserida no art. 246 e seu parágrafo único do Código de Ritos, com previsão inicial de nulidade total do processo pela ausência do Ministério Público. De outra feita, constitui obrigação funcional do órgão judicante declarar formalmente a invalidade de todos os atos praticados sem o adequado conhecimento do Ministério Público, como firma o parágrafo único do referido dispositivo.

Na época hodierna é substancial a importância do Direito de Família e da atuação Ministerial, única instituição com o necessário perfil para assumir a condição de genuína fonte do almejado equilíbrio social, indispensável à continuidade do desenvolvimento humano.

O estágio atual, vivenciado pela humanidade, tem evidenciado preocupante grau de desagregação do núcleo familiar, com nefastas consequências suportadas pelo organismo social.

A vocação histórica, sociológica e mesmo política da Ciência Jurídica, tem firmado em sua trajetória evolutiva, gigantesca preocupação com o fenômeno citado, relativo à deformação da família e da sociedade, dedicando a essa temática a mais expressiva criação doutrinária.

Vislumbrando, por fim, aspectos menos doutrinários, pontificamos a necessidade de formação específica de agentes ministeriais para exercício funcional no âmbito do Direito de Família.

O cotidiano dos ambientes forenses tem demonstrado, eloqüentemente, que a problemática contida na aplicação do Direito de Família deve contemplar uma postura permanentemente dotada de sensibilidade humana e social a ser praticada pelos operadores do Direito.

Desprovido da mencionada qualidade, o múnus ministerial não alcançará sucesso na persecução da grandiosa causa da Justiça, possível através do estuário institucional da correta aplicação das leis e do Direito.

Bibliografia

- ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. Constituição da República Federativa do Brasil.
- LUZ, Valdemar P. *Curso de direito de família*. Caxias do Sul: Mundo Jurídico, 1996.
- MAZILLI, Hugo Nigro. *Regime jurídico do Ministério Público*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- _____. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. São Paulo, 1993.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família: uma abordagem psicanalítica*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- THEODORO Júnior, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

PSICOLOGIA JURÍDICA NA REFORMA DO DIREITO DE FAMÍLIA – LEGALIDADE DA SUBJETIVIDADE?

Fernanda Otoni de Barros

Psicanalista

Psicóloga Judicial do TJMG

Mestranda em Psicologia pela UFMG

Sumário

1. Introdução. 2. Psicologia jurídica – Legalidade da subjetividade? 3. A Psicologia jurídica na pós-modernidade: a interdisciplinariedade. 4. Um projeto interdisciplinar no tribunal de família. 5. Bibliografia.

1 INTRODUÇÃO

“Trata-se para mim, acima de tudo, de uma questão cuja elaboração precisa encaminhar-se mais no sentido de sua abertura que de seu fechamento. Isto significa, dentre outras coisas, que a faculdade do trabalho que se possa realizar neste terreno – neste interregno, mais precisamente, inclusive no sentido etmológico deste termo: aquilo que medeia entre dois reinos –, pressupõe uma aposta na insistência da indagação, mais do que na dimensão do que daí possa vir como resposta.”¹

Senti-me na responsabilidade de repassar historicamente o lugar da Psicologia Jurídica, para que pudéssemos rever seus conceitos e paradigmas, promovendo a ruptura com o que está ultrapassado, para que esta tenha um lugar dentro dos paradigmas que delinham a “Reforma”.

1 MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. Subsídios para pensar a possibilidade de articular direito e psicanálise. In: *Direito e neoliberalismo* – Elementos para uma leitura interdisciplinar. Curitiba: EDIBEJ, 1996, *passim*.

Sabemos como é difícil aproximarmos do ideal de justiça – não se trata disto. O ideal contém sempre algo de irrealizável, não existindo enquanto possibilidade de encontro, a não ser da forma como visitamos um belo horizonte... sempre que nos aproximamos dele ele se afasta de nós em igual distância, pois entre o real e o ideal está a medida do inatingível. Mesmo sabendo disto, não nos conformamos, insistimos em procurar e visitamos enquanto miragem um belo horizonte.

2 PSICOLOGIA JURÍDICA – LEGALIDADE DA SUBJETIVIDADE?

“É o tempo que faz evoluir e morrer todas as crenças. Através dele, estas adquirem o poder de que dispõe e é também por causa dele que o perdem.” (*Gustave Le Bon*)

A Psicologia Jurídica inseriu-se no ordenamento jurídico, primeiramente como prova pericial. Trata-se de uma perícia psicológica, para dar provas da verdade sobre os atos psíquicos.

“Teoricamente, auxiliariam a Justiça oferecendo um conhecimento sobre a verdadeira personalidade das partes, determinando o grau de culpabilidade, apontando a verdade sobre a psiquê humana. [...] O auxílio do técnico é formador da convicção do Juízo, para que este julgue, intervenha na vida privada de uma forma que pode almejar ser educativa, preventiva ou punitiva. Para que o Estado determine o que é o melhor para o indivíduo e para a sociedade.”²

Mas os fatos nunca são objetivos e não se sabe se são atos ou ficções a matéria que transita nos Tribunais de Família, dada a estrutura subjetiva que perpassa todo o litígio.

O Sistema Jurídico, dentro de seus paradigmas atuais, conhece suas limitações para definir objetivamente sobre o fato subjetivo, mas acredita, tenha a crença, na emergência da verdade para garantir sua intervenção,

2 BARROS, Fernanda Otoni de. Psicologia jurídica. *Anais da Primeira Semana de Psicologia da PUC-Minas*. Belo Horizonte: PUC, 1995.

mesmo considerando, como nos alerta *Agostinho Ramalho Marques*, que o estatuto da verdade no campo do Direito sofre uma pluralidade de interpretações.

“A diferentes concepções do Direito correspondem diferentes concepções da verdade e, por conseguinte, uma produção de critérios de verdade também diferentes. Para uns, por exemplo, o critério decisivo é o da objetividade, da correspondência dos fatos, critério este que privilegia a verificabilidade empírica e o método que a ela conduz. Para outros, o âmbito da verdade se localiza na dimensão do discurso que não comporta contradição de linguagem. [...] A diversidade de concepções sobre os critérios de verdade não deixa de deslocar um pouco o conceito de verdade de um eixo apenas lógico e teórico. Nesta perspectiva, pode-se dizer que a verdade, no campo do Direito, não é apenas uma questão lógica, teórica e epistemológica. É também uma questão ética e política.”³

Neste contexto chamam os “peritos” para dizer a ela qual é a verdade do ato. Já que o aparato judicial, o Direito e os homens da lei não são suficientes para encontrar a verdade, seja na vertente discursiva ou na vertente da objetividade empírica, apostam que os técnicos *psis* possam fazê-lo, na matéria de sua competência.

Psicanalistas, psicólogos, psiquiatras entram para o cenário jurídico de uma forma oficial, instituem-se os peritos em matéria *psi*, são convidados a falarem o que sabem, para fazer chegar nos autos a verdade sobre os fatos para que a justiça seja feita.

A Psicologia ganha o estatuto de ciência, é legitimada pelo mecanismo que regulamenta as funções sociais, e ganha uma parcela de poder em contextos sociais de reconhecida relevância. É tentador...

“É na experiência que percebemos como este convite é tentador. O profissional comprometendo-se com esta demanda torna-se um tentador, tento... descobrir a verdade... mas insiste sem tê-la toda.”⁴

3 MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *Op. cit.*, *passim*.

4 BARROS, Fernanda Otoni de. Interdisciplinariedade, uma visita ao tribunal de família pelo olhar da psicanálise. In: *Direito de família contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, *passim*.

Na prática, veremos que a articulação da Psicanálise, Psicologia e Psiquiatria à Justiça, como indica o campo da Psicologia Jurídica, nos faz questionar os limites deste saber, a ética e sua intervenção no campo social.

O psicólogo jurídico, primeiramente, foi introduzido no campo jurídico como um perito que auxilia com um conhecimento técnico sobre a verdade das tramas familiares para que o Juízo possa definir o que é o melhor para esta família.

“Existe uma máxima no campo jurídico que diz que aquilo que não existe nos outros não existe no mundo. O conhecimento técnico entra para os autos sob a forma de laudos periciais, para fazer constar nos autos a legalidade da subjetividade.”⁵

São casos de separação conjugal, geralmente casos em litígio, onde os pais não acordam sobre a guarda dos filhos e sobre as visitas e tentam provar na Justiça seus motivos para impedir o outro cônjuge de ter a guarda ou de visitar seus filhos.

O Juízo demanda ao psicólogo uma verdade sobre a organização psíquica destas famílias e em alguns casos pede, expressamente, a opinião do perito sobre o que é melhor para a criança, qual pai é mais adequado psicologicamente para ter a guarda, verdade sobre a personalidade “doentia” denunciada nos processos.

Folgueira-Castro e Passarelli escreveram artigo sobre *A Perícia Psicológica nas Varas de Família*.⁶

“Os psicólogos elaboram laudos periciais em processos que envolvem: modificação de guarda de filho, regulamentação de visitas, destituição de pátrio poder, anulação de casamento e pensão alimentícia, entre outros. A função do psicólogo nestes processos é esclarecer aos magistrados as motivações inconscientes das partes envolvidas na ação, dando um parecer sobre qual a sentença mais adequada, do ponto de vista psicológico, a ser determinada na ação.”⁷

5 *Ibidem*.

6 FOLGUEIRA-CASTRO, PASSARELLI. *A perícia psicológica nas varas de família*. Congresso Ibero-americano de Psicologia. Espanha: Madri, jul. 1992.

7 ANDRADE, Carlos Drummond. *A verdade* - Poesia inédita.

Tendo em vista que os processos são verdadeiras literaturas ficcionais, onde versões discordantes tentam convencer a Justiça de sua veracidade, apresentando provas da patologia dos pais, de sua incapacidade para cuidar e guardar os filhos, enfim, lugar repleto de aversões, campo imaginário e fantasmático, problematizo esta função pericial apontada por *Folgueira-Castro* e *Passarelli* perguntando: “Como elaborar um parecer sobre a sentença mais adequada e, ainda, como esclarecer aos magistrados as motivações inconscientes? Como capturar esta verdade?”

“A psicanálise nos aponta que a verdade é sempre não toda, impossível de ser apreendida em sua consistência e que não existe uma verdade única, sendo que cada um constrói a sua ficção sobre a sua história em torno de uma verdade que é absolutamente particular.”⁸

Mas é a mesma psicanálise que nos diz que onde passar a psicanálise por certo já haverá passado um poeta e, por isso, chamo *Carlos Drummond de Andrade*:

A VERDADE

“A porta da verdade estava aberta, mas só deixava passar meia pessoa de cada vez. Assim não era possível atingir toda a verdade. Porque a meia pessoa que entrava só trazia o perfil de meia verdade. E sua segunda metade voltava igualmente com meio perfil e os meios perfis não se coincidiavam... Arreentaram a porta. Derrubaram a porta. Chegaram ao lugar luminoso, onde a verdade esplendia seus fogos. Era dividida em metades diferentes um da outra. Chegou-se a discutir qual a metade mais bela. Nem uma das duas era totalmente bela. E carecia optar. Cada um optou conforme seu capricho, sua ilusão, sua miopia.”

Percebemos que numa situação de litígio cada parte vem trazendo uma história e que estas histórias nunca se casam. Há um litígio para além do conjugal, um litígio estrutural que atravessa os discursos de todos os sujeitos desta organização familiar. Cada um, do seu canto, tem uma história própria para contar, cada um defendendo a sua versão, dos pais aos

8 BARROS, Fernanda Otoni de. *Interdisciplinarietà, uma visita...*, cit., *passim*.

filhos, transmissão do mal-entendido que estrutura todos os discursos. Mas esta história não é destituída da verdade, mesmo diante de tantas versões, ela suporta em seu bojo algo da verdade do sujeito, um ponto irreduzível, e não podemos nos ensurdecer a isto.

Sabemos que os atos do sujeito são atravessados pelo inconsciente, a descoberta freudiana descortinou ao mundo a primazia deste sobre a consciência, uma vez que, como diz *Lacan*, o inconsciente “... não deixa nenhuma de nossas ações fora do seu campo”,⁹ são determinações inconscientes.

Percebemos que a queixa do filho ao pai é desconhecida pelo pai e este por sua vez oferece ao filho um lugar onde este não se reconhece. Uma sucessão de mal-entendidos desencadeia demandas que não são compreendidas, doações que não são recebidas, queixas que vêm na Justiça tentar retificar o mal-estar das relações, cobrar o que não recebeu, defender sua verdade.

Neste ponto, gostaria de traçar o esboço de algumas dificuldades que atravessam a Psicologia Jurídica dentro do campo do Direito, se esta se mantiver comprometida em responder a demanda jurídica nos moldes tradicionais... existirá uma impossibilidade de responder à demanda nos termos em que ela é formulada.

1. Se a Psicologia Jurídica tem como fundamento, no campo jurídico, oferecer a verdade psíquica aos autos, sabemos que esta verdade é sempre pelas metades, não é possível apreender toda a verdade do sujeito. Impossível responder à demanda de dar provas da verdade. Existem certas verdades que determinam a vida do sujeito, mas que são inconscientes e, desta forma, inapreensíveis; o sujeito, para guardá-las em seu estatuto estruturante, defende-se delas e não as revela, a não ser enquanto tropeços, nas entrelinhas.

2. A segunda dificuldade decorre da primeira, pois o sujeito da Psicologia Jurídica não é o mesmo sujeito do Direito e sim o sujeito do inconsciente, de impossível apreensão na sua totalidade, pois ele só aparece quando desaparece a razão. O estatuto do sujeito que o Direito aborda é diferente daquele que escutamos. Isto aponta para uma impossibilidade de complementariedade entre o Direito e a Psicologia.

9 LACAN, Jacques. *Apud* POMMIER, Gerard. *O desenlace de uma análise*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1990, *passim*.

Quanto à questão das manifestações do inconsciente, percebemos que:

“... o campo jurídico pressupõe a existência do sujeito do inconsciente na construção dos fatos, que tem a função de julgar. Reconhece que o homem realiza atos seguindo uma trama psíquica que lhe é peculiar e esses atos são manifestações de agressividade dirigidas a outro em suas relações sociais.

É porque reconhece o campo do inconsciente que pede ao perito *psi* que apresente esse sujeito inconsciente adequando-o ao sujeito cartesiano, ou seja, que o faça constar nos autos, que transforme em consciente aquilo que é inconsciente, traduzindo-o, interpretando os atos do sujeito para o Juízo.”¹⁰

É *Gerard Pommier* quem nos fala da impossibilidade de tradução do inconsciente, pois não se encontra em lugar acessível: “A interpretação não explica nada e não levanta o recalçamento. Não se tratará de um levantamento do recalçamento ou da abolição de toda amnésia [...] o inconsciente não reside em nenhum lugar acessível.”¹¹

Aquele que vem para uma entrevista com o psicólogo judicial, seguindo uma determinação do juiz, não vem disposto a falar da sua intimidade, mas vem, sobretudo, falar aquilo que pode lhe favorecer para ganhar a sua verdade, advogam em causa própria, dizem o que pensam que podem e não falam sobre o que acredita ser tropeço. Trazem a escrita da sua versão numa falação ao infinito, por não querer saber daquilo que é irredutível no discurso.

Neste discurso pelas metades, várias coisas escapam para os nossos ouvidos atentos à posição do sujeito diante da situação e suas manobras.

Freud nos adverte no texto *A Psicanálise e a Determinação dos Fatos nos Processos Jurídicos* que este depoimento está prejudicado, pois o sujeito não está ali numa posição de quem fala de si. A resistência é consciente e isto coloca muitos limites na construção de um diagnóstico sobre estes dados escutados de uma fala mal dita.¹²

O *setting psi* pressupõe sigilo. O sujeito é convidado a falar sobre o que desconhece, sobre aquilo que é sigiloso, pois suporta certo desamparo e

10 BARROS, Fernanda Otoni de. *Op. cit.*, 1995.

11 POMMIER, Gerard. *O desenlace de uma análise*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1990, *passim*.

12 FREUD, Sigmund. A psicanálise e a determinação dos fatos jurídicos (1906). In: *Obras completas*. Rio de Janeiro: Imago, 1984, v. IX.

sofrimento. Já o *setting* da Psicologia Jurídica, da forma como ela está estruturada, ou seja, um lugar pericial, não pode oferecer ao sujeito esse convite a sua aparição, pois aquilo que for dito poderá ser lido por seus “piores inimigos” e vir a público. Coisas que o sujeito guarda mesmo de si.

“Pergunto-me, constantemente, se o psicólogo judicial tem a função de revelar, através do laudo pericial, aquilo que para o sujeito ainda está velado, porque teve acesso através de testes, através das entrelinhas que escapam ao sujeito, mas não ao nossos ouvidos.”¹³

Qual o efeito desta revelação no campo do sujeito e em suas relações sociais e no próprio campo do Direito?

Qual é a ética que sustenta esta atuação deste tipo de Psicologia Jurídica? Quais são os limites da nossa intervenção? Seremos retratistas, retratando sem autorização um momento da vida do sujeito e traços de sua constituição, entregando-o para um outro decidir o que fazer com isto? Para que serve esse uso do conhecimento técnico *psi*?

“As pessoas envolvidas no processo judicial perdem num só golpe a verdade que construíram sobre si e a condução da sua história de vida, alienados a um laudo que os revela numa intimidade desconhecida e submetidos a decisão de um outro (juiz) sobre um ser onde não se reconhece.”¹⁴

Já escutei profissionais dizendo que “se eles (as partes) não resolveram seus problemas sozinhos é porque esperam que a Justiça resolva por eles; eles não estão dando conta de resolver com autonomia e entregam suas vidas nas mãos da Justiça, não têm estrutura psíquica naquele momento para discernir o que é melhor, ou para se responsabilizarem sobre seus atos.”

Será que contribuiremos para que este sujeito continue alienado, sem se separar desse outro? Não foi bem isso que aprendemos sobre o que seria “o melhor” para o sujeito... *Lacan* nos disse em seu texto *Ciência e Verdade*:

“Da nossa posição de sujeito somos sempre responsáveis. Que chamem isto, onde se quiser, de terrorismo. Eu tenho o direito de

¹³ BARROS, Fernanda Otoni de. *Op. cit.*, 1997.

¹⁴ *Ibidem.*

sorrir, pois não é em um meio onde a doutrina é abertamente matéria de transações, que eu temeria ofuscar alguém formulando que o erro de boa-fé é, de todos, o mais imperdoável.”¹⁵

Devemos desconfiar das boas intenções, inclusive nos precavendo sobre esta, pois a legitimidade da responsabilidade encontra-se no fato desta ser o efeito de uma decisão que posiciona o sujeito diante de seu desejo.

“A posição cartesiana de um psicólogo judicial serve, apenas, para garantir a onipotência narcísica do psicólogo que acredita ser possível responder a demanda jurídica com a verdade cartesiana. Nada serve ao sujeito, pois não provoca uma retificação subjetiva e nem serve à Justiça, pois o saber apresentado como verdade cristalizada é uma ‘ficção psicológica’.”¹⁶

É, de fato é preciso rever os conceitos e paradigmas, para estarmos mais próximos de uma posição ética. Caso contrário, a Psicologia continuará intervindo no campo jurídico como um instrumento de alienação e subordinação do sujeito a um discurso do mestre, que pretende saber sobre o que é o melhor, a serviço do poder.

Pierre Legendre já dizia que a grande arma do poder é fazer-se amar, o amor do censor,¹⁷ amamos aquele que tem o poder e em quem supomos o saber, numa alienação servil.

O Direito, na modernidade, teve sua estrutura na manutenção deste estado das coisas, como bem diz *Jeanine Nicolazzi Philippi*:

“A ordem jurídica moderna, nesta perspectiva, deve ser vista como uma ordem laica que assegura, na sociedade contemporânea, as mesmas funções e finalidades anteriormente sustentadas pelas práticas religiosas. O que mudou foi apenas o envólucro do discurso que, no seu interior, mantém intocável a relação de autoridade estabelecida para domesticar os homens. O que está

15 LACAN, Jacques. La science et la vérité. In: *Écrits*. Paris: Seuil, 1966.

16 BARROS, Fernanda Otoni de. *Op. cit.*, 1995.

17 LEGENDRE, Pierre. *O amor do censor, ensaio sobre a ordem dogmática*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1983.

em jogo nas tramas institucionais, como também nos textos jurídicos, é a produção e a reprodução de um fazer crer, que não modifica quanto a sua função de reger, dominar e condicionar o gênero humano.”¹⁸

A Psicologia Jurídica serviria como mais um instrumento de interpretação das cenas familiares apresentadas, arraigada em crenças teóricas próprias a cada linha de pensamento psicológico, produzindo um corpo de provas que objetivariam a reprodução do discurso da ordem, submetendo os envolvidos aos ditames deste saber. Neste campo, na análise das provas apresentadas, ou seja, dos testes psicológicos, das análises das entrevistas, das dinâmicas familiares realizadas, retira-se o material necessário para a formulação de uma sentença psicológica, vulgo, laudo psicológico, tendo-se garantido a realização do ritual processual técnico-psicológico necessário para formulação da convicção.

O exercício de tal Psicologia Jurídica teve seu suporte conceitual na filosofia positivista e sustentou-se numa posição paradigmática cartesiana, própria da estrutura da modernidade.

A legalidade da subjetividade seria isto: legalizar, regulamentar a subjetividade das relações através de um documento chamado parecer psicológico, estudo psicológico, laudo psicológico, como queiram... um parecer positivo. Parece-nos que a Psicologia Jurídica, seguindo os paradigmas jurídicos, transformaria-se num lugar onde seu representante seria um pseudojuiz, ou melhor, um árbitro psicológico, a serviço da manutenção do poder.

Mas os paradigmas jurídicos estão em crise, como nos alerta *Alicia Ruiz*:

“... está em crise esta concepção metafísica da subjetividade e da noção de responsabilidade que ela implica. Segundo *Luc Ferry*, descortinam várias possibilidades com a noção do inconsciente, e não cremos como *Descartes*, que somos transparentes para nós mesmos. A célebre fórmula de *Rimbaud* ‘*Je est un autre*’ tem confirmação desde a psicanálise e desde a filosofia contemporânea. Veja o caminho de *Freud* a *Lacan*, de *Nietzsche* a *Heidegger*, de

18 PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. Direito e psicanálise – Um diálogo com o pensamento Pierre Legendre. *Revista Alter Ágora* 1, Santa Catarina, Florianópolis, maio/94.

Foucault a Derrida, de Althusser a Barthes. [...] O sujeito de direito não será livre ou autônomo, ou em todo caso apenas disporá daquela liberdade e daquela autonomia que a ordem social lhe concedem. [...] Se o sujeito do direito não pode ter o estatuto de autor, cuja consciência e razão lhe garantem o conhecimento pleno e verdadeiro e a capacidade de decisão absoluta (porque como sabemos o inconsciente está aí e com esta referência há um descentramento constitutivo de toda dimensão da intencionalidade consciente), então, as ficções do direito caem exibidas com o que são, ficções.”¹⁹

Nesta crítica à posição do Direito na modernidade instaura-se um processo de repensar o Direito dentro de uma postura pós-moderna, uma vez que este campo ainda está em construção, a partir de uma leitura distinta da subjetividade.

Se no discurso da Revolução Francesa, “liberdade, igualdade e fraternidade”, extraímos o assentamento do pensamento moderno, extraímos também a face dogmática, utópica e positivista do Direito e, conseqüentemente, da Psicologia Jurídica trabalhando a serviço de uma regulamentação das relações e do comportamento, com diagnósticos positivos, onde a fratura de sua inconsistência permanece incoberta pelos suportes dogmáticos teóricos. Encontramos nesse discurso a exclusão da diferença e as raízes da desigualdade social e da submissão alienada dos povos. “Todos iguais perante a lei” e perante a teoria geral estabelecida. Fazer esta crítica é propor uma ruptura deste sistema paradigmático em crise.

Como sabemos, momentos de crise, em que a antiga ordem já perdeu seu valor, *data venia* às resistências, são os momentos mais fecundos, pela discussão que instauram, pela busca de alternativas e por estimularem o surgimento de algo “novo”.

Qual outro lugar seria possível para a Psicologia Jurídica, pensando na Reforma do Direito de Família, na reformulação de seus conceitos e paradigmas, na postura pós-moderna? Deixaremos esta questão temporariamente em suspensão...

19 RUIZ, Alicia. *A desconstrução do sujeito do direito*. Primeiro Encontro Brasileiro de Direito e Psicanálise. Curitiba, 1994, inédito, mimeo.

3 A PSICOLOGIA JURÍDICA NA PÓS-MODERNIDADE: A INTERDISCIPLINARIEDADE

Vimos que para obturar o abismo entre a realidade das estruturas familiares na contemporaneidade e a família pressuposta pelo Código de 1916, constantes reajustes no Código, através de mecanismos jurisprudenciais, interpretações particulares e solitárias, permitidas pelas brechas da letra da lei, caracterizam cada vez mais o ditado popular: “Cada cabeça uma sentença”, cada caso é um caso.

Em matéria de Direito de Família, a subjetividade do julgador tem sido um instrumento importante na formulação da sentença, apesar de não ser o único, pois o Texto Legal, a Constituição, é a referência básica e a função do juiz é operar a lei.

“De qualquer sorte, ainda que, teoricamente, exista uma legitimidade vinda de fora (no nosso caso da própria Constituição), ela não descompromete o agente envolvido na decisão [...]. Afinal, diria um leigo: ‘essa gente tem consciência!’. E tem inconsciência. Em outras palavras, trazem consigo a marca do humano; e pagam um preço alto por isso e por estar naquele lugar: sofrem! Só um ingênuo é capaz de isso não ver.”²⁰

E como todo ser humano, em matéria de família, onde a questão da moral e da subjetividade se coloca de forma determinante, é grande a tendência em permitir que valores constituídos pela história pessoal sirvam de tela na interpretação do comportamento alheio.

Por que o Tribunal de Família torna-se um terreno fértil para as projeções subjetivas? Dentre as várias possibilidades de responder a esta questão, podemos pensar que uma delas seria o fato que a cena que se apresenta no processo litigioso é aquela constitutiva da sexualidade humana, em suas possíveis e inimagináveis vestes, onde as partes litigantes tornam público o testemunho de uma experiência íntima, privada.

Atos e pactos consentidos na experiência da conjugalidade são oferecidos ao olhar do Tribunal causando horror, capturando o Juízo com argumentos e cenas impactantes, fora da estrutura prevista pela ordem moral e

20 COUTINHO, Jacinto. Jurisdição, psicanálise e o mundo neoliberal. In: *Direito e neoliberalismo – Elementos para uma leitura interdisciplinar*. Curitiba: EDIBEJ, 1996, p. 71.

social. Tais cenas foram, na maioria das vezes, vividas e permitidas durante o pacto conjugal, de acordo com a estrutura subjetiva do casal, como contamos a música popular brasileira...

“O que a gente faz é por debaixo dos panos...
Pra ninguém saber...
onde eu ganho mais, onde vou perder...”²¹

As relações expostas sem cobre-leitos, desnudas de sua privacidade, horrorizam e, sob efeito desta emoção, adquirem posições defensivas ou paralisantes, cai-se o ideal de neutralidade e veremos fantasias em cascatas conduzindo a leitura do processo. Capturados pelos ditames das próprias fantasias, pela lei do particular, teremos como instrumento julgador o próprio inconsciente.

Gerard Pommier tece importante consideração sobre a questão, alertando-nos sobre a ambigüidade peculiar a toda estrutura subjetiva.

“Aquele que pede justiça – no fantasma do justiceiro – fá-lo por um objeto que em si mesmo é ilegal. É uma reclamação legal para algo que é ilegal. [...] Então esta diferença entre justiça e direito se deve ao fato de que o objeto do fantasma é inconsciente, uma vez que é o objeto do desejo que escapa, o objeto do desejo que faz com que o desejo em si possa aparecer para este que o reclama como um mal. Esta noção de justiça aparece tanto no mito de Édipo quanto em Hamlet, onde aquele que quer fazer justiça está em ruptura com a lei comum. [...] Ao mesmo tempo, a impressão de sofrer uma injustiça e de ter cometido uma falta.”²²

É inegável o entrelaçamento entre Direito de Família e a estrutura subjetiva das relações: lugar contraditório, onde o instrumento jurídico é insuficiente para dar conta de se inserir dentro da objetividade que este campo almeja, pois o fenômeno do impasse litigioso ocorre num terreno onde a antinomia e a ambigüidade são elementos relevantes.

²¹ MATOGROSSO, Ney. Música popular brasileira.

²² POMMIER, Gerard. *A lei e o ideal democrático*. Encontro Brasileiro de Direito e Psicanálise. Curitiba, 1994, inédito.

Jeanine Philippi declara que a leitura cruzada entre o Direito e a Psicanálise se inscrevem no espaço das discussões jurídicas como uma possibilidade crítica destinada a repensar o Direito, inscrevendo no campo de suas elaborações uma nova proposta para a subjetividade a partir do estatuto de sujeito, acabando por afetar discursos e práticas jurídicas naquilo que ambos silenciam para poderem operar socialmente.

“Na orientação que se trata de articular com o universo subjetivo do sujeito as suas implicações simbólicas, desvendam-se lugares pouco explorados que envolvem a inscrição de seres humanos em mundos que eles próprios terão de ressignificar sem a mediatização de nenhuma instância superior que lhes retire aquilo que lhes compete originalmente, isto é, a capacidade de construir e reconstruir os caminhos de suas existências.”²³

Neste lugar, talvez possamos pensar num projeto para a Psicologia Jurídica, dentro da perspectiva da criação de um novo campo, o da interdisciplinariedade, uma postura pós-moderna, onde a perícia como prova cederia lugar à intervenção psicológica, provocando um deslocamento da demanda como é formulada em sua origem, pois a demanda endereçada ao campo jurídico é povoada de fantasias e frustrações, coisas sobre as quais o jurídico não pode regular, mas que a Psicologia Jurídica pode e deve contribuir na retificação dessa demanda original numa demanda própria ao campo jurídico e que os restos deste recorte possam ter outro endereço.

A intervenção da Psicologia Jurídica no processo visa restituir ao sujeito que nos procura a dignidade de ser autor de sua história, trabalhando no sentido de promover uma implicação deste na tecitura discursiva e simbólica que apresenta, desmontando as ficções onde o sujeito se encontrava alienado, originalmente, ao endereçar à Justiça, este outro, os desígnios de sua vida.

O campo da Psicologia Jurídica tem como postura e função a intervenção na estrutura conflitual, ou seja, desbastar a demanda jurídica de seus excessos fantasmáticos, para reduzi-la ao ponto que possibilite a realização da função jurídica.

Ao campo jurídico restará o que lhe é próprio, a instituição da lei onde esta não há... ou seja, que o princípio de realidade opere um basta na

23 PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. *Op. cit.*

invasão do gozo, pois o sujeito sempre conta com a possibilidade de se deparar com “... um crocodilo de boca aberta ou a espada levantada do pai castrador”.²⁴

Esta operação simbólica permite o retorno ao cotidiano familiar da necessidade de se submeter a todo instante a uma dada regularidade sobre a desordem conflitiva, lesiva para o próprio sujeito e para os outros.

Lugar que rompe com os paradigmas anteriores, onde a verdade tinha compromisso com uma verdade geral, posta pela moral ou pela subjetividade do psicólogo ou juiz. Nesta nova proposta, a verdade se reduz à verdade do sujeito e este tem que se responsabilizar pelos efeitos disto, de não ter provas e as garantias que advêm de uma verdade única e ditatorial, de reconhecer a diferença, e desta forma reconhecer o outro.

É um trabalho que resgata a responsabilidade do sujeito pelos seus atos, num reconhecimento do outro e do desigual, extirpando a violência do direito que, ao excluir a diferença, transforma-se em violento censor.

“Não são necessárias verdades absolutas e valores universais. Tem veracidade a validade relativa do resultado cognitivo que se desenvolve dentro do contexto sociocultural. [...] Enxergar pelos olhos do outro, renunciando a violência, sem abandonar o direito.”²⁵

A Psicologia Jurídica promove a ruptura do ditame pericial e ocupa um lugar de intervenção e construção, portanto, um lugar a ser inventado em cada caso, espaço da diferença, um lugar problematizado, onde o desejo está implicado a todo tempo, pois a ética é quem rege a prática.

O que fazer da nossa prática, uma vez que no mundo nada está preparado para trazer ao homem satisfação, uma vez que o homem não pode formular nenhum princípio para o seu desejo e que não existe nem existirá uma ordem moral ou social que corresponda aos seus anseios, que lhe garanta felicidade e harmonia?

Lacan nos responde: “O que faço, por minha prática, é extrair a ética do bem dizer”.²⁶

24 SOLER, Colette. *L'analyse finie*. Cours 1993-94, Université de Paris VIII, Département de Psychanalyse.

25 BARATTA, Alessandro. Encontro Brasileiro de Direito e Psicanálise. Curitiba, 1994, inédito.

26 LACAN, Jacques. *Television* (mimeo).

Como bem diz *Agostinho Ramalho Marques*, “não basta falar de interdisciplinariedade, é necessário realizá-la”, trata-se de um espaço a ser ocupado e sobretudo... a ser inventado:

“A interdisciplinariedade só existe na medida em que é construída. Por isto mesmo é preciso não enxergá-la como uma panacéia científica, que pudesse de antemão garantir resultados. Ao contrário: do êxito de um empreendimento interdisciplinar somente *a posteriori* se pode falar. Todo um poder de criatividade, de sensibilidade teórica, algo análogo, como disse *Einstein*, à criação artística, tem aí um lugar constitutivo. Vejo nisso, sobretudo, a marca de um estilo de uma subjetividade, que joga um papel decisivo em todo contexto de criação.”²⁷

Neste viés, proponho apresentar a Psicologia Jurídica, nesta proposta de uma prática interdisciplinar, onde o psicólogo jurídico esteja implicado em seu fazer e mesmo sabendo que seu objeto de estudo é específico de seu campo, que os conceitos do campo jurídico não podem ser transpostos para o campo da Psicologia Jurídica simplesmente e vice-versa, que haja um transitar pelos interstícios, como propõe *Agostinho*, para a invenção de uma *praxis* que esteja *ao lado de* ao invés de *misturada à*, pois:

“... um dos sentidos cruciais que a noção de interdisciplinariedade comporta: o de que o discurso e o campo de uma disciplina teórica podem afetar e, conseqüentemente, serem afetados pelo discurso e campo de outras disciplinas.”²⁸

Este é o desafio do presente trabalho, construir o espaço da Psicologia Jurídica na reforma do Direito de Família como um lugar de interdisciplinariedade, perguntando-nos constantemente se é possível regulamentar a diferença, marca da estrutura subjetiva, ou melhor, qual é a possibilidade de expressão de uma lei comprometida com a singularidade de cada caso?

27 MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *Op. cit.*, 1996.

28 MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *Op. cit.*

Cyro Marcos da Silva, psicanalista e juiz aposentado, numa entrevista realizada por Betch Cleinman, nos convida a construir um espaço interdisciplinar:

“... Muita coisa escapa à lei. No entanto, o Juiz tem de lidar com este fato. Segundo o art. 126 do Código do Processo Civil, o juiz ‘não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei’. Apesar de nem sempre existir uma lei específica para cada caso, o juiz tem de pensar uma forma de julgá-lo. Se as fontes do Direito nem sempre cobrem todas as possibilidades do real, por que, então, não recorreremos a outros ramos de saber para tentar falar das lacunas da lei?”²⁹

4 UM PROJETO INTERDISCIPLINAR NO TRIBUNAL DE FAMÍLIA

“Qual é o traumatismo que interessa ao psicanalista, senão o do amor? Sem dúvida é um paradoxo comparar o amor a um fato violento, mas não é o que acontece quando aquele a quem o impulso do coração apela é um sedutor que se esquia?”³⁰

“A sexualidade é sempre traumática.”³¹

A complexidade característica dos conflitos familiares apresentados pelo litígio mascaram a realidade intersubjetiva que os funda e sustenta, o exercício da sexualidade em sua concepção mais ampla, que é a forma de estar em relação ao outro, posições diante da diferença, diante do homem e da mulher, diante dos filhos, frutos de uma escolha, amorosa ou não, mas sempre, uma escolha sexual.

Neste ponto encontramos o objeto de estudo da Psicologia Jurídica e seu lugar de intervenções.

Nos corredores de um Tribunal de Família ouvimos o eco das apelações insatisfeitas, os desencontros amorosos causando a demanda de uma reparação, esperando que a lei possa colocar-se em boa posição, regular o irregular.

29 SILVA, Cyro Marcos da. Defesa do cidadão. *O Globo*, 15 nov. 1997.

30 POMMIER, Gerard. *A neurose infantil da psicanálise*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1992.

31 LACAN, Jacques. Clôture des journées des Cartels. In: *Lettres de l'École Freudienne*, Paris, 1975, n. 18.

A frustração conjugal, ao criar a demanda jurídica, provoca a instituição de uma lei. Os operadores jurídicos são chamados para intervir neste terreno criado pelos artificios da subjetividade humana, as normas se colocam na função de regular o caos deflagrado, a objetividade jurídica encontra-se diante do muro que a trama subjetiva das relações impõe... “o que não tem governo e nem nunca terá, o que não tem juízo...”³²

Freud explica que as escolhas amorosas são sempre escolhas de objeto, o outro a quem amamos diretamente ou pelo avesso, corresponda ao nosso apelo ou se esquive dele, tem sempre a estrutura de um objeto, pois emprega seu corpo para que nossas fantasias sejam ali depositadas.

“A escolha de objeto, que é tão estranhamente condicionada, e esta maneira extremamente singular de se comportar no amor, tem a mesma origem psíquica que encontramos nos amores das pessoas normais. Derivam da fixação infantil de seus sentimentos de ternura pela mãe e representam uma das conseqüências desta fixação.”³³

Isto traz a especificidade da estrutura subjetiva, pois um sujeito nunca se relaciona com outro sujeito e sim com um objeto, é o reconhecimento da existência do outro que nos permite perceber que lá onde desejamos um objeto idêntico as nossas fantasias e desejo, insiste a diferença, ou seja, outro sujeito, inapreensível em sua singularidade, inexplicável e que faz mancar a estrutura objetal.

Esta é a particularidade da subjetividade humana. *Lacan*, em seu Seminário, *a Relação de Objeto*, nos apresenta os três tempos da subjetividade:

“Os três tempos da subjetividade, na medida em que esta se relaciona com a frustração, sob a condição de se tomar esta última no sentido da falta de objeto, serão facilmente encontrados por vocês se refletirem inicialmente na posição zero do problema, a instituição do símbolo puro de mais ou menos, presença ou ausência, que nada mais é que a posição objetivável. [...] O segundo tempo [...] é uma espécie de demanda pela qual se situam em posição de serem gratificados ou não pela resposta do outro [...] o estágio segundo

32 BUARQUE, Chico. *A flor da terra*. Música popular brasileira.

33 FREUD, Sigmund. Um tipo de escolha de objeto feita pelo homem. In: *Obras completas*. Rio de Janeiro: Imago, 1984.

da relação dual, à medida que se institui o apelo e a resposta, sob o qual se estabelece o nível da frustração. [...] A terceira dimensão que lhe dá seu sentido, aquela da lei, sob uma forma que sempre está latente no exercício do jogo. [...] A instituição de uma lei ou de uma regularidade concebida como possível [...] é nesse momento que se estabelece o que está fundamentalmente no jogo e que lhe dá seu sentido intersubjetivo, situando-o numa dimensão não mais dual, e sim ternária.”³⁴

No Tribunal de Família assistimos ao que antecede a demanda – a frustração causada pela falta de objeto... o outro falta ao sujeito para responder suas fantasias –, registra-se sob o nome de petição inicial a demanda jurídica, ou seja, a expressão do litígio, que é uma expectativa de retificação e recuperação da falta. O próximo passo é aguardar o terceiro tempo, digo, o instituto da lei.

Só que todo este processo se dá numa operação de alienação, onde não há a implicação do sujeito e este responsabiliza o outro, a todo tempo, pelas suas frustrações. Uma lei que opere neste registro não tem função dentro da estrutura subjetiva, pois assistiremos o retornar da demanda jurídica, visto que a lei vinda de fora, alienadamente, não é capaz de operar a separação do sujeito de suas ficções, fixações. O sujeito continuará fixado em seu objeto, e não se separando dele, mantendo-o na posição objetal, retornará a frustração.

Este é o espaço para a intervenção da Psicologia Jurídica.

Alguns projetos podem ser delineados, tendo em vista uma proposta de emancipação da subjetividade, ou como aposta *Jeanine Philipi*:

“Uma verdadeira ação emancipatória deve consistir em demonstrar que seres humanos não têm necessidade de totens, que eles podem inventar e reinventar as leis sem remeter a sua criação a instâncias míticas que os ultrapassam. Isto não é anomia, mas autonomia, ou seja, a capacidade de o sujeito questionar a todo momento: por que esta lei e não outra? O sujeito deve saber que, no momento decisivo, não há possibilidade de garantia alguma que possa advir da substituição de personagens ou das promessas

34 LACAN, Jacques. A relação de objeto. In: *O seminário 4*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1995.

de projetos centrais. Para imaginar um mundo diferente e uma sociedade mais autônoma, faz necessário, portanto, alterar profundamente e criticamente as formas de conceber o sujeito, repensando sua posição no laço social como uma oportunidade de projetar a utopia de um mundo novo (quem sabe por fim) de ser humano...”³⁵

Dentro desta perspectiva temos a mediação familiar, que é uma proposta de intervenção em situações de litígio, visando a desconstrução deste para a construção de uma outra aliança.

Hoje percebe-se, por exemplo, em situações de litígio conjugal, que as bases do litígio são estruturadas fora do campo jurídico. É de ordem subjetiva... construções ficcionais.

O que move o litígio são circunstâncias inconscientes, que movimentam toda relação conjugal e perduram pós-separação, reaparecendo no processo litigioso como demandas objetivas, queixas e pedidos inconciliáveis. O discurso aparente não dá conta de explicitar aquilo que, na verdade, está obturando todo o andamento processual.

O campo jurídico não dispõe de instrumentos para desfazer o nó litigioso, de natureza subjetiva, e, ao se apegar nas questões objetivas alencadas no processo, na maioria das vezes, realimentam a disputa e a proliferação do litígio.

Sabemos, também, que uma decisão judicial não terá efeitos substanciais se o miolo subjetivo não for elaborado de uma forma exaustiva, o que justifica a reincidência de processos num mesmo caso.

As sentenças dadas não sanam a problemática subjacente, inconsciente, e esta reaparece, sob novas vestes, em outro processo, intensificando o conflito familiar, causando enorme prejuízo à constituição psíquica das crianças envolvidas no processo, bem como fragiliza o laço familiar pós-separação.

Considerando a situação psíquica do litígio, surgiu a necessidade de estabelecer um novo campo de trabalho, capaz de trazer novos instrumentos para manejar o nó litigioso. Operar no campo simbólico da ficção apresentada como aversão. Falamos da mediação familiar.

35 PHILIPPI, Jeanine. *Porque obedecer as leis, repensando a posição do sujeito no laço social*. 1993, inédito, mimeo.

Tendo em vista, que cada um tem a sua verdade sobre o caso, a sua versão... é preciso escutar. A mediação tem na escuta o seu maior instrumento de trabalho, pois permite que o sujeito possa escutar a sua verdade, a cadeia simbólica na qual se encontra aprisionado, seus interesses ocultos pelo discurso que apresenta e reconstruir a história, de uma forma onde haja um compromisso do sujeito com a história que construiu, onde ele se encontra implicado na versão e não vítima de um outro perigoso.

É preciso promover a desconstrução do litígio, “a implicação da parte naquilo que ela pede ou impede através da demanda”.³⁶

O exercício da escuta por aquele que fala, permite que este encontre naquilo que diz a sua responsabilidade pelo fracasso e perdas que o processo de separação traz. Não falemos de culpa... não existe culpado, uma vez que a escolha é sempre inconsciente e os atos deflagrados durante o exercício da conjugalidade, invariavelmente, são sobredeterminados pelo romance familiar registrado inconscientemente. Mas isto não os exime da responsabilidade por seus atos, por ter escolhido ou ter sido capturado pela escolha...

O encontro com esta responsabilidade, fazer-se autor do texto, permite que conteúdos subjetivos sejam elaborados pela releitura do romance familiar, escutando as fantasias em torno do laço conjugal.

O que é difícil não é a separação, muitas vezes esta é a única saída, mais difícil é o rompimento de uma fantasia. Desta forma, aposta-se na autonomia do sujeito em escrever a saída para o impasse, responsabilizando-se por ela. Este movimento, traz, como efeito, maiores possibilidades de afastar a reincidência processual, pois as partes escrevem a sentença ao invés de se submeterem à sentença do juiz.

Desfeito o nó litigioso, é possível a construção de um acordo, outra aliança, sobre dados de realidade objetivos, como pensão, guarda, visitas, partilha... etc.

Este trabalho é fértil num terreno parajudicial, porque a determinação judicial coloca o sujeito diante de uma imposição do outro e é necessária uma disponibilidade psíquica para construir uma saída fora do litígio. As pessoas têm que desejar... E sobre o desejo não há lei que ordene.

Desta forma, vimos a necessidade de formular um trabalho parajudicial, que trabalhe antes do processo jurídico instituído. Hoje, temos este trabalho em funcionamento na Defensoria Pública de Minas Gerais ou em escritórios particulares especializados nesta questão.

36 SILVA, Cyro Marcos da. *O Globo*, 15 nov. 1997.

Caso o processo já esteja em andamento, que seja interrompido os trâmites judiciais, “dar um tempo” no levantamento de provas contra o outro, para que em outro lugar, as partes possam escutar os pontos de cristalização do litígio, trabalhar sobre eles, no sentido de construírem uma saída que contemple seus interesses fundamentais, ou seja, separar-se do outro e escrever uma saída sem par.

Este trabalho pode ser instituído oficialmente no setor de Psicologia Jurídica do Tribunal de Família, como alternativa ao trabalho pericial, uma vez que o processo já foi instaurado judicialmente, ou escritórios em especializados, desde que haja uma suspensão dos trâmites judiciais e o desejo das partes nesta tentativa de resolução do conflito.

É o próprio *Cyro*, que diz ser necessário ao juiz ter um eu enxuto de uma inflação narcísica, ou seja,

“O juiz não pode desocupar o lugar de mediação entre o real do litígio e um dito final, um ponto de basta [...] O juiz deve sempre estimular a autocomposição do litígio [...] autocomposição não é autotutela, o justicamento fora da ordem simbólica ofertada pelo direito.”³⁷

Trata-se de uma oportunidade de trabalhar a separação conjugal e retornar para o campo jurídico apenas o que é de direito, um acordo sobre os dados objetivos para que os instrumentos jurídicos possam regulamentar. É esta a aposta...

Este trabalho tem como efeito uma elaboração e elucidação dos conflitos, com a construção de saídas que atendam às partes, sabendo, é claro, que perdas são inevitáveis...

Mas a responsabilidade do sujeito se coloca nesta medida... a perda é a medida. Que cada um possa avaliar aquilo que é insuportável de perder e trabalhe em função desta medida estrutural.

O comprometimento e a responsabilização das partes na desconstrução do litígio, redigindo um acordo provoca, em decorrência, uma agilização do processo jurídico, que tendo sanado a questão subjetiva que obturava o deslizar processual, apenas terá que lidar com a regulamentação do acordo já assinado pelas partes, que foram os responsáveis pela resolução do conflito, meatizados pelos operadores simbólicos do Direito.

37 SILVA, Cyro Marcos da. *O Globo*, 15 nov. 1997.

O que parece, num primeiro momento, como inconciliável, motor que levou as partes a procurarem os advogados ou até mesmo entrar com o processo na Justiça, delegando ao outro a responsabilidade pela resolução do conflito, após o trabalho da mediação familiar, poderá ter outro entendimento...

Existem certas demandas que são inconciliáveis... por exemplo, que o outro seja perfeito como nos nossos sonhos, que ele se encontre sempre no lugar esperado, que ele seja justo à nossa verdade... ou ainda, que ele seja eterno.

Se for possível um trabalho, onde as partes concordem sobre as diferenças, consigam fazer a conta matemática... $1 + 1 = 2$, e não insistir no engodo idealizado de que $1 + 1$ pode ser UM, é bem provável, no valor da prova, que este casal possa concluir pela separação... e continuar a sua história, fora dos corredores de um Tribunal de Família.

Mas não é sempre assim...

Existem casos onde as pessoas envolvidas não querem ou não podem naquele momento falar, escutar, resolver a situação emergente. Não é possível operar um desbastamento da falação ao ponto de redução. São casos onde as pessoas apresentam um discurso cristalizado, completos de verdade, sem furos e, portanto, sem muitos limites. São casos mais graves, onde em nome dessa verdade absoluta uma sucessão infinita de atos são precipitados, interferindo na vida dos sujeitos que constituem esta estrutura familiar.

O que podemos fazer? Apelar para o modelo de perícia tradicional, chamar os testes para confirmar as hipóteses diagnósticas, oferecer esse relato fenomenológico e cartesiano à apreciação do Juízo, junto com algumas considerações e sugestões sobre a “melhor” intervenção jurídica neste caso? Sabemos que tais considerações e sugestões são desprovidas de garantias, estaríamos apenas cedendo aos imperativos da demanda do Judiciário por não ter outra coisa para oferecer nesse lugar vazio de certezas.

Nestes casos, ainda é necessário um tempo de elaboração e muitas vezes a saída que o impasse demanda encontra-se fora do campo jurídico... casos patológicos, onde torna-se necessária a intervenção de um tratamento psiquiátrico, psicanalítico ou psicológico.

O jurídico tem que operar um ponto de basta no caos deflagrado. O lugar de tratamento não é lugar da Psicologia Jurídica, mas esta pode oferecer um espaço para que a convivência familiar tenha, dentro do que prevê o Estatuto da Criança e do Adolescente, garantindo às crianças envolvidas no processo, um lugar de convivência com seus pais, para que estas possam

construir a sua história familiar e não se submeterem como objeto alienadamente à história litigiosa que aquele que tem a guarda lhes oferece.

A criança torna-se, no processo litigioso, espectadora da dissolução conjugal. Muitas vezes os pais a transformam em participante ativa de uma luta entre eles, tendo que se posicionar contra ou a favor destes seres tão queridos e necessários para ela.

A conseqüência é, com freqüência, o mal-estar intrapsíquico na criança, traduzido em sintomas.

O interesse maior da criança aponta como seu direito não divorciar-se dos seus pais, conservando a ambos no lugar estruturante que lhes cabe em sua formação, enquanto sujeito em constituição.

A maternidade e a paternidade são sempre irreversíveis e irrenunciáveis na estrutura do romance familiar infantil.

Ao divórcio, conclusão final de um matrimônio fracassado, segue-se um tempo de pós-divórcio, no qual a conjugabilidade deverá se transformar em paternalidade, ou seja, deverá se criar uma nova forma de convivência familiar, onde as funções paterna e materna simbolicamente estejam em operação.

Pensando nisto, em casos onde o casal não conseguiu estabelecer um acordo e uma convivência familiar satisfatória, insistindo no espaço litigioso, precisando de mais tempo para poderem se separar, já que o litígio é a manutenção do laço conjugal pelo avesso, a Psicologia Jurídica pode, nestes casos, instituir um espaço como um tempo de visitas.

Através do Tribunal de Família, no espaço de intervenção da Psicologia Jurídica, a criança visitará seus pais, trabalhando as atuações do litígio na sua construção do campo paterno e materno, retificando as posições destas funções em sua história, podendo se separar da posição de objeto que o litígio conjugal a coloca.

Este tempo de visitas é um tempo que visita a possibilidade da convivência familiar pós-divórcio, sendo um tempo de intervenção na realidade da família, operando um desbastamento nas fantasias construídas através do litígio, acostando que o encontro do sujeito com o mal-entendido e o mal-estar das relações permitirá a oportunidade de uma retificação subjetiva e uma nova aliança.

Visitar o mal-estar em torno do qual o litígio de estrutura pode ser um tempo que precipite sua dissolução, como o efeito erosivo da tempestade sobre os corais em alto-mar.

Se a cristalização do litígio não permite a modulação da relação do sujeito ao outro, fora da versão idêntica a sua construção fantasmática, o confronto com o real da diferença e o mal-estar que este atravessamento provoca poderá desbastar a cristalização a um ponto onde seja possível o mínimo de visitação a uma posição ética: ou seja, um lugar onde o outro possa ser visitado, apesar de seus furos, sustentando a ética da diferença.

Um outro espaço importante para a Psicologia Jurídica é o espaço de intervenção possível ao assistente técnico, saindo este da posição de legitimar e orientar a parte que o contratou em sua versão, mas agindo interventivamente na ficção construída por esta parte, uma vez que os dispositivos transferenciais já estão em operação, para que este possa desconstruir a ficção litigiosa na qual a outra parte e, muitas vezes, seus filhos estão como objetos manipuláveis na manutenção de sua versão.

Este trabalho permitirá que o sujeito que procurou um assistente técnico se responsabilize pela sua implicação no processo de separação, sustentando a perda da fantasia que com esta relação se esvai e assumindo a condução dos restos que lhe cabe neste projeto, enfim... permitindo que o sujeito separe-se de verdade, da sua fantasia conjugal, assumindo o ônus, a perda que advém desta operação.

“Se no instante da paixão, uma escultura encobria o furo, fazendo promessas, alianças... No desenlace se trata de um reencontro com o furo do conjugal, com um lugar onde não é possível complemento, tamponamento, mas que paradoxalmente é o que possibilita continuar a desejar.

Não existe um culpado pelo desencontro amoroso, pois o desencontro já estava lá na singular forma de amar. A conjugalidade é um exercício litigioso, confronto de diferenças, estruturado em torno da ficção de amor que cada um constituiu, de forma ímpar.

Se o amor já não faz laços ou ‘se o anel que tu me deste era vidro e se quebrou’ (cantiga popular infantil), uma separação se faz necessária. Trabalharemos, a Psicologia Jurídica dentro ou fora dos tribunais, no sentido de escutar desta ficção singular que o sujeito apresenta, como a sua verdade, a formulação de uma saída para o impasse da conjugalidade. Uma saída sem par. Trata-se de um compromisso ético.”³⁸

38 BARROS, Fernanda Otoni de. Cada cabeça, uma sentença – O litígio conjugal. *Revista Psiquê*. Belo Horizonte: Faculdades Integradas Newton Paiva, n. 8, maio 1996.

Muito ainda teremos que inventar, mas o importante é dar o primeiro passo, romper com estruturas ultrapassadas e nos lançarmos neste desafio de construir uma prática comprometida com a ética, onde a cidadania e a diferença tenham o seu lugar na construção de uma nova aliança, ou seja, um outro modo de enlaçar neste mundo as questões do amor e da lei.

“Ah, mas o amor em que não crêem
continua impassível gerando sentenças justas.
Gerando bênçãos, amantes.
Apesar do morto e seu pescoço arruinado.”³⁹

5 BIBLIOGRAFIA

- ANDRADE, Carlos Drummond. *A verdade* – Poesia inédita.
- BARATTA, Alessandro. Encontro Brasileiro de Direito e Psicanálise. Curitiba, 1994, inédito.
- BARROS, Fernanda Otoni de. Psicologia jurídica. *Anais da Primeira Semana de Psicologia da PUC-Minas*.
- _____. Interdisciplinarietà, uma visita ao tribunal de família pelo olhar da psicanálise. In: *Direito de família contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- _____. Cada cabeça, uma sentença – O litígio conjugal. *Revista Psiquê*, Belo Horizonte: Faculdades Integradas Newton Paiva, n. 8, maio 1996.
- BUARQUE, Chico. *A flor da terra*. Música popular brasileira.
- COUTINHO, Jacinto. Jurisdição, psicanálise e o mundo neoliberal. In: *Direito e neoliberalismo* – Elementos para uma leitura interdisciplinar. Curitiba: EDIBEJ, 1996.
- FREUD, Sigmund. A psicanálise e a determinação dos fatos jurídicos (1906). In: *Obras completas*. Rio de Janeiro: Imago, 1984, v. IX.
- _____. Um tipo de escolha de objeto feita pelo homem. In: *Obras completas*. Rio de Janeiro: Imago, 1984.
- LACAN, Jacques. La science et la vérité. In: *Écrits*. Paris: Seuil, 1966.
- _____. *Television* (mimeo).
- _____. Clôture des journées des cartels. In: *Lettres de l'École Freudienne*, Paris, 1975, n. 18.

39 PRADO, Adélia. Poesias reunidas.

- _____. A relação de objeto. In: *O seminário 4*, Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1995.
- LEGENDRE, Pierre. *O amor do censor, ensaio sobre a ordem dogmática*. Rio de Janeiro: Forense Universitária/Aoutra/Colégio Freudiano, 1983.
- MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. Subsídios para pensar a possibilidade de articular direito e psicanálise. In: *Direito e neoliberalismo - Elementos para uma leitura interdisciplinar*. Curitiba: EDIBEL, 1996.
- MATOGROSSO, Ney. *Música popular brasileira*.
- PHILIPI, Jeanine Nicolazzi. Direito e psicanálise - Um diálogo com o pensamento Pierre Legendre. *Revista Alter Ágora*, 1, Santa Catarina, Florianópolis, maio/94.
- _____. *Porque obedecer as leis, repensando a posição do sujeito no laço social*, 1993, inédito, mimeo.
- POMMIER, Gerard. *O desenlace de uma análise*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1990.
- _____. *A lei e o ideal democrático*. Encontro Brasileiro de Direito e Psicanálise. Curitiba, 1994, inédito.
- _____. *A neurose infantil da psicanálise*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1992.
- PRADO, Adélia. *Poesias reunidas*.
- RUIZ, Alícia. *A desconstrução do sujeito do direito*. Primeiro Encontro Brasileiro de Direito e Psicanálise. Curitiba, 1994, inédito, mimeo.
- SILVA, Cyro Marcos da. Defesa do Cidadão. *O Globo*, 15 nov. 1997.
- SOLER, Colette. *L'analyse finie*. Cours 1993-94, Université de Paris VIII, Département de Psychanalyse.

A LEGALIDADE DA SUBJETIVIDADE

Israel Carone Rachid

Juiz de Direito da Terceira Vara de Família de Juiz de Fora
Professor de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade
Federal de Juiz de Fora

Pelo nosso Direito Positivo, *todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil* (CC, art. 2º). Portanto, todos os seres humanos são capazes de direitos e obrigações, mesmo que, nascituros ou incapazes, sejam representados ou assistidos nos atos da vida civil.

Em inúmeras oportunidades, em não havendo restrição legal, a pessoa natural poderá praticar atos, exteriorizando a sua vontade, limitando-se a não ferir direitos de outrem, para não sofrer as cabíveis sanções.

No campo dos Direitos das Coisas, das Obrigações e das Sucessões, muitos direitos podem ser desrespeitados e reparados. E, se às vezes não houver possibilidade de reparação, o prejuízo ficará no campo material. No direito de Família é diferente. Estão em jogo sentimentos, muitas vezes não externados. Frustrações não resolvidas no correr de um relacionamento, de uma convivência, podem marcar, definitivamente, a vida de uma ou de várias pessoas.

A vontade das pessoas, os valores subjetivos, os sentimentos podem ser levados ao mundo exterior sem ressalvas ou têm que ficar adstritos a normas legais? Às vezes, a legalidade da subjetividade existe, outras vezes não.

Se u'a mulher deseja ter um filho, mas que seja "só seu", e não quiser usar meios artificiais, procurará um homem para que seja provocada uma concepção. A vontade de ter um filho "só para si" será comunicada ao parceiro, que se animará com a oportunidade de ter um gozo efêmero, sem a responsabilidade de ficar, futuramente, obrigado ao sustento "daquele filho", que não gozará, quanto a ele, de nenhum direito. O filho nascerá e não terá, em seu registro de nascimento, o nome do pai. Como popularmente se diz, será filho do "Espírito Santo". E o Poder Judiciário, aplicador das leis, dirá "amém" à vontade materna? Mais vale a vontade da mãe ou o direito do filho? A Lei n. 8.560, de 29 de dezembro de 1992, que passou a

regular a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento, em seu art. 2º, estabelece que o oficial do Registro Civil informará ao juiz o nome do suposto pai, a fim de ser averiguada oficiosamente a procedência da alegação. No entanto, se a mãe se negar a indicar o nome do suposto pai, nenhuma providência legal contra ele será adotada. Neste caso, o direito do filho, personalíssimo e indisponível, ficará prejudicado, em razão da vontade da mãe, por anos a fio ou por toda a vida do filho. Há a subjetividade da mãe e a subjetividade do filho, o qual, alcançando a maioridade, poderá pleitear o reconhecimento de sua paternidade. Em face de quem dirigirá o pedido, se sua mãe persistir no intento de ter um filho “só seu”? O filho poderá ficar impossibilitado de bater às portas do Poder Judiciário. Os prejuízos – enormes – no campo psicológico serão acarretados ao filho, sem que haja uma sanção legal para a referida mãe. Haverá, aí, a prevalência da subjetividade da mãe, em detrimento da subjetividade do filho.

Noutro caso – que se repete no dia-a-dia –, um casal está desavindo. E o litígio conjugal transforma-se em litígio judicial. O casal passa a alimentar uma relação prazerosa de dor, uma vez que a batalha forense significa a manutenção de uma relação entre eles. Ocorre, aí, para um deles, ou para ambos, o gozo do litígio. Cada um alega que o bom direito está do seu lado, quer fazer prevalecer a sua verdade. Entra o juiz em cena e tenta penetrar no íntimo de cada um, buscando descobrir com quem está a verdade. E para chegar a uma conclusão, o magistrado encaminha os autos para a feitura de estudos psicológicos. E nem sempre a Psicologia pode encontrar aquela “verdade”. A insuportabilidade da vida em comum deve ser sentida pelo juiz, o qual deve usar toda a sua sensibilidade para não aumentar a aflição dos aflitos cônjuges, que sofrem com os seus conflitos.

Estão os cônjuges desavindos perto de um juiz. Antes estiveram na presença de um advogado. Muitas vezes estiveram diante de um garçom. O garçom é o enfermeiro das doenças amorosas. Ele serve de lenitivo líquido para pessoas que remoem problemas e querem ser ouvidas. Cada cônjuge, num bar, é um solitário acostumado a levar copos à boca, boca que perdeu o calor de outra boca, e vai desembocar... na Justiça. O garçom lida com pessoas que, às vezes, dependem da atuação dos operadores do Direito. Coincidentemente, o garçom e o advogado têm o seu dia comemorado em 11 de agosto. E no dia 8 de dezembro comemoram-se o Dia Nacional da Família e o Dia da Justiça.

Diante do juiz os litigantes tentam desmentir acusações lançadas um contra o outro. A subjetividade de cada um foi violentamente ferida. Assim aconteceu em razão da legalidade. O art. 282, do Código de Processo Civil, em seu inciso III, determina que a petição inicial indicará *os fatos e os fundamentos jurídicos do pedido*.

No caso em questão, infelizmente, houve a fabricação de fatos, verdadeiro estelionato processual, crime contra o patrimônio – subjetivo – do cônjuge atingido. Um advogado, para fundamentar o seu pedido, pensou apenas no êxito de sua missão, colocando em segundo plano os aspectos emocionais que envolviam o casal.

A psicóloga e psicanalista *Ângela Oliveira*, com muita propriedade, explica que

“O advogado norteia-se por soluções jurídicas possíveis ao conflito, porém, o alcance de sua orientação extrapola o âmbito concreto da legislação pertinente ao caso e ao direito de o cliente obter a melhor defesa, pois o Direito de Família tem uma intensidade e uma importância subjetiva muito particular e complexa.”

E diz mais:

“... faz-se necessário, no Direito de Família, uma leitura que extrapole o âmbito legal e permita uma compreensão mais abrangente, mais humanizada, que inclua o sofrimento e outros aspectos emocionais. Desta compreensão em dois níveis, da ordem jurídica e da ordem emocional, dependem eficácia profissional na solução de conflitos.”¹

A preocupação com o fundamento jurídico de um pedido tem representado, em inúmeros processos, o afundamento de relações conjugais.

Os legisladores criam as leis. E todos devem se submeter a elas. Às vezes, as leis criam problemas para as pessoas, ao invés de resolvê-los. Filigranas processuais levam as pessoas a mencionar coisas que deveriam ser ocultadas, ou ocultar coisas que deveriam ser mencionadas. As dificuldades

1 OLIVEIRA, Ângela. Direito de família e ciências humanas – *Caderno de Estudos n. 1*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1997, p. 54-55.

do Direito existem, também, na poesia. *Raul Pompéia*, em *O Ateneu*, faz um desabafo, no sentido de que

“Hoje, que não há deuses nem estátuas, que não há templos nem arquitetura, que não há *dies irae* nem *Miguel Ângelo*; hoje que a mnemônica é inútil, o estilo triunfa, e triunfa pela forma primitiva, pela sinceridade veemente, como nos bons tempos em que o coração para bem amar e o dizer não precisava crucificar a ternura às quatro dificuldades de um soneto.”²

Dificuldades de um soneto... Dificuldades de um processo...

As paixões explodem, amores nascem, naturalmente, sendo incabível qualquer legalidade para o seu surgimento. Está presente a figura do direito íntimo. Alguns desdobramentos dos sentimentos podem enfraquecer as paixões, diminuir o amor e trazer à tona o desamor. Deveriam os amantes buscar, eles próprios, suas soluções subjetivas, as quais não são oferecidas pelo Poder Judiciário. O juiz, este estranho, terceiro, a decidir sobre uma relação que não deu certo, dificilmente fará de um dos litigantes um destinatário de felicidade.

No plano processual, a tentativa de conciliação entre os cônjuges desavindos, com o objetivo da transformação dos divórcios e separações judiciais litigiosos em consensuais, tem trazido resultados satisfatórios e menos traumáticos para os envolvidos.

Será salutar, no campo da legalidade, a permissão para que um cônjuge, ao formular um pedido de separação judicial ou divórcio, não apresente, de imediato, com a petição inicial, *os fatos e o fundamento jurídico* de sua pretensão, para que não fique inviabilizada uma conciliação entre as partes envolvidas. Assim como é permitida, no prazo de dez (10) dias, a emenda da petição inicial (art. 283 do Código de Processo Civil), poderia a lei permitir, também, que os *fatos e fundamentos jurídicos* dos pedidos de divórcio e separação judicial só fossem levados ao conhecimento da parte requerida após a constatação da impossibilidade de reconciliação ou conciliação entre os cônjuges. Afinal, as normas de procedimento devem servir para fazer prevalecer os direitos substantivos, não para limitá-los.

Paradoxalmente, pode acontecer que o casal vá à separação judicial por motivo de infidelidade de um dos cônjuges. Podem eles buscar a separa-

2 POMPÉIA, Raul. *O ateneu*. São Paulo: Moderna, 1994, p. 91.

ção consensual e ocultar o motivo do pedido, para preservação de ambos e dos filhos do casal. Tenha-se o exemplo do cônjuge que pode ser considerado o responsável pela separação. Ele renuncia ao direito de receber alimentos do outro. Até aí haverá respeito à subjetividade. Mas, se aquele cônjuge responsável pela separação quiser, posteriormente, pedir alimentos ao outro, poderá fazê-lo, apoiando-se na Súmula n. 379 do Supremo Tribunal Federal. Os motivos que levaram o casal à separação não poderão ser usados como fundamento de uma contestação, pois o casal se separou amigavelmente e aqueles motivos foram ocultados, mesmo porque não deveriam ser revelados num pedido consensual. A prevalecer aquela Súmula n. 379, ou seja, que *no acordo de desquite não se admite renúncia aos alimentos, que poderão ser pleiteados ulteriormente, verificados os pressupostos legais*, haverá um incentivo às pessoas para a busca de uma separação litigiosa, onde os seus direitos estarão preservados, mesmo que ocorram prejuízos para os inocentes de uma família. Registre-se, no entanto, que aquela Súmula tem servido de fundamento para raríssimas concessões judiciais e foi mantida pelo Supremo Tribunal Federal com explicitação e quatro votos vencidos, em 3 de novembro de 1977 (RTJ 85/208).

Todos os operadores do Direito: advogados, defensores públicos, promotores de justiça e juízes devem ampliar-se subjetivamente nos casos a serem levados a juízo e julgados. A preservação da subjetividade, no Direito de Família, deve sempre ser buscada.

O amor povoa a subjetividade. Entretanto, as nossas leis não tratam do amor... O Código Civil menciona *os loucos de todo o gênero. Os loucos de amor* também existem entre nós. Aliás, sempre existiram. Estes loucos, eventualmente, por razões as mais variadas, ou por falta de razão, participantes de um casamento ou de qualquer tipo de união que apresentam conflitos, comparecem diante de um juiz.

Uma pausa...

Voltemos ao garçom...

Um garçom, num bar, não quer saber se o freguês é casado ou não, quando este pede uma bebida e quer afogar as mágoas de amor. O garçom tudo faz para não aumentar o sofrimento do freguês, é sempre assim... Os bares e os copos estão cada vez mais cheios... e os lares mais vazios...

Retornemos à Sala de Audiências, ou seja, ao local onde alguém deve ser ouvido, e no qual, em muitas das vezes, não se ouve quem quer falar.

Falar e ouvir... carências de duas pessoas que se amam... carência de uma família...

O amor pode acontecer *à primeira vista* e se esvaír em *prestações*, mês a mês, com um dos amantes deixando de dar atenção ao outro... Um vai deixando de ouvir o outro...

As pessoas querem ser ouvidas... O juiz deve ouvir as pessoas, assim como faz o garçom. Muitos destinos estão em suas mãos. O grande número de processos não deve significar que o juiz não tem tempo para ouvir e falar à pessoas.

A falta de tempo tem sido o maior mal do nosso tempo...

O juiz não deve considerar estatísticas e que um caso sentenciado é sempre menos um processo na agenda. Não basta encerrar um processo. É necessário pacificar ânimos e, no Juízo de Família, tentar fazer renascer o amor. No juízo de família, o magistrado não deve levar, à sua frente, a legalidade. A subjetividade deve ser o seu alvo maior. E se ele não se preocupar somente com a sua agenda... E se ele souber escutar as pessoas, poderá permitir, ainda que por uma vez apenas, que uma pessoa, ao abrir a sua agenda e verificar que é uma data importante, possa dizer a uma outra pessoa, muito querida, simplesmente:

Eu te amo!

Trabalhos Apresentados

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE: PECULIARIDADES, PANORAMA ATUAL, FUTURO

Fernando Simas Filho

Advogado com especialidade em Investigação de Paternidade

A Ação de Investigação de Paternidade ganhou um novo alento a partir de 1984, quando da descoberta do exame da determinação das seqüências de aminoácidos codificadas no DNA, por *Alec Jeffreys*.

Com efeito, de lá para cá, a princípio timidamente, e depois até mesmo com ousadia, o exame das impressões genéticas, determinativas da identidade biológica, passou a fazer parte do caderno probante da investigação.

A modificação foi de tal ordem que a jurisprudência, só agora, começa a aceitar os resultados como exatos, após um trabalho exaustivo por parte de médicos, geneticistas e juristas, que, em seus trabalhos, foram esclarecendo a sociedade científico-jurídica.

Desta forma, a ação, no seu aspecto processual, modificou-se bastante, conservando, entretanto, certas peculiaridades, só a si inerentes.

Assim, resolvi fazer um apanhado sobre elas, o que me pareceu interessante.

A *primeira peculiaridade* que anotei é o fato de que não se pode ingressar com a investigação de paternidade se o requerido estiver em local incerto e não sabido. Por suas características únicas, não pode haver citação por edital.

Isso pela meridiana razão de que se está tratando de direitos indisponíveis, sendo que não é possível a presunção da citação e anuência tácita de uma paternidade.

A *segunda peculiaridade* refere-se ao fato de que a investigatória não comporta o julgamento antecipado, em vista de seu caráter de investigação, não podendo nenhuma oportunidade ser perdida, havendo, caso contrário, o cerceamento de prova.

A *terceira peculiaridade* é bastante interessante. Recebendo a citação de uma investigatória, o requerido não contesta. Por ser a filiação um direito indisponível, o requerido não pode sofrer a pena de confesso. É o corolário

da disposição contida no inciso II do art. 320 do Código de Processo Civil. Ocorrendo a revelia, o ônus da prova será totalmente do autor requerente, à respeito dos fatos alegados na inicial. O requerido revel poderá, no entanto, participar dos ulteriores atos processuais, sem manifestação.

A *quarta peculiaridade* é o fato de que a investigatória admite um litisconsórcio necessário, em caso de o autor ou réu possuírem irmãos gêmeos. A situação peculiar surgirá, entretanto, no caso de os gêmeos serem os réus! Os gêmeos podem ser de duas espécies: aqueles chamados idênticos, ou monozigóticos (MZ), originários de uma única célula-ovo, formada pela conjugação do óvulo e do espermatozóide; e os chamados fraternos, dizigóticos (DZ), originários de duas células-ovo e dois espermatozoides. Os gêmeos monozigóticos têm o mesmo DNA. Os gêmeos dizigóticos, DNAs diferentes!

Se os réus forem gêmeos monozigóticos, a única prova, que “nada” esclarecerá, será justamente o exame feito no DNA. Ocorrendo situação dessa, as provas deverão, obrigatoriamente, surgir de outros meios.

Além dessas peculiaridades, existem algumas questões interessantes, polêmicas e até paradoxais, e que são as seguintes:

Pai que ingressa com negatória de paternidade contra o filho que se encontra sob guarda e responsabilidade da mãe, estando os cônjuges separados.

Pode a mãe recusar-se, pelo filho menor, à realização da perícia genética?

Sabemos que, mesmo separados, os pais não perdem o pátrio poder sobre os filhos, mesmo que apenas um deles tenha a guarda e responsabilidade.

Entendemos que, havendo recusa da mãe, nessa situação, pode o pai autor obrigar o filho réu à submissão ao exame, porque mesmo negando tal paternidade, nessa fase processual, ainda detém o pátrio poder.

Questões polêmicas envolvem dois itens da Lei n. 8.560/92.

A *primeira*, é a seguinte: a comunicação enviada pelo juiz ao suposto pai é pública e, só por esse fato, coloca o destinatário em má posição. Considerem-se que se for homem casado, sua família logo inquirirá a respeito do que, seu pai ou esposo, andou fazendo para ser chamado pelo juiz. Se for solteiro e empregado ou funcionário, e recebe uma comunicação no emprego, poderá haver suspeitas provenientes de companheiros de trabalho e até do chefe.

Notem bem que há a possibilidade de o destinatário não ser o pai da criança, contudo, a suspeita, por parte de familiares e colegas de trabalho, permanecerá.

E... nesse caso, de quem esse homem se ressarcirá?

A *segunda*, diz respeito à “conversa” entre o suposto pai e o juiz. Em meu entender, deve a autoridade judiciária, nesse caso, proceder da forma

mais impessoal possível, não podendo haver intimidação ou coação. Porém, quem garante que isso não ocorre?

Os profissionais do Direito conhecem e sabem a respeito da maneira de proceder dos juízes. Os juízes das capitais e centros mais avançados têm uma maneira homogênea de tratar com o público; porém, o Brasil não é só feito de capitais e cidades principais. E nas comarcas do interior, como é que se processa o rito? Como o homem do povo, o leigo, se comportará ao ficar frente a frente com o “juiz”?... o temível “juiz”!!! O homem com o poder de prender gente!!! Assim, esse cidadão pode, perfeitamente, admitir paternidade, obrigando-se a pagamento de pensão. Isso, sem ter, ao menos, a oportunidade de discutir, ou não, a paternidade. Por esta razão, entendemos que essa conversa do suposto pai com a autoridade judiciária deve ocorrer na presença de um advogado. O juiz não pode, em hipótese alguma, coagir o homem a uma admissão de paternidade!

E, finalmente, dois aspectos paradoxais:

O *primeiro* deles decorre da decisão emanada do Supremo Tribunal Federal, em novembro de 1994, de que “ninguém é obrigado a submeter-se a exame de sangue para comprovação de paternidade”. Após tal decisão, parece que “virou moda” a recusa do investigado, à submissão ao exame pericial para os casos de estabelecimento da paternidade biológica.

Temos aí um paradoxo, pois se se pode determinar com certeza a paternidade e a não-paternidade, através de exame pericial, isso de nada vale se o requerido se recusa a fazê-lo.

Evidentemente que uma recusa, nesta fase processual, fará nascer uma presunção, porque quem está seguro do que alega, nada teme. Só que, no que se refere a nascimento, ninguém está cem por cento seguro... em muitas das vezes nem mesmo a mãe...!

Como então, contornar obstáculo de tal porte?

A questão não é de todo pacífica; em nosso entender, o requerido a uma investigatória não pode simplesmente negar-se à submissão aos exames, uma vez tenha contestado a inicial. É um aspecto de puro Direito Civil. As condições puramente potestativas são proibidas. Analogamente a elas, esse aspecto da negativa ao exame vai contra a intenção mesma do requerido, pois ao contestar a ação, afirma pela negativa, e essa afirmação confere-lhe o ônus de provar que não é o genitor.

Os exames feitos no DNA são absolutos em suas conclusões, assim não há qualquer razão para que se negue a fazê-lo.

Considerada ainda a presunção, temos que se trata de presunção relativa, só podendo ser considerada como prova, havendo outros elementos probantes nos autos.

Por outro lado, a recusa pode ser legítima. No raro, mas possível caso de extravio do laudo pericial, entendemos que o requerido não pode ser compelido a outra perícia.

O *segundo* é que os Tribunais vêm entendendo que a existência isolada de laudo contendo resultados de exames feitos em DNA, no processo investigatório, deve ser rejeitado, pois, embora seja uma prova “confiável”, não pode ser plenamente admitida como certa. E isso, pela meridiana razão da forma com que a mesma é obtida. Através de método sigiloso e a não-identificação das equipes técnicas, participantes da perícia. Tais formas impedem uma fiscalização e a participação dos assistentes técnicos e, com isso, sugerem “insegurança” na obtenção da prova.

O processo investigatório, através dos exames feitos no DNA, mudou muito as normas periciais. Em se tratando delas, o que se deve levar em conta não é tanto o trabalho dos peritos das partes, mas, sim, o perito do juízo e respectivo laboratório. Os exames feitos no DNA ainda são obtidos através de técnicas sigilosas, e devem continuar assim, para não haver disparidade em seus resultados. Quem deve ser altamente considerado é o perito.

“A tendência moderna é a especialização dos peritos. As qualidades individuais de um bom perito influem na administração da prova e se consubstanciam na competência, na inteligência e na consciência profissional. A competência – condição de fato para o exercício da perícia – exige cultura geral e preparação especializada. Além dessas qualidades, deve o perito possuir o talento de ver, ou seja, o dom de observar. E tendo sabido ver, deve ser capaz de raciocinar, o que supõe a virtude mais rara do mundo, que é o bom senso. O fim da ciência – no dizer de *Loccard* – é saber duvidar, o que não implica de não estar certo de coisa alguma; e a consciência dos limites necessários da certeza física, que sempre admite um erro residual. Para se apreciar o valor de um perito, é preciso saber como ele se convenceu e, convencido, como, por sua vez, convencerá o juiz! Capacidade, competência e consciência podem, assim, medir-se ao mesmo tempo.”¹

1 BLUME, Arlindo O. A. Aspectos gerais da criminalística. *Revista Criminalística*, n. 7, nov. 1991.

De forma que, atualmente, embora o exame feito no DNA seja a prova excelsa, só será admitida quando em consonância com as demais provas produzidas.

Atualmente a Ação de Investigação de Paternidade mudou muito. Os exames diretos, feitos no material genético das pessoas, puseram de lado as vetustas conclusões oriundas dos tradicionais meios de prova, como eram as testemunhas, indícios, presunções e demais provas científicas e técnicas.

Foram elas descartadas? Não... evidente que não, no entanto, a magnitude da prova genética colocou o investigado numa posição definida: após o exame, é ou não o pai. Elemento de certeza!!!

O descobridor dos tipos sanguíneos, *Karl Landsteiner*, disse, no ano de 1900, que um dia os homens seriam identificados pelos seus tipos sanguíneos. Com efeito, a tipagem sanguínea de rotina – determinação de tipos dos sistemas sanguíneos: ABO, MNSs, Rh (CDE/cde), KELL e DUFFY – notabilizou-se por um fato indiscutível: possibilitavam excluir do processo investigatório quem não poderia ser pai, ou o filho! Entretanto, não apontavam com a mesma certeza, para a paternidade. Os resultados apresentavam percentuais de probabilidade na ordem de 71,83%. E aí havia 28,17% de incerteza, e é evidente que o requerido aproveitava essa “brecha” para ali se colocar.

Descobriram-se os Grupos Séricos – substâncias existentes no soro sanguíneo, herdadas, observando os mecanismos da herança mendeliana. E as proteínas séricas; o Antígeno Leococitário (HLA), dotado de um polimorfismo muito grande. Todos esses, associados, davam uma probabilidade de paternidade acima de 90%. E o requerido se posicionava naqueles menos de 10% restantes.

Todavia, com a descoberta do exame da determinação das seqüências de aminoácidos codificadas no DNA, os resultados passaram a ser diferentes.

O estudo de diversas regiões repetitivas de um indivíduo fornece um padrão genético que o caracteriza única e exclusivamente. Devido ao padrão altamente específico obtido, quando se analisam diversas regiões repetitivas, é impossível que alguém – que não a mãe e o pai biológicos – tenham um padrão genético igual.

Alec Jeffreys, seu descobridor, denominou esse exame de *Genetics Fingerprinting*, por analogia às impressões digitais. Tal exame pode ser feito de duas formas: *Multi-locus* e *Single locus*, sendo que, no primeiro caso, analisam-se dois Loci Múltiplos, e no segundo, pelo menos seis.

O resultado conclui ou afirma a paternidade. Como pode vir a existir uma mutação biológica, o resultado nunca é expresso em 100%, mas o zelo e o “virtuosismo” dos peritos apresentam os resultados em dízima periódica como 99,9999987%! Tal virtuosismo chegou a ponto de rivalidade entre peritos, querendo cada um dizer que o seu resultado era melhor que o outro, pelo número “nove” colocados após a vírgula! Se um apresentava um resultado de 99,99% de paternidade, vinha outro e dizia: “O meu exame apresenta índice igual a 99,999%; e outro ainda: “O meu exame é melhor, porque o resultado é igual a 99,9999%...! Parece brincadeira, mas não o é.

Assim estabeleceu-se que o resultado de exame feito no DNA, que apresentar 99,99% de probabilidade de paternidade, está comprovada a paternidade, ou excluindo-a definitivamente, em caso contrário.

Os exames feitos em DNA já estão numa nova fase. A grande e revolucionária técnica chama-se PCR/STR (*Short Tandem Repats*). São outras regiões cromossômicas e uma avançadíssima técnica que permite, num único exame, analisar doze STRs, e, com esse único teste, determinar ou excluir paternidades, de forma segura.

Teoricamente, a ação investigatória não precisa mais servir-se de outros meios de prova, e esta é a meta do futuro.

O futuro da ação de investigação de paternidade, em nosso entender, primeiro perderá o caráter “investigatório” policial. Passará a chamar-se Ação de Paternidade. Terá rito especial. Em linhas gerais, após a entrada da petição inicial, o requerido será citado para submissão de exame pericial perante o antígeno eritrocitário; feitos os exames nos três interessados, o laudo técnico dirá que o requerido pode ser o pai do requerente, ou que não pode. Ocorrendo esta última afirmação, encerra-se a ação, pagando o autor as verbas de sucumbência. Se o resultado apontar para a situação em que o requerido possa ser o pai do requerente, abrir-se-á prazo para contestação e o processo segue seu ritmo normal.

As provas produzidas cederão lugar de destaque para aquela que determina a identidade biológica, pois atesta, de forma plena, a origem biológica do autor.

No campo técnico, o elemento revolucionário será, na opinião do Dr. *Sérgio Pena*, o “Bio-Chip”.

E com o tempo a ação se extinguirá, porque, a exemplo do que se faz no registro de imóveis (matrículas), dia virá em que todo o nascido terá na certidão de nascimento uma série numérica, ou um código de barras, representativo de sua identidade biológica!

A PROPÓSITO DO ADOLESCENTE INFRATOR

Fábola Vasconcelos Barbosa Nunes – Psicóloga
Mônica Drummond Guimarães – Psicóloga
Terezinha de Oliveira Lima Rocha – Psicóloga
Cristina S. Pinelli Nogueira – Psicanalista, Assistente Social

Situando historicamente o trabalho com adolescentes infratores nos Juizados da Infância e da Juventude, constatamos que teve início em 1923, através da atuação conjunta com profissionais da Pedagogia, Psicologia e Psiquiatria.

Inicialmente se limitava em classificar o sujeito dentro de uma visão cientificista, pautada na norma, utilizando-se de classificação nosológica. De fato, a Psicologia, ao lado da Medicina, teve papel preponderante quando o Direito, ao preferir a norma à lei, passou a prestigiar o discurso científico, trazendo-o para nossa modernidade.

No Juizado da Infância e da Juventude de Belo Horizonte, pudemos identificar tal procedimento nas décadas de 60 a 80.

Utilizava-se terminologia específica e preocupava-se com a rotulação do atendido, numa tentativa de justificar seu acautelamento, legitimando, assim, uma prática excludente que era legalizada pelo antigo Código de Menores.

Nesse período, a utilização dessas várias ciências serviu para justificar a necessidade de se produzir uma “reforma do menor”, reforçando a discriminação de crianças e adolescentes, mantidos reclusos e sem direitos à defesa.

Com a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente, em 1990, há no art. 151 a oficialização do trabalho técnico:

“Compete à equipe interprofissional, dentre outras atribuições que lhe forem reservadas pela legislação local, fornecer subsídios por escrito, mediante laudo, ou verbalmente, na audiência, e bem assim desenvolver trabalho de aconselhamento, orientação, encaminhamento, prevenção e outros, tudo sob a imediata subordinação à autoridade judiciária, assegurada a livre manifestação do ponto de vista técnico.”

A intervenção por parte do profissional da Psicologia e Serviço Social se funda basicamente na elaboração de laudos e no acompanhamento de medidas socioeducativas.

O laudo vem como um ensaio diagnóstico do sujeito diante de implicações sociais, familiares, a seu ato, suas possibilidades. Efetuará papel preponderante ao subsidiar a decisão judicial, que no caso de adolescentes infratores estará ligada a escolha da medida mais adequada ao caso. Percebemos o laudo como um momento para se apontar possibilidades, situando o adolescente, seu contexto, seu percurso, sua história.

Nos processos referentes à prática de ato infracional, a autoridade competente poderá, de acordo com o ECA, aplicar medidas socioeducativas ou qualquer uma das medidas protetivas.

É importante destacar que a doutrina estatutista não confere pena ao adolescente infrator, tendo em conta a peculiar situação de pessoal em desenvolvimento e por ser inimputável.

“Ao administrar as medidas socioeducativas o juiz da Infância e da Juventude, livre do enfoque penalista, não se aterá apenas às circunstâncias e à gravidade do delito, mas, sobretudo, às condições pessoais do adolescente...”

É princípio constitucional a igualdade entre os cidadãos, mas embora a lei aponte essa igualdade, vem se subespecializando como no caso do ECA, no qual estão estabelecidos critérios ligados a um sistema cognitivo específico – crianças e adolescentes – situado dentro de uma faixa cronológica definida. Uma apreciação mais detalhada nos faz detectar que na idéia de proteção há resquícios da idéia de controle, de origem moralizante, de uma fase já ultrapassada.

Contudo, insistimos que a formulação do ECA avança quando valoriza as diferenças, levando em conta a capacidade do adolescente cumprir uma medida, onde imperava a tradicional maneira de abordar o tema.

As “medidas” substituem as “penas” e podemos perceber que o ordenamento jurídico vem sofrendo transformações.

Inicialmente, o ato era parâmetro decisivo para a abordagem do crime; o pensamento jurídico estava liberado da infiltração psicologizante.

Num segundo momento, percebe-se uma postura humanista na compreensão do crime e do infrator; surge a idéia de reparação no sentido jurídico penal e psicológico.

Uma normatividade cujos guardiões são instâncias médico-psicológicas que favorecem a passagem da lei à norma, da infração ao desvio, cabendo ao juiz avaliar o indivíduo, diagnosticar o “perigo” que a transgressão assinala.

Ao tomar consciência dos limites da razão humana o homem toma para si a tarefa de redefinir as exigências democráticas na era pós-moderna.

Um maior cuidado ético a ser verificado na etapa dos procedimentos processuais garante um aval que faltava em função de um vazio deixado pelo pensamento normativo.

A pluralidade de códigos cognitivos e dos modelos normativos aponta para uma crise de legitimidade e eficácia da norma imposta.

Trata-se de favorecer uma Justiça onde, sob a égide de um juiz, seja garantida uma razão prática, desmistificada e liberada de dogmatismo moral e científico.

O acompanhamento

No caso de adolescentes infratores a Justiça tem favorecido através da reabilitação a reconstrução do laço que o faz “ator social”, cidadão.

Dentre aqueles que caem nas malhas da Justiça, é dada a oportunidade de, cometida a transgressão da lei, se inscreverem em seguida nela, passando a respeitá-la.

A cada transgressão caberá uma sanção do juiz através de uma sentença que se refere a artigos do Código infringido.

Após a decisão seremos novamente convocados e é, a partir da determinação para acompanhar o adolescente que surge a possibilidade de um trabalho clínico e social – *A Clínica do Social*.

O acompanhamento com o infrator será no sentido de que a lei chegue até ele modalizada, isto é, dita em termos que lhe digam respeito.

Sabendo-se que nossos adolescentes passaram por trajetória ou exposição de risco social, uma atenção continuada não pode desconhecer nem minimizar os efeitos desastrosos que atingiram a vida pessoal do adolescente. A revolta, a violência, conhecidas e vividas em situação de desagregação do grupo familiar, ausência do genitor, desemprego, precárias condições de sobrevivência, atravessam a vida de cada um dos seus membros. Das transformações familiares verificadas é grande a incidência de adolescentes que ocupam um lugar “à margem” na dinâmica familiar; a mãe passa a ocupar uma situação *sui generis*, já que única responsável pelos filhos passa a ser

chamada “cabeça do casal”. A problemática principal verificada é a crise da imagem paterna que vem dificultar a função essencial da família, o poder de instalar a criança nas primeiras identificações.

A violência é um comportamento que se torna uma linguagem, um modo de se comunicar, de resolver conflitos.

Diante de tal quadro, a intervenção por parte do profissional da Clínica do Social busca efetividade sem desconhecer seus limites, inserida numa efetiva estratégia de ação, associada agora às necessidades de ordem coletiva, política, em programas a serem executados no espaço urbano da grande cidade.

O adolescente chega até nós proveniente de lugar onde inexistente dimensão cronológica pausada, ritmada pelos ritos de iniciação habituais, fontes de marcas com as quais constituímos nosso pretendido destino.

Acompanhar seria fazer alguma passagem na tentativa de inserção no simbólico, investindo num *projeto* onde o sujeito possa ser relançado a partir de um momento de desastre.

A cena montada pelo Judiciário torna operante uma imagem institucional de um pai genealógico, ao mesmo tempo em que opera a separação do indivíduo e seu ato instaura uma distância perante onipotência, o que permite ao sujeito uma nova convivência com o simbólico, consequentemente uma reapropriação de sua própria história.

LEGISLANDO SOBRE O AFETO: QUESTÕES SOBRE A FAMILIARIDADE NO BRASIL

Marcos Antônio P. Colares

Advogado

Sociólogo

Professor Adjunto da Universidade Estadual do Ceará (UECE)

Professor Assistente da Universidade Federal do Ceará (UFC)

Sumário

1. Introdução. 2. Alguns equívocos da legislação familiarista. 2.1. Desquite. 2.2. Culpa. 2.3. Conversão em divórcio. 2.4. Virgindade. 2.5. Regime dotal. 2.6. Patrimônio entre companheiros. 3. Por um código de família. 3.1. Deveres conjugais. 3.2. Acesso à justiça. 3.3. Do processo. 4. Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

Freqüentemente referimo-nos ao principal núcleo procriador e socializador da humanidade no singular. Nossas obras jurídicas falam de Direito de Família, e o que se constitui numa licença gramatical parece ter contribuído para a afirmação entre os operadores do Direito de uma falsa imagem sobre esta instituição, mais do que nunca neste final de milênio, plural.

No decorrer do Século XX, as posturas sociais em relação à familiaridade sofreram as influências do desenvolvimento tecnológico; das alterações econômicas no horizonte do trabalho; dos eventos beligerantes das ações políticas de caráter pacifista e/ou contraculturais; da desestruturação de tabus de gênero etc. Podemos notar, principalmente no Ocidente, que esses eventos contribuíram para que as relações domésticas fossem pouco a pouco se diferenciando da tradicionalidade machista, hegemônica nesta instituição até os anos 1950.

No caso da sociedade brasileira, a necessidade de abordar e até legislar sobre matérias como: o divórcio; a filiação havida fora do casamento; o

exercício do pátrio poder; a proteção à infância; o concubinato; as relações civis entre homossexuais; representa a quebra da falaciosa horizontalidade da família.

Como sabemos, o Direito raramente se antecipa aos fatos sociais, vindo a manifestar-se sobre eles até com certo vagar. Por outro lado, mesmo quando o Direito foi lento em apresentar remédio jurídico para situações do cotidiano das relações sociais, ainda assim a sociedade nem sempre é célere em absorver estas alterações. Referindo-nos ao Brasil, apesar dos avanços obtidos com a Constituição de 1988, ainda há denúncias como estas:

a) clubes sociais que vedam às mulheres que mantêm uniões estáveis o exercício dos benefícios da condição de “dependentes” de seus companheiros, sócios da agremiação (art. 226, § 3º);

b) escolas que continuam imprimindo no boletim das crianças a célebre frase: “assinatura do pai ou responsável” (art. 226, § 5º);

c) réus que para justificarem a não-assunção de paternidade que lhes é atribuída, valem-se de argumentos como: “Tenho bom coração, registrei como meus até os filhos da minha mulher nascidos antes de nos conhecermos” (art. 227, § 6º).

A não-absorção de certos dispositivos pela sociedade se dá às vezes por ignorância do preceito, mas também pelo fato de que algumas instituições sociais sofrem alterações de fundo ainda com maior lentidão do que a norma jurídica. A união estável, apesar de legal, ainda é motivo de sanção moral. O pátrio poder, apesar de ser legalmente exercido pelo casal, ainda sofre a restrição da norma revogada (art. 380, CC). O pai que, em inobservância ao conteúdo da lide e da norma constitucional, revela a condição de geração do filho, o faz vitimizandose perante o julgador, no intuito de buscar o seu beneplácito. Tudo isso é resultado de um passado patriarcal e patrimonialista ainda excessivamente presente no imaginário social.

Entre nós, a processualística familiarista é rica em prazos e pobre em diligências. Nas Varas Especializadas de Família não se pratica a multidisciplinariedade como regra; os casais são levados a publicizarem seus conflitos, sem obterem da Justiça atenção a particularidades de seus problemas. Só teoricamente os casos guardam semelhança entre si, pois a análise da história de vida das partes envolvidas nas contendas individualiza-os, inclusive quanto a sua capacidade em responderem aos estímulos da separação e outros problemas da conjugalidade.

Nas Varas da Infância e da Adolescência, fundadas em uma legislação mais atendida com o presente (Lei n. 8.069/90), podemos constatar maior celeridade processual, atenção a natureza eminentemente pública das questões, e busca da construção de julgamentos fundados na multidisciplinariedade; perspectiva extensível aos demais ângulos da familiaridade.

Ao longo deste trabalho estarei recolocando algumas das discussões que já empreendi em outros textos, mas tendo como norte a proposição de meios capazes de proporcionar reais alterações, substantivas e adjetivas, no Direito de Família.

2 ALGUNS EQUÍVOCOS DA LEGISLAÇÃO FAMILIARISTA

Por meio de vocábulos e/ou procedimentos judiciais, o Direito de Família no Brasil foi implementando e mantendo equívocos. A seguir analisarei algumas dessas situações, ciente de que não tenho condição de esgotar o leque de possibilidades que se apresentam, devido à exigüidade de espaço neste instrumento acadêmico.

2.1 Desquite

A legislação civil brasileira anterior ao Divórcio, regulada pela Lei n. 6.515/77, fazia uso da palavra *desquite* (que ainda encontra-se no Código Civil) que, embora garantisse o cessar da exigência do cumprimento dos deveres matrimoniais, não permitia que as partes contraíssem novas núpcias.

Além do impedimento legal de realizar um novo casamento, o desquite figurava como uma nódoa social no *currículum* de quem dele fazia uso – principalmente para as mulheres: alvo de preconceitos e restrições públicas em todas as classes sociais. Tal tratamento segregacional, em parte distinto do hoje conferido aos separados judicialmente, podia ser observado através da análise do termo que designava esta situação: desquitado(a). Implicitamente o legislador parecia considerar que os casados estavam “quites” com os deveres institucionais (até porque a Constituição de 1967 e sua Emenda Constitucional de 1969, considerava que a família era constituída apenas através do casamento; art. 175), enquanto que os separados, por este ato, perdiam tal condição, deixando de estar “quites” com a socialidade: logo desquitados. O que hoje merece uma análise semântica era, na verdade, um posicionamento ideológico.

2.2 Culpa

Embora a Lei do Divórcio não faça referência a existência de culpa no ensejo da separação, preferindo dizer “o cônjuge que a ela houver dado causa” (art. 10) ou ainda “o cônjuge responsável pela separação judicial” (art. 19), há entre os operadores do Direito e juristas a tradição de considerar que existe um culpado para a ocorrência do evento da separação; esquecendo-se que a separação nada mais é do que uma hipótese possível, a partir da inauguração do casamento. O legislador pátrio, entretanto, manteve o vocábulo culpa ao referir-se às consequências da anulação do casamento (art. 232, CC); o que confere a estas situações em teor penalista, até terminologicamente inadequado.

2.3 Conversão em divórcio

Apesar da evolução trazida com a Constituição Federal de 1988 (art. 226, § 6º), regulamentada pela Lei n. 8.408/92, carece de sentido prático o estabelecimento de um período mínimo entre a separação judicial e o divórcio. Além de onerar desnecessariamente as partes, induz à fraude (via falsa declaração da separação fática a mais de dois anos), impõe ao casal a manutenção de um vínculo que só faria sentido como opção, nunca como imposição.

2.4 Virgindade

A sociedade brasileira, no começo desse século, tinha uma visão da virgindade feminina que justificava a presença no Código Civil do ensejo a anulação do casamento pelo “defloramento da mulher, ignorado pelo marido” (art. 219, IV). Como expressa a canção “Opereta do casamento”:¹

...“Do pudor da noiva a bandeira
Após a noite primeira
Desfraldava-se ao sol
A sua virtude escarlate
igual brasão de tomate
Enobrecendo o lençol”...

1 LOBO, Edu e HOLANDA, Chico Buarque de. *Opereta do casamento*, 1982.

Ocorre que hoje vivemos sob a guarda da “Constituição cidadã”, que considera o casal portador de iguais direitos e deveres no que tange à sociedade conjugal (art. 226, § 5º), logo não sendo recepcionada a premissa do Código Civil; embora de aparente vigência pela sua presença no corpo normativo nacional. Além do que, a sociedade brasileira, salvo posturas mais arraigadas, praticou uma reelaboração da virgindade nupcial via adoção de posturas sexuais menos rígidas.

2.5 Regime dotal

Outra figura jurídica que perdeu seu sentido sob o império da história é o Regime Dotal. Quando a maioria das pessoas tem extrema dificuldade de garantir a própria exigência, parece extremamente difícil que tenham reservas suficientes para gerar o dote referido no Código Civil (art. 278, ss). Outrossim, as questões de gênero no que tange à garantia da manutenção da família têm apontado em sentido diametralmente oposto; sendo comum a colaboração recíproca, e, raramente sob a interferência de terceiros, na manutenção da família. Por outro lado, mecanismos sucessórios como o adiantamento da legítima suprimem a necessidade de continuidade deste Regime no ordenamento jurídico. Como assevera *Monteiro*,² o Regime Dotal constitui

“em nosso Direito Positivo, verdadeira superfetação, porque não entrou absolutamente em nossos hábitos, em nossos costumes. Sem nenhum inconveniente, poderia tal capítulo ser cancelado do Código; tal supressão não afetaria de modo algum a estrutura do nosso Direito, que se despojaria de excrescência totalmente inútil...”

2.6 Patrimônio entre companheiros

A continuidade da vigência da Lei n. 8.971/94 tem gerado conflitos quando do desfazimento das uniões estáveis; quer por sucessão *causa mortis*, quer na partilha em virtude de separação. Tudo se deve à incompatibilidade entre o teor do artigo terceiro da referida lei, que ao versar sobre a sucessão introduz o conceito de “colaboração”, para que o companheiro sobrevivente faça jus à meação dos bens, ao contrário do art. 5º da Lei n. 9.278/96 que

2 MONTEIRO, Washington de Barros. 29. ed., São Paulo: Saraiva, 1992, v. 2, p. 180.

presume a colaboração comum, “salvo estipulação em contrário por escrito” (art. 5º, § 2º). Por outro lado, *Dias*³ considera que quanto à tipificação da relação as duas leis compatibilizam-se, mas vejamos a seguir como a leitura não é tão linear como a autora nos quer fazer crer, embora concorde que a redação da Lei n. 9.278/96 é mais abrangente que a da Lei n. 8.971/94, que, para maior clareza, poderia ter derogado o art. 1º desta, mas não o fez:

“A existência de um duplo regramento legal tem levado os doutrinadores a entender que só se aplica a Lei n. 8.971/94 para as relações que se encaixam na sua definição legal, ou seja, só integraria a ordem vocacional hereditária se a relação tivesse perdurado mais de cinco anos na ausência de filhos, sem impedimento para casar. As relações outras, reconhecidas como união estável pela Lei n. 9.278/96, só desfrutariam do direito real de habitação, sem a possibilidade de herdar.

Não se pode deixar de visualizar nessa postura ainda um forte resquício preconceituoso a privilegiar determinadas relações, sem qualquer respaldo legitimante. Necessário é reconhecer que existe atualmente um único conceito de união estável, que é o posto na Lei n. 9.278/96...”

Vários pontos poderiam ainda ser abordados, como a prática usual de conferir-se a guarda dos filhos à mulher por ocasião da separação do casal; a política legal no que tange ao direito a alimentos; o princípio do adultério; entre outros, mas prefiro aprofundar tais questões em outra oportunidade.

3 POR UM CÓDIGO DE FAMÍLIA

Sob a influência do Direito romano firmou-se no Ocidente a prática jurídica da codificação. Espelhando-se no Código Napoleônico e em legislações estrangeiras posteriores, o Brasil foi dotado do seu Código Civil. No decorrer deste século vários foram os campos do Direito que reclamaram a edição de códigos específicos. Um dos exemplos mais incisivos tem sido o Direito agrário, que requer tanto um Código Agrário como a criação de uma

3 DIAS, Maria Berenice. Efeito patrimonial das relações de afeto. *Repertório IOB de Jurisprudência*. São Paulo, n. 15. Caderno 3, p. 300, 1ª quin. ago. 1997.

Justiça Agrária; devido à freqüente dificuldade de compatibilização entre a análise civilista e agrarista dos objetos.

No Brasil, a exemplo da Argentina, da Hungria, da Itália e de Portugal, temos um corpo legislativo específico para tratar de questões da familiaridade, como o divórcio, mas não temos um Código de Família, posto que as questões basilares sobre esta temática encontram-se embutidas no Código Civil. Isso cria um problema complexo, ou seja, as questões afetas à familiaridade em tese ficam adscritas a parâmetros patrimonialistas; permanecendo sem amparo objetos da ordem da intimidade. Por outro lado, a existência de legislações complementares ou ordinárias que tratam por exemplo do divórcio, da infância e da adolescência, das uniões estáveis, e, quem sabe em breve da Parceria Civil Registrada entre pessoas do mesmo sexo, causam entre nós dificuldade de consulta e discriminações processuais quanto à natureza do feito, custas processuais e rito.

*Chaves*⁴ comentando *Giovanni Barberini* assevera:

“Mais do que uma escolha doutrinária no sentido de uma aceitação da tese de autonomia científica do Direito de Família, a teoria e o legislador pretenderam colocar em relevo a natureza específica das instituições próprias deste ramo do Direito. Quis evidenciar um diferente critério de classificação jurídica, determinada pelo conteúdo próprio das relações sociais que formam objeto da mencionada regulamentação, inspirada pela idéia central da consolidação da instituição familiar, considerada célula da comunidade socialista.”

Neste sentido, por que não dotar o Brasil de um Código de Família, a exemplo de Cuba, como têm defendido importantes familiaristas brasileiros, dentre os quais ressalto *Rodrigo da Cunha Pereira*.

Tal atitude traria, com certeza, fortes influências na formação acadêmica; provocando a superação da cultura menorista, proporcionando maior estímulo à formação de familiaristas, contribuindo para a aceleração da interdisciplinariedade,⁵ e garantindo avanços na atuação jurídica nos campos da bioética. Isso poderia, inclusive, contribuir para que o saber científico superasse o moralismo que freqüentemente rodeia as decisões judiciais.

4 CHAVES, Antônio. *Apud* BARBERINI, Giovanni. *Tratado de direito do direito civil*. São Paulo: RT, 1990, v. 5, t. 1, p. 46.

5 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família: uma abordagem psicanalítica*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

Pode-se observar que com todas as limitações da legislação trabalhista, sua compatibilização na forma consolidada contribui para a produção de avanços teóricos e jurisprudenciais, além do oferecimento de um canal de especialização mais eficiente aos operadores do Direito. Se em lugar de tomar este formato (consolidação) adotarmos a codificação como matriz, o alcance deste ato poderá vir a ser mais eficiente ainda para a sociedade.

A seguir abordarei algumas questões, além das já referidas anteriormente, que podem ser objeto de disciplinamento em um Código Brasileiro de Família, que teria alcance substantivo e adjetivo. Outrossim, algumas das matérias aqui propostas requerem a aprovação prévia de Emenda Constitucional.

3.1 Deveres conjugais

Tendo em vista as mudanças sofridas nas relações conjugais, e por se tratarem de manifestações, além de históricas sujeitas ao crivo da intimidade, proponho a abolição dos deveres de fidelidade recíproca (art. 231, I, CC) – posto que o único meio utilizado para aferi-la é a prática do adultério, instituto dos mais questionáveis,⁶ e, da coabitação (art. 231, II), que hoje sofre tanto a interferência do mundo do trabalho como da opção de vida do casal.

3.2 Acesso à justiça

As Leis n. 1.060/50 e 7.115/83 tratam da gratuidade no acesso à Justiça para os que se declaram pobres, não podendo arcar com o ônus da demanda sem comprometer a própria manutenção e de seus dependentes. A Constituição instituiu (art. 134) a Defensoria Pública, órgão incumbido de oferecer a defesa judicial aos necessitados. Sabemos que as custas judiciais são, para os pobres, escorchantes e que a Defensoria nem sempre tem conseguido oferecer defesa a todos os que dela necessitam. Por outro lado, em se tratando de ações da órbita familiarista deve-se observar que nem sempre há interesse econômico envolvido, e que mesmo diante da existência de patrimônio, por vezes o seu fim é de uso e não de troca.

6 COLARES, Marcos. *Onde mora a (in)fidelidade?! Família, famílias*. Universidade Aberta do Nordeste. Fortaleza: Fundação Demócrito Rocha, 1995, fascículo 10, p. 2 e 3.

Diante desses fatos proponho que somente as ações que envolvam a existência de bens de natureza econômica ou aquelas em que os alimentos sejam fixados em valor superior a 40 salários mínimos estejam submetidas ao pagamento de custas. Por outro lado, proponho que as ações onde o patrimônio tiver fim exclusivamente residencial ou onde o pleito girar em torno de matéria de natureza eminentemente pública, estejam isentas de custas e emolumentos, salvo na hipótese comprovada de litigância de má-fé; a exemplo do Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 141, § 2º).

3.3 Do processo

Divórcio

Dissolução do casamento com a existência de fase anterior (separação judicial), após no mínimo dois anos de casados. O estabelecimento de uma etapa anterior a efetivação do divórcio constitui-se em meio protelatório e oneroso, desnecessário para a maioria dos casais que se separam.

Restabelecimento da sociedade conjugal

Hoje a forma do pleito de restabelecimento da sociedade conjugal é, muitas vezes, um estímulo a que o casal termine por desenvolver uma união estável; após terem sido casados. A razão disso é o formalismo desnecessário da lei que importa inclusive em ônus para o casal (custas processuais e advogado). Para evitar tal entrave, e visto que defendo a abolição da figura jurídica da separação judicial; proponho que por um período de até dois anos após a homologação do divórcio possam as partes requerer, pessoalmente, o restabelecimento da sociedade conjugal desde que concordem em vê-la retornar aos termos em que fora constituída. Em caso de pretenderem modificação naqueles termos deverão casar novamente.

Fase não jurisdicional

Proponho que a fase jurisdicional seja precedida por outra, de natureza conciliatória e informativa sobre os direitos das partes. Esta fase teria distribuição própria, senão a tentativa de conciliação realizada inclusive

fora do ambiente forense. Em sessão dirigida por dois profissionais, ali chamados de *intermediadores*, com formação universitária em áreas psicossociais, indicados pelas universidades, organizações não-governamentais, assistência social pública, e conselhos profissionais (OAB, CRESS, CRP etc.) as partes seriam ouvidas e estimuladas à reconciliação. Caso isso não seja desejado, mas se faça possível o divórcio concensual, com auxílio de seu advogado poderá ser produzida uma peça conjunta a ser enviada à Distribuição forense; contendo, inclusive, o visto dos dois *intermediadores*. Não havendo manifestação em contrário por parte do Ministério Público, o juiz homologará o pleito. Caso inviabilize-se a conciliação a respeito do divórcio, os *intermediadores* formularão parecer, conjunto ou individual, em segredo de justiça, com o objetivo de auxiliar o julgador no decorrer do processo.

União estável

Deve ser evitada a ritualização deste instituto que é por essência não formalístico, constituindo-se uma forma de opção ao casamento. Considero ainda que devam ser preservados o espírito das disposições de natureza civil, familiarista e previdenciária, omitindo-se o Código Brasileiro de Família em manifestar-se sobre questões de foro íntimo como a coabitação, duração da relação e fidelidade.

4 CONCLUSÃO

As idéias aqui expostas submetem-se ao contraditório e objetivam contribuir para que possamos vencer a letargia e inoperância de algumas medidas da legislação pátria acerca da familiaridade.

Não considero que a edição de um Código de Família represente o Éden, mas a oportunidade da sociedade discutir meios mais contemporâneos de regular as relações familiares sob a órbita do Direito.

A versatilidade do ser humano em matéria de efetividade é veloz demais para que o Direito possa acompanhá-la de pronto. Produzimos o saber do documento, da prova testemunhal, da busca da certeza jurídica, enquanto que o cotidiano da família é por excelência fundado na incerteza e até na informalidade.

Em “Como dizia o poeta...”⁷ está expresso que:

“Quem já passou por esta vida e não viveu
 Pode ser mais mas sabe menos do que eu
 Porque a vida só se dá pra quem se deu
 Pra quem amou, pra quem chorou, pra quem sofreu
 Quem nunca curtiu uma paixão
 Nunca vai ter nada não...”

No casamento e na separação, no pedido de guarda e alimentos, na união estável e outras formas de relação afetiva humana, é preciso que o jurista tenha consciência de que está trilhando no solo da emoção. Neste sentido concordo com *Dias*⁸ ao afirmar que:

“Como cabe ao Direito regular a vida, e sendo essa uma eterna busca de felicidade, impossível que não reconheça o afeto como um vínculo que não serve só para gerar a vida, eis que conforme diz *Silvio Macêdo*, o amor é um valor jurídico.”

Um Código de Família pode proporcionar-nos espaço para a superação da hipocrisia e do moralismo; referindo-se a afetividade sem violentá-la. Neste sentido, a Desembargadora e o poeta falam na mesma língua, pois:

“Por ser exato
 O amor não cabe em si
 Por ser encantado
 O amor revela-se
 Por ser amor
 Invade
 E fim.”⁹

7 MORAIS, Vinícius de, TOQUINHO. *Como dizia o poeta...*, RGE.

8 DIAS, Maria Berenice. Efeito patrimonial das relações afetivas. *Repertório IOB de Jurisprudência*. São Paulo, n. 15, Caderno 3, p. 299, 1^a quinz. ago. 1997.

9 DJAVAN. *Pétala*. Colúmbia, 1986.

O PAPEL JURÍDICO DO AFETO NAS RELAÇÕES DE FAMÍLIA

Silvana Maria Carbonera

Mestranda em Direito das Relações Sociais da Universidade Federal do Paraná
Professora da PUC-PR e da UNIFOZ
Advogada

Sumário

1. Apresentação. **2.** Notas introdutórias. **3.** O Código Civil Brasileiro e o desenho da família patriarcal. **4.** A construção dos novos contornos. **5.** A formação do modelo constitucionalizado. **6.** Transformações dos paradigmas legais da família. **7.** O afeto e a formação das famílias. **8.** As relações paterno-filiais. **9.** Conclusões. **10.** Bibliografia.

1 APRESENTAÇÃO

Tratar de afeto nas famílias pode, inicialmente, parecer redundante, uma vez que tal noção é um elemento essencial nas relações interpessoais que a formam. As pessoas se unem ou se separam em razão do afeto. Assim, sua existência deve importar principalmente àqueles diretamente nela interessados.

Contudo, é sabido que, a partir de um certo estágio, as relações particulares extrapolam seus limites iniciais, se fazem sentir no meio social e daí migram para a esfera jurídica. Neste ponto, aquelas relações inicialmente particulares adquirem caráter menos privado e recebem proteção. Desta forma, o afeto, que começou como um sentimento unicamente interessante para aqueles que o sentiam, passou a ter importância externa e ingressou no meio jurídico. Tal relevância mostrou-se variável no decorrer dos tempos: se, em alguns momentos, sua presença era presumida pela existência de rela-

ções de família, em outros, revelou-se o elemento responsável pela maior visibilidade das mesmas.¹

Dois momentos básicos distintos, duas formas de apreensão jurídica do mesmo fenômeno. Quando a presença do afeto nas relações de família era presumida, sua relevância jurídica consistia em ser tomado como existente, não dando margem para muita discussão. Porém, a partir do momento em que sua presença se tornou essencial para dar visibilidade jurídica a relações familiares, o afeto tomou outro sentido e passou a ocupar maior espaço no Direito de Família.

Ora, se houve uma transformação na importância da noção de afeto nas relações de família, sendo que esta também passou por modificações, é possível e interessante radiografar sua localização e conteúdo em vários momentos distintos. Isto permitirá examinar qual sua influência nos dois modelos básicos de família no Direito de Família pátrio, quais sejam, o patriarcal e o eudemonista. Aliás, esta expressão quer exatamente significar a *doutrina que admite ser a felicidade individual ou coletiva o fundamento da conduta humana moral*,² o que a aproxima da afetividade.

Eis um dos motivos que levaram à elaboração do presente trabalho. Este, antes de pretender esgotar o tema, ao contrário, deseja formular um convite para um exercício de reflexão sobre o papel desempenhado pelo afeto no processo de transformação da acepção jurídica de família. Por tal motivo, os temas tratados terão a profundidade necessária para atingir um objetivo específico: detectar qual a extensão do afeto nas relações jurídicas de família e, por seu intermédio, revelar as transformações pelas quais ela passou.

Outro motivo é buscar demonstrar que os atuais contornos jurídicos de família exigem dos operadores do direito uma constante preocupação com a realidade, assim como com a permanente atualização dos conhecimentos. A interpretação das normas de família devem ser feitas tendo como parâmetros os princípios gerais que refletem a atual situação do instituto.³

1 Embora a figura do *affectio* remonte ao Direito romano e liga-se à noção de família desde aquela época, seu atual conteúdo é mais amplo, o que irá se demonstrar no trabalho.

2 Conforme *Novo dicionário da língua portuguesa*, p. 734.

3 Tais preocupações não são novidade. O Professor *Francisco Muniz*, em brilhante conferência sobre *O direito de família na solução dos litígios*, proferida em 1991 no XII Congresso Brasileiro de Magistrados, já alertava sobre a necessidade de adequação da legislação ordinária aos novos princípios constitucionais de igualdade na família, afirmando que estavam revogadas todas as disposições legais contrárias e exortando aos julgadores a necessidade de se promover um “direito judicial dos princípios constitucionais do Direito de Família”. A aplicação dos precei-

Os conceitos não podem ser cristalizados. Do mesmo modo, fórmulas prontas para a solução de litígios de família não são mais compatíveis com um modelo bastante preocupado com os sujeitos. É preciso repensar!

Sob tal perspectiva, o texto procurará radiografar a posição do afeto nas relações jurídicas de família, seja naquela existente entre homem e mulher como na presente entre pais e filhos. Não serão objeto de análise as relações entre filhos, nem tampouco a relação do grupo familiar com o meio social.

Para tanto, inicialmente serão objeto de exame a estrutura jurídica, os elementos básicos e os papéis desempenhados pelos membros da família patriarcal e da eudemonista, representadas pelos modelos codificado e constitucionalizado, respectivamente. Na seqüência, serão objeto de análise as relações entre o casal, indicando a localização do afeto tanto em sua formação como na dissolução. As relações paterno-filiais serão analisadas na seqüência, especialmente no que diz respeito ao estabelecimento da paternidade, à adoção e à guarda.

Durante todo o trabalho, a doutrina, a jurisprudência e a legislação serão apresentadas, sendo expressamente indicadas quando necessário.

2 NOTAS INTRODUTÓRIAS

Como anteriormente exposto, embora o tema possa parecer exterior à esfera jurídica, uma vez que se trata de um sentimento sem valor aferível em termos precisos, tal afirmação não procede. *Habitat* do sujeito de direito despido de qualquer qualificativo específico,⁴ atualmente a família se apresenta como o local próprio para o desenvolvimento pessoal em todos os sentidos. Neste contexto, o afeto deve ocupar lugar de destaque e merece maior atenção daqueles que atuam nessa área jurídica.

Os operadores do Direito, com os olhos voltados para o sujeito, comecem a agregar outros elementos àqueles já relacionados à clássica noção

tos constitucionais deveria ser feita com habilidade e, sobretudo, com a ousadia necessária a todos os que operam o Direito de forma não dissociada da realidade. Isto somente pode ser feito se o operador do Direito se mantiver atento às transformações sociais e seus efeitos na esfera jurídica, o que se consegue com a permanente reflexão do Direito.

4 Atualmente, com a especialização das variadas áreas do Direito, pode-se até falar em sujeito de direito consumidor, sujeito de direito proprietário, sujeito de direito contribuinte, sujeito de direito administrado. Contudo, quando inserido na família, ele se apresenta de forma mais singela: como sujeito de direito de uma família plural, cuja existência independe da titularidade de patrimônio ou contrato.

jurídica de família, indicando que, em alguns casos, somente a formalidade do vínculo jurídico é insuficiente. Tal preocupação já pode ser localizada na doutrina que trata das atuais tendências do Direito de Família, onde o afeto já ocupa um lugar significativo, sendo este um ponto relevante, pois demonstra seu gradativo ingresso na esfera jurídica. A análise da jurisprudência também indica que, nesta esfera, alguns julgadores já estão cientes do valor do afeto nas relações de família. Da mesma forma, a preocupação com o aspecto afetivo também já se faz sentir na legislação.

Contudo, para atingir o objetivo indicado anteriormente, qual seja, detectar a extensão do afeto nas relações jurídicas de família, é necessário abordar os modelos de família que foram, e ainda são, relevantes para o Direito. Certamente, o modelo indicado para iniciar a análise é aquele codificado, cujas linhas gerais serão apresentadas a seguir.

3 O CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO E O DESENHO DA FAMÍLIA PATRIARCAL

O modelo codificado, apreendido e construído juridicamente num momento histórico definido – a transição do Século XIX para o XX –, tem suas características com origens que remontam ao Brasil-Colônia e o modelo familiar então vigente.⁵ Numa sociedade basicamente rural, onde a família funcionava como uma unidade de produção, sua extensão era elemento levado em conta, pois a quantidade de pessoas que a compunha se traduzia em força de trabalho e maiores condições de sobrevivência para todos. Ademais, pode se observar também a presença da noção de família extensa, sem descuidar do fato de o poder do chefe transcender os limites dos laços consangüíneos.⁶ Além de ser relativamente extensa, essa família apresentava

5 É importante observar que o modelo vigente no período correspondente ao da elaboração do Código Civil, e que foi apreendido por ele, era o da parcela social mais representativa: os detentores do poder, representados por trezentas ou quatrocentas mil pessoas pertencentes a famílias de proprietários de escravos, fazendeiros e senhores de engenho, segundo o censo de 1872. GOMES, Orlando. Raízes históricas e sociológicas do CCB. *AJURIS*, Porto Alegre, n. 9, p. 19, mar. 1977.

6 Sobre isto, basta recordar que, durante a escravidão, o poder do chefe da família era sentido tanto na casa grande como na senzala. Dentro da primeira, afetava tanto esposa e filhos como agregados, afilhados e quem mais ali vivesse. Na senzala, os escravos estavam presos a laços de submissão e dependência.

como características básicas ser patriarcal, hierarquizada, matrimonializada e patrimonializada.

Andrée Michel,⁷ ao tratar do tema sob a ótica sociológica, descreve-a como uma família cuja chefia era ocupada pelo homem, exercendo tanto o papel de pai como o de marido. A ele competia a direção exclusiva da família, sendo isto decorrente de sua autoridade e poder, ambos existentes em razão do aspecto econômico. Como consequência, a mulher e os filhos ocupavam posição de inferioridade na comunidade familiar. A primeira desempenhava o papel de esposa e mãe, enquanto que os demais deviam ater-se ao respeito ao pai, atitude que se projetava no meio social mediante o respeito devido ao patrão e ao Estado.

A divisão dos papéis se dava em função do sexo e da idade, sendo que ao homem incumbia também o dever de zelar pela unidade familiar. Assim sendo, pode se observar uma família preocupada principalmente com sua continuidade, relegando a segundo plano os interesses de seus membros. Os contornos patriarcais e hierarquizado justificavam-se, uma vez que, no modelo apresentado, havia a necessidade de uma chefia.⁸ Assim, a vontade da família, expressa por meio do pai, acabava traduzindo sua própria vontade, que era tomada como vontade do grupo. Esta era a justificativa da condição de relativamente incapaz em que se encontrava a mulher casada, figura relativa e dependente da existência de uma família.

Os filhos também sentiam o poder paterno na direção de suas vidas. Uma vez que os integrantes da família patriarcal atuavam e dirigiam suas vidas em função da proteção dos interesses dela, isto permitia que, em meados do século passado, por exemplo, casamentos para os filhos solteiros ainda fossem arranjados pelos genitores. De forma idêntica, eles eram destinados a carreiras profissionais: clérigo, juiz, médico. Contudo, é necessário pontuar que a esfera do exercício de poderes do pai restringia-se, juridicamente, à família legítima, constituída por meio de matrimônio válido. Filhos ilegítimos não encontravam abrigo na original família codificada.

A limitação de ingresso de novos personagens, outro aspecto relevante, era feita por meio da noção de legitimidade. A matrimonialização cum-

7 MICHEL, Andrée. Modèles sociologiques de la famille dans les sociétés contemporaines. *Archives de Philosophie du Droit*, 131, p. 127-136, 1975.

8 Nos termos do art. 233: “O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos (arts. 240, 247 e 251).”

pria seu papel, uma vez que, somente os legítimos poderiam fazer parte daquela unidade familiar de produção. Em conseqüência, por vezes, a verdade jurídica não encontrava correspondente na verdade social, e vice-versa. Desta forma, a garantia da estrutura familiar apresentada se dava pela observação tanto da necessidade de matrimonialização como no modelo de legitimidade dos filhos, pautado na proibição do reconhecimento de filhos extramatrimoniais e na atuação da presunção *pater is est*.

Também se faz necessário destacar que, no original modelo codificado, a indissolubilidade do vínculo matrimonial era regra e, em casos onde o matrimônio se revelasse um insucesso, a única alternativa era o desquite, que punha fim na comunhão de vida e não atingia o vínculo jurídico. Novamente pode ser observado que a construção daquele modelo jurídico de família tinha como elemento central a manutenção da comunidade familiar, mesmo que a custo de força legal.⁹

Contudo, o conteúdo dessa família não se esgota nas noções de patriarcado, hierarquia, matrimonialização e manutenção do vínculo. O aspecto patrimonial era relevante. A constituição e a proteção do patrimônio na esfera familiar têm sua importância revelada com a análise dos dispositivos legais do Código Civil Brasileiro, especialmente no que diz respeito às formas de regime de bens ou, ainda, à necessidade de outorga para a alienação de bens imóveis,¹⁰ cuja propriedade é de pessoa casada. Nesse modelo, a “*categoria do ser é subordinada àquela do ter: quem possui ‘é’.*”¹¹ O Código Civil fez clara opção pelo *ter*, colocando o *ser* em posição secundária, seguindo a tendência observada em muitos dos Códigos Civis vigentes à época.¹²

9 Neste ponto, a legislação de 1916 protegeu a manutenção da entidade familiar matrimonializada em detrimento das vontades de seus membros. O jurídico impunha-se perante o fático, situação que perdurou até a Lei n. 6.515/77.

10 De forma apropriada são designados de *bens de raiz*, sugerindo maior segurança e estabilidade ao proprietário. Por tais motivos, para sua alienação há necessidade de autorização do cônjuge, qualquer que seja o regime de bens existente no casamento.

11 PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 4.

12 Como coloca o Professor *Pietro Perlingieri*, ao comentar a influência francesa recebida pelo Código Civil italiano, o referido diploma legal de 1865 “caracteriza-se especialmente por colocar no centro do ordenamento a propriedade imobiliária da terra: na manutenção e no incremento desta, é predominantemente inspirada a disciplina da família e das sucessões *causa mortis*; [...]” (*Op. cit.*, p. 4).

Após apresentadas as linhas gerais do desenho jurídico da família, consoante o Código Civil Brasileiro, é oportuna a afirmação de *Michelle Perrot*

“... A família, como rede de pessoas e conjunto de bens, é um nome, um sangue, um patrimônio material e simbólico, herdado e transmitido. A família é um fluxo de propriedades que depende primeiramente da lei.”¹³

Como pode ser observado, neste modelo a presença do afeto era presumida.

4 A CONSTRUÇÃO DOS NOVOS CONTORNOS

Porém, a família, como grupo social, não permaneceu estática: sentiu e fez sentir transformações jurídicas e sociais, atuando como elemento receptor e difusor das mesmas.¹⁴ Quando a sociedade era basicamente rural e a população urbana minoria, um grande número de filhos significava mão-de-obra para os afazeres necessários à sobrevivência, possível ao menos para uma parte da família, o que garantia sua continuidade.

Com o processo de urbanização, costumes foram sendo substituídos: a grande prole deu lugar a um número cada vez mais reduzido de filhos. Os reflexos puderam ser sentidos na redução da população familiar. Por outro lado, com um número menor de filhos, houve a possibilidade de maior convívio entre estes e os pais, dando margem para um relacionamento mais próximo, pautado na preocupação de um membro da família com os demais, permitindo a abertura de maior espaço para o afeto.¹⁵

13 PERROT, Michelle. Funções da família. In: *História da vida privada*. São Paulo: Companhia das Letras, v. 4, p. 105.

14 Neste sentido, ensina *Perlingieri*: “A transformação da realidade social em qualquer dos seus aspectos (diversos daquele aspecto normativo em sentido estrito) significa a transformação da ‘realidade normativa’ [...]”, afirmando na seqüência que “[...] a recíproca influência entre os aspectos sociais, econômicos, políticos e aqueles normativo-jurídicos, a transformação de um aspecto econômico, político, ético, incide – às vezes profundamente – sobre a ordem normativa e vice-versa”. (*Op. cit.*, p. 2).

15 A afirmação não compreende o sentido de inexistência anterior de afeto, somente localiza neste ponto um momento onde haviam condições de seu provável florescimento.

Durante o decorrer deste século, outras transformações sociais se fizeram sentir,¹⁶ o que revelou com mais clareza os pontos onde o modelo legal não era mais suficiente para atender às situações fáticas, tanto no aspecto da união como no da filiação. Diferenças entre as noções jurídica e social de família tornaram-se mais visíveis, a ponto destas começarem a se impor perante o Direito.

Conforme já exposto, gradativamente o modelo social dominante da grande família foi sendo substituído; ocupou seu espaço a família nuclear, centrada na tríade pai-mãe-filho. A redução se deu motivada por vários aspectos. Além do processo de urbanização já abordado, podem ser destacados os problemas econômicos e a modificação da condição feminina.

Estes aspectos, intimamente ligados, provocaram a modificação no desempenho dos tradicionais papéis da família patriarcal, uma vez que a mulher alargou sua esfera de atuação. O processo que posteriormente resultaria na igualdade estava instalado. Os primeiros efeitos da tímida fratura na tradicional divisão de papéis também foram sentidos na esfera da filiação e os relacionamentos na família começaram a ser pensados em outros termos. Houve o *aprofundamento afetivo* das relações de família. “De uma unidade proposta a fins econômicos, políticos, culturais e religiosos, a família passou a grupo de companheirismo e lugar de afetividade.”¹⁷

Assim, a modificação nos papéis desempenhados pelos membros da família também pode ser indicada como um elemento altamente revelador das transformações nela observadas. Diante da maior mobilidade no desempenho dos papéis, estabelecidos em função das aptidões de seus membros, a família gradativamente passou a refletir mais os interesses desse do que desta. Tal mobilidade, indicada por *Andrée Michel*, opõe-se à idéia da cristalização no desempenho dos papéis da família patriarcal, estabelecidos em função ou do sexo ou da idade dos membros.

Assim, o enxugamento da família acabou contribuindo para que ela pudesse se tornar uma comunidade mais coesa, com a maior aproximação entre seus membros. Os reflexos foram sentidos tanto nas relações homem e mulher como entre pais e filhos.

16 Dentre as inúmeras transformações sociais que aconteceram neste século, podem ser destacadas, além do processo de urbanização, a industrialização ocorrida no país; o ingresso da mulher no mercado de trabalho, o aumento em sua esfera de atuação social, política e jurídica; a transformação da condição social do jovem.

17 VILLELA, João Baptista. *Liberdade e família*. Monografia. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1980, p. 11.

Contudo, não foi somente a redução na extensão da família um elemento significativo para sua transformação. As uniões estáveis, por muitos denominadas de concubinatos puros, que foram ignoradas pelo Código Civil,¹⁸ passaram a receber proteção legal indireta, através da tutela de determinadas situações.¹⁹

Ora, novamente revela-se o reconhecimento do descompasso entre o modelo de família legislado e a pluralidade social existente que, impondo-se frente ao Direito, exige proteção, mesmo que parcial. Além do descompasso, outro aspecto não pode ser ignorado. Se a formação de famílias se dava à margem da esfera jurídica, a preocupação com os sentimento sobrepunha-se àquela relativa à conformidade com a lei. Diante da presença do afeto, o Direito paulatinamente curvou-se e demonstrou, através da legislação e da jurisprudência, a preocupação com este “novo” elemento, mesmo que não estivesse consciente disto.

Decorrente das transformações na formação da família, também podem ser detectadas alterações sobre o modo de pensar o fim do casamento. Como exposto, no modelo clássico foi consagrado o princípio da indissolubilidade. Vale dizer, a perpetuidade do vínculo obrigava o casal a manter uma união eterna. Somente era admitido o desquite, que colocava fim à comunhão de vida. Com isto, a ligação jurídica permanecia, impedindo a formação de uma nova família jurídica. Finalmente, em 1977, com a Lei n. 6.515, alterou-se tal paradigma e, em substituição à indissolubilidade, foi consagrado o princípio da dissolubilidade do vínculo com o acolhimento do divórcio pelo sistema legal.²⁰

O resultado do prolongado período de indissolubilidade se fez sentir tanto na esfera social como na jurídica. Inúmeros concubinatos formaram-

18 A ressalva é a permissão dada pelo art. 363, I, do CCB, que permite seja postulado o reconhecimento de filho ilegítimo “se ao tempo da concepção a mãe estava *concubinada* com o pretendido pai”; (sem grifo no original).

19 Estas podem ser encontradas, por exemplo, tanto na esfera do Direito Previdenciário, com o estabelecimento de pensão para a companheira do segurado, como na Lei n. 6.015/73, art. 57, § 2º.

20 Embora tenha representado um importante avanço, é necessário destacar que a Lei do Divórcio acabou adotando em uma das formas de separação as noções de culpa e inocência. Ora, como bem coloca o Professor *João Baptista Villela*, “[...] a culpa, ou se se quiser de outro lado, a inocência, em se tratando de uma convivência como é a de marido e mulher, em que ações e interações se submetem a um regime incontrolável de circularidade, é alguma coisa que não pode ser apurada e detectada com rigor. Além disso, [...] não compete ao Estado intervir na intimidade da família para o fim de declarar que esse cônjuge é culpado, que aquele outro é inocente.” (*Revista Jurídica LEMI*, p. 15, 1980).

se. As pessoas que desejavam reconstruir suas vidas por meio de uma nova família fizeram-no, mesmo que o ordenamento jurídico não abrigasse claramente tal vontade. Diante do inevitável aumento de situações fáticas, coube ao julgador decidi-las, utilizando os mecanismos disponíveis.

Desta forma, no momento em que se apresentava ao Judiciário a dissolução de uma situação fática, construída à margem do modelo jurídico, decorrente unicamente da vontade das pessoas em construir uma comunhão de vida, os operadores do Direito buscavam as soluções jurídicas possíveis para o caso. Pode se observar que, embora não existisse uma regulamentação específica, a proteção era feita com os mecanismos disponíveis.²¹

Ademais, uma análise que percorra o caminho contrário demonstra que a causa da formação daquela união residia basicamente na vontade das pessoas em permanecerem juntas, uma vez que tal união não produziria efeitos jurídicos imediatos. Paralelo às situações marginais dos casais, os filhos deles nascidos também sentiram os efeitos da exclusão pelo modelo jurídico vigente.

Na esfera da filiação, os desajustes também se fizeram sentir, tanto que gradativamente alargaram-se as possibilidades legais de reconhecimento de filho nascido fora de uma união matrimonializada. Se anteriormente as relações de família estavam impregnadas com a noção de legitimidade, com o passar do tempo pode ser observada a contestação jurídica de sua ampla extensão. Filhos ilegítimos gradativamente passaram a ingressar na esfera da família jurídica. Primeiro aqueles designados de naturais, em razão de terem sido concebidos por pessoas não casadas e sem impedimento para tanto. Depois os adulterinos, após a dissolução da sociedade conjugal do genitor. Finalmente aos incestuosos foi aberto o acesso à filiação jurídica, consagrada de forma expressa pela Lei n. 7.841/89, que pôs fim expressamente à proibição de seu reconhecimento, derradeiro resquício da proibição.

Se anteriormente atuando às avessas, o Direito prejudicava em lugar de proteger, a Constituição Federal cuidou de modificar isto ao estabelecer a igualdade de filhos de qualquer origem. Finalmente, a relação pais-filhos ingressou de forma plena no terreno da igualdade jurídica, campo onde se

21 Neste sentido, é importante anotar a posição do Professor *Rodrigo da Cunha Pereira* sobre a diferença entre proteção e regulamentação: a falta de uma norma para uma gama de relações não implica em impossibilidade de tutela, que pode ser prestada através dos mecanismos existentes. Ademais, mesmo que não tenha sido a melhor solução, era a que existia naquele momento.

torna possível a valorização das pessoas e de seus sentimentos. Neste ponto é importante observar que, embora anteriormente pudesse existir vontade do genitor para o reconhecimento do filho ilegítimo, motivado seja por questão de consciência ou por afeto, a proibição jurídica imperou por tempo significativo. Com o abrandamento do rigor legal, a esfera do desejo pessoal e do sentimento aumentou e o afeto definitivamente ganhou espaço nas relações paterno-filiais.

Diante de um sem-número de problemas relacionados à família, que insistentemente demonstravam o descompasso entre o modelo codificado e a pluralidade fática, o legislador não se mostrou insensível e promoveu a gradativa adequação legislativa. A legislação ordinária apresentou várias normas que procuraram minorar a distância entre a realidade e o ordenamento, especialmente no que se referia à filiação. O modelo de família constitucional foi sendo gradativamente construído, melhor, foi sendo gradativamente apreendido pelo sistema jurídico, sendo que sua constitucionalização teve como efeito pôr fim a qualquer dúvida sobre os novos parâmetros jurídicos orientadores da família contemporânea.²²

Fim de um modelo, início de outro? Talvez. Ou quem sabe fim do predomínio de um modelo único e início da pluralidade de famílias. Este é um aspecto interessante: afinal, de que família se irá tratar?

O objetivo é tratar do modelo contemporâneo, baseado na multiplicidade de formas de constituição de família, o que também sugere uma pluralidade de famílias: matrimonializada ou não, constituída por ambos os genitores e filhos ou de caráter monoparental, originada em laços de sangue ou por meio da adoção.

Aspectos comuns que fazem a interligação entre elas, dentre os quais pode ser destacada a proteção constitucional comum a todas. Outro aspecto relevante é o elemento motivador da formação, isto é, a causa.

Perante os argumentos acima expostos, pode se observar que o engessamento do ordenamento jurídico, inicialmente com o objetivo de proteger a família legítima, paradoxalmente acabou abrindo espaço para a diversidade. Diante do fato de, por exemplo, não ser possível a uma pessoa

22 Sobre isto, não é possível afirmar que a Constituição Federal pôs fim ao modelo de família codificado. Seu mérito consiste em ter definitivamente apresentado os novos contornos, que servirão como sugestão de modelos para a formação de novas famílias. Assim sendo, o que se observa é a permanência de aspectos do modelo patriarcal, especialmente daqueles que não conflitam com as novas diretivas constitucionais.

desquitada constituir uma nova família nos moldes legais em face da impossibilidade de dissolução do vínculo, os sujeitos ignoraram o modelo legal e deram origem a novas comunidades familiares. Buscando a realização pessoal, o ordenamento foi posto em segundo plano e os sujeitos se impuseram como prioridade. Formaram-se novas famílias, marginais e excluídas do mundo jurídico, mas ainda assim se formaram. A verdade social não se ateuve à verdade jurídica e os fatos afrontaram e transformaram o Direito.

5 A FORMAÇÃO DO MODELO CONSTITUCIONALIZADO

A atual concepção jurídica de família, gradativamente construída, deslocou-se do aspecto desigual, formal e patrimonial para o aspecto pessoal e igualitário. Como consequência, a importância dos interesses individuais dos sujeitos da família, isto é, da busca da felicidade como mola propulsora, provocou a valorização do afeto como elemento formador.

Com a valorização das pessoas, seus interesses também o foram, desta forma, os anseios relacionados a uma família construída sobre novos parâmetros se fizeram sentir e receberam ampla proteção constitucional, tendo a dignidade e a igualdade como princípios orientadores, assim como a possibilidade de tentar tantas vezes quantas forem necessárias a formação de uma família feliz.

Os Tribunais já estão atentos a este aspecto, sendo que decisões demonstrando a preocupação com o afeto como elemento essencial à continuidade da família já podem ser encontrados:

“Divórcio – Ação direta – Casal que convive sob o mesmo teto apenas por dois meses após o casamento – Ausência de *affectio maritalis* – Possibilidade de sua decretação, preenchido o lapso temporal.

Ementa oficial: Casal que, após celebrado o casamento, convive sob o mesmo teto apenas por dois meses, separando-se, ante inequívoca ausência da *affectio maritalis*, pode, preenchido o lapso temporal, requerer divórcio, posto não ter propriamente existido união, vez que se casaram sem intenção de positivá-lo, cabendo ao julgador, em tais casos, recorrer ao exame minucioso da prova e não à distorção da figura legal tão-só da moradia sob o mesmo teto,

observando *tratar-se de um fato social no qual ausente a afeição, o sentimento, a intenção e a vontade de se tornarem marido e mulher.*²³

A adequação legislativa feita pela Carta Constitucional acabou revelando os novos contornos jurídicos da família contemporânea. Baseada nos desejos de seus membros em satisfazer seus interesses de realização afetiva e crescimento pessoal, a noção de família foi ampliada e a proteção a todas as entidades familiares produziu efeitos benéficos a muito desejados.²⁴

Nesta perspectiva, pode se observar que, se anteriormente havia uma divisão de papéis pautada no sexo e na idade dos membros da família, a modificação das condições sociais provocou uma significativa transformação.

Com a valorização da atuação feminina, a condição de inferioridade em que a mulher se encontrava na família foi temperada. Papéis exclusivamente masculinos passaram a ser desempenhados de forma compartilhada. A noção de direção diárquica da família ganhou espaço, especialmente pela modificação na forma de pensá-la. A divisão de funções na família deixou de ser feita prioritariamente em razão do sexo e idade para levar em conta as aptidões individuais. Valorizada a pessoa, valorizados também seus sentimentos e interesses.

Ademais, com a instalação da igualdade e da liberdade na família, o vínculo jurídico cedeu parte de seu espaço à verdade socioafetiva. Felicidade e afeto demarcaram seu espaço na noção jurídica de família em todas as esferas, a exemplo do que já havia acontecido na realidade social.

“Da família matrimonializada por contrato chegou-se à família informal, precisamente porque afeto não é um dever e a coabitação uma opção, um ato de liberdade. Da margem para o centro: os interesses dos filhos, qualquer que seja a natureza da filiação, restam prioritariamente considerados.”²⁵

23 Acórdão exarado pelo Tribunal de Justiça do Espírito Santo, com relatoria do Desembargador *José Mathias de Almeida Neto*, na Apelação Cível de n. 13.920.002.709, datada de 1/3/94, cuja íntegra foi publicada na *RT* 707, p. 123, set. de 1994. No caso em tela, o casamento foi concretizado para *acertar uma situação embaraçosa criada pela gravidez da apelante*. (p. 124) (Sem grifos no original).

24 A noção de entidades familiares está relacionada à diversidade de sexos, necessária à existência do casamento. Desta forma, uniões homossexuais não são contempladas como família pelo atual ordenamento jurídico e dele não recebem tutela jurídica como tal.

25 FACHIN, Luiz Edson. *Da paternidade: relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 98.

Igual sorte têm os interesses dos genitores. Assim, a família contemporânea é tomada como a *comunidade de afecto e entre-ajuda*,²⁶ espaço onde as aptidões naturais podem ser potencializadas e sua continuidade só encontra respaldo na existência do afeto. Esta família é o que se pode denominar de família eudemonista, meio onde “acentuam-se as relações de sentimento entre os membros do grupo: valorizam-se as funções afetivas da família que se torna o refúgio privilegiado das pessoas contra a agitação da vida nas grandes cidades e das pressões econômicas e sociais.”²⁷

É interessante destacar que a legislação ordinária pós-Constituição já apresenta aspectos relacionados ao modelo eudemonista, o que não se observava na legislação anterior. Isto pode ser observado na Lei n. 8.069/90, popularmente conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente. O legislador, ao tratar da colocação em família substituta, demonstra sua preocupação com o tema, determinando que a relação de afetividade seja apreciada, *a fim de evitar ou minorar as conseqüências decorrentes da medida*.²⁸ A preocupação procede, uma vez que o afeto é um elemento indispensável para a formação da pessoa.

6 TRANSFORMAÇÕES DOS PARADIGMAS LEGAIS DA FAMÍLIA

Neste sentido é importante destacar que o Código Civil Brasileiro, promulgado em 1916, apresenta contornos nitidamente liberais, onde a intervenção estatal na esfera particular era reduzida, se comparada com o Estado do Bem-Estar Social. A liberdade dos sujeitos permitia que os mesmos regulamentassem suas vidas, dentro dos significativos limites estabelecidos em lei.

Ademais, a valorização do aspecto patrimonial da vida é percebida com facilidade, o que é possível com a leitura do referido diploma legal, especialmente na parte que trata do Direito de Família. Os artigos, em sua maioria, dizem respeito ao patrimônio da família, de forma direta ou indireta.²⁹ Uma rápida análise mostra que a preocupação do legislador foi maior

26 LAMARTINE e MUNIZ. *Direito de família*, p. 11.

27 *Ibidem*.

28 Lei n. 8.089/90, art. 28, § 2º: “Na apreciação do pedido levar-se-á em conta o grau de parentesco e a relação de afinidade ou de *afetividade*, a fim de evitar ou minorar as conseqüências decorrentes da medida.” (Sem grifo no original)

29 Em análise feita pelo Professor *Paulo Luiz Neto Lôbo*, dos 290 artigos do Código Civil Brasileiro que regulamentam a família, excluídos os que tratavam do desquite, já revogados, 151 apresen-

no que diz respeito à proteção da família e do patrimônio que a acompanhava. A ampla proteção ao aspecto da legitimidade da união e dos filhos nela nascidos demonstra que, embora liberal, o Estado conduziu à proteção de um aspecto por ele considerado relevante: o patrimonial.³⁰

Com a modificação tanto da sociedade como do Estado, os reflexos foram sentidos no desenho jurídico da família. A Constituição Federal de 1988, nitidamente relacionada a um Estado do Bem-Estar Social, demonstrou acentuada preocupação com o social, o que resultou na maior intervenção nas relações sociais. Estas também foram sentidas na esfera da família, onde houve a ampliação da tutela a situações anteriormente não protegidas por motivos variados. Tal aumento se fez sentir em vários pontos. O reconhecimento da pluralidade de formas de constituição de família e a consagração da igualdade jurídica entre cônjuges e entre filhos são os mais festejados e destacados.

Com a consagração da multiplicidade de famílias pela Carta Constitucional, houve o aumento da tutela, assim como da esfera de liberdade de escolha dos sujeitos. Isto redundou no fato de que, embora continuem existindo famílias nos moldes patriarcais, a recepção de outras formas abriu espaço para famílias fundadas exclusivamente no afeto e no desejo de estar junto, formando uma comunhão de vida e fazendo com que este seja o elemento central desta família.

Contudo, outro ponto de significativa importância deve ser destacado: a valorização da pessoa na família, em sentido diverso do encontrado no Código Civil Brasileiro, onde a comunidade familiar sobrepunha-se aos sujeitos. Esta valorização está coerente com as linhas gerais da Constituição Federal, uma vez que o art. 1º, III, consagra como fundamento da República Federativa do Brasil a *dignidade da pessoa humana*. Neste sentido, a proteção à pessoa, recebendo *status* constitucional, deve ser princípio orientador no seu tratamento em todas as esferas. A proteção aos componentes da família não constitui exceção à regra, o que conduz a sua priorização em relação ao grupo.

tam conteúdo patrimonial determinante, enquanto que os 139 restantes cuidam de relações pessoais. Como coloca o autor, é evidente que “[...] as relações de família também têm natureza patrimonial. Sempre terão. Quando, porém, passam a ser determinantes, desnaturam, como a história retratou, a função da família.” (*O direito de família e a Constituição de 1988*, p. 67).

30 Embora o Código Civil tenha cercado a família legítima de proteções, revelando-se excludente das situações que não se conformavam ao modelo legal, pode ser observada a presença do Estado Liberal. Uma vez que um elemento marcante deste modelo político era uma preocupação com o aspecto patrimonial, a mais significativa regulamentação em matéria de família se deu na esfera patrimonial, demonstrando o centro das atenções de então: *o ter e aqueles que tinham*.

Porém, a proteção a todos os sujeitos da família deve ser feita de forma igualitária,³¹ uma vez que a desigualdade fere a dignidade. A consagração dos princípios da dignidade e da igualdade na família conduziu necessariamente à construção de um novo modelo jurídico de família, uma vez que isto não seria possível no modelo codificado, patriarcal e hierarquizado.

Ademais, tratar da dignidade e da igualdade significa também abordar sua coexistência num ambiente dividido por duas ou mais pessoas: se ambas têm direitos idênticos, significa que a convivência somente será possível se houver a limitação da liberdade individual pela lei, bem como um elemento externo a esta para harmonizar os dois elementos. Ora, só podem conviver pessoas que têm afeição e respeito mútuo, sendo ambos necessários para a continuidade da relação familiar. Somente a existência do afeto faz com que pessoas restrinjam sua esfera de liberdade, renunciando a determinados desejos, para que outras também possam crescer e se desenvolver, pois o desenvolvimento de uma produz efeitos benéficos a todas.

Em que pese soar estranho tratar de renúncia ou restrição à liberdade, ao mesmo tempo em que se fala de dignidade e igualdade, somente podem ser dignas e iguais as pessoas que respeitam as outras, e isto acontece de forma voluntária quando as pessoas se unem em virtude do afeto. Se assim não fosse, certamente não estaríamos falando de família, onde as pessoas decidem permanecer unidas por vontade própria, buscando a realização própria e dos demais, respeitando a esfera da dignidade e da liberdade de cada sujeito. Ademais, como bem coloca o professor *João Baptista Villela*, “em família ninguém cresce sem fazer crescer, nem destrói sem se autodestruir”.³²

7 O AFETO E A FORMAÇÃO DAS FAMÍLIAS

Conforme exposto, embora o modelo jurídico apresentasse um contorno expressamente determinado, as pessoas não se ativeram a ele, constru-

31 Não significa um nivelamento sistemático, mas sim tratar cada sujeito de forma a colocá-lo equitativamente na mesma posição jurídica. Para tanto, deve ser levado em conta as características e condições individuais, proporcionando ao mais fraco maior proteção, com o objetivo de equilibrar a relação.

32 VILLELA, João Baptista. *Op. cit.*, p. 11.

indo à margem do jurídico outras famílias. Afinal, é possível detectar o que provocou tal desobediência aos comandos legais?³³

Levando-se em conta que inúmeras foram as transformações sociais que aconteceram neste século, não se pode afirmar que um único elemento tenha sido responsável por isso, uma vez que, no Direito de Família, cada situação é única, apresentando específicos. Por outro lado, é possível detectar um deles procedendo à análise das afirmações acima.

A impossibilidade da formação de novas famílias matrimonializadas, em razão da existência da indissolubilidade de vínculo que perdurou até 1977, conduz à reflexão de alguns aspectos: **1.** o que provocava a formação das famílias matrimonializadas; **2.** porque elas chegavam ao fim; e **3.** o que motivava a formação de uma união extramatrimonial, mesmo sem a proteção legal?

Ao primeiro questionamento, de imediato uma resposta geral é impossível, posto que, conforme já aduzido, cada caso é um caso: porque João e Maria se casaram é assunto que diz respeito somente a eles e não cabe ao legislador perquiri-lo.

O segundo questionamento já possibilita uma resposta que permita clarear a situação: qualquer que tenha sido o motivo que os levou ao casamento, ele chegou ao fim e colocou termo à comunhão de vida. Se pensarmos na união de duas pessoas por motivos puramente patrimoniais, a insuportabilidade da vida comum não é elemento suficiente para acabar com a sociedade conjugal, posto que o interesse econômico é maior. Mas se o motivo foi o afeto, e este chegou ao fim...

O terceiro questionamento completa o raciocínio proposto. Após o fim de um casamento, tanto a dissolução da comunhão de vida, através do desquite, como a impossibilidade de novo matrimônio não se mostraram obstáculos para a formação de outra família. Isto não teria acontecido com tanta intensidade se a formação de um novo núcleo familiar estivesse norteadada somente por interesses patrimoniais. Os fatos ignoraram o Direito, impondo novos valores à esfera jurídica.

33 Cumpre aqui destacar que, pelo exposto, é possível observar que o Direito não tem o poder de condicionar a vida das pessoas somente pelo fato de dispor de uma forma determinada, tanto que se trata de um fato histórico e social. O aspecto dinâmico da sociedade provoca constantes modificações no mundo jurídico, especialmente quando o modelo legal não mais corresponde ao social.

O quadro está mais visível e, neste ponto, destaca-se um importante elemento: *o afeto*.

Ora, se inicialmente afirmou-se que a família codificada tinha variados objetivos, dentre os quais a transmissão do patrimônio, poderia se pensar que sendo este um dos aspectos predominantes de tal modelo, ele persistiu até sua constitucionalização. Contudo, o próprio modelo jurídico se encarregou de dar maior importância a um valor em princípio externo à esfera jurídica, mesmo que de forma indireta, especialmente quando situações marginais passaram a ser acolhidas pelo jurídico.

Igual sorte tem a afirmação de que outra primordial função daquela família era a transmissão do nome paterno. Uma vez que isto se tornou possível fora do casamento, motivado pelo fato da possibilidade de reconhecimento jurídico da existência da paternidade extramatrimonial, motivos diversos da regulamentação passaram a integrar esse aspecto. Ter um filho e lhe dar o nome passou a ser mais uma demonstração de afeto do que de obrigação jurídica.

A proibição da formação de nova família matrimonializada acabou provocando a valorização dos motivos que levavam os sujeitos a constituir uma nova família, embora esta não recebesse tutela específica. Valorizou-se a conduta do casal, aqui representada pela vontade de estar na posse de estado de casado, mesmo que sem vínculo jurídico.

Igual sorte teve a noção de comunhão de vida. Com seu implemento, o compartilhamento da vida em seus aspectos espirituais e materiais, isto é, a *comunhão de sentimento e comunhão material inerente à vida conjugal e familiar*,³⁴ assim como a cumplicidade existente entre um homem e uma mulher, passaram a ser elemento central tanto no casamento como na união extramatrimonial.³⁵

Também se transformou o objeto principal da proteção jurídica. A sociedade familiar deixou de ser o elemento central de proteção e os sujeitos que a compunham foram deslocados da periferia para o centro das aten-

34 LAMARTINE e MUNIZ. *Op. cit.*, p. 76.

35 Neste sentido, é interessante observar que a Lei n. 9.278/96 apresenta como elementos formadores de uma união estável o comportamento e o desejo de formar uma família, nela representados pela *convivência duradoura, pública e contínua, [...], estabelecida com o objetivo de constituição de família* (art. 1º), colocando como deveres “[...] respeito e consideração mútuos assim como assistência moral e material recíproca (art. 1º, I e II), sendo que esses revelam primordialmente a necessidade de formação de comunhão de vida, sem a extrema valorização do tempo de convivência ou da existência de filhos.

ções, provocando uma alteração do foco jurídico: não a família, mas seus integrantes é que deveriam receber maior parcela de tutela jurídica.

E o afeto, embora não expressamente contemplado pelo ordenamento e sendo ignorado pela doutrina, ingressou no mundo jurídico exatamente pela exclusão, lá demarcando seu território.³⁶

Mas, se é possível detectar sua existência na formação da família, da mesma forma o fim da união também é altamente revelador.

Quando duas pessoas põem fim a uma união, seja ou não em razão da existência de culpa, revela-se o fim da comunhão de vida. Significa que, embora tenham elas compartilhado, por algum tempo, o mesmo espaço e a mesma vida, isto não é mais possível. Desta forma, a presença do afeto, que não é perquirida no momento da celebração do casamento³⁷ e, tampouco, é requisito de sua existência,³⁸ revela claramente sua anterior existência no momento da dissolução.

Essa verificação posterior da presença do afeto em uma relação conjugal já está sendo feita pelos tribunais, como pode ser observado em decisão do Tribunal de Justiça do Paraná, relatada pelo Desembargador *Oto Sponholz*:

“(1) Se do caderno processual ressalta cristalina a circunstância de que o lar conjugal está em escombros, solapado seus alicerces pela mútua aversão, recíproco desentendimento e *que marido e mulher estão divorciados pelo coração e pelo sentimento*, ao Poder Judiciário não resta outra alternativa que não a de sacramentar a separação judicial, refúgio final das uniões infelizes e que não têm mais condições de permanecer incólumes.”³⁹

36 Exclusão, neste contexto, significa a não-regulamentação expressa, o que não impediu que o afeto se impusesse nas relações de família como um importante elemento.

37 Para que um casamento seja celebrado, é necessário que os nubentes procedam à habilitação prévia para a verificação da inexistência de impedimentos matrimoniais, após o que o oficial do registro civil fornecerá certidão de habilitação. Na celebração, os noivos deverão dar seu consentimento de forma livre e voluntária, perante o celebrante habilitado e com competência para o ato, que, por sua vez, pronunciará as seguintes palavras: “De acordo com a vontade que ambos acabais de afirmar perante mim, de vos receberdes por marido e mulher, eu, em nome da lei, vos declaro casados”, como prescrito no art. 194 do Código Civil Brasileiro.

38 São requisitos de existência do casamento a celebração perante autoridade legalmente investida de poderes para tal, o consentimento manifestado na forma da lei pelos nubentes e a diferença de sexos entre os nubentes.

39 Apelação Cível n. 26.572, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Paraná, publicada em 12/6/89. Relator Desembargador *Oto Sponholz*. (Sem grifos no original).

Diante disto, é possível novamente destacar a valorização dos sujeitos em relação ao vínculo jurídico que os une. Se chegou ao fim o afeto e a infelicidade se aproxima assustadoramente, a solução jurídica é liberar as pessoas para que continuem procurando sua realização pessoal.

8 AS RELAÇÕES PATERNO-FILIAIS

Conforme já foi pontuado anteriormente, é importante notar que o afeto não se restringe à relação conjugal. Na esfera da filiação é possível localizá-lo com muita força.

Após muito tempo com um modelo legal que provocou a exclusão da filiação dita ilegítima, pautada num sistema de estabelecimento da verdade jurídica, três situações podem ser destacadas no âmbito jurídico. Outras verdades se apresentaram aos sujeitos da família.

Os avanços tecnológicos, tão festejados por alguns ao mesmo tempo que condenados por outros, certamente provocaram profundas modificações na esfera da família. Fertilização assistida, mãe de substituição, mapeamento genético, estabelecimento de paternidade são realidades que não mais podem ser ignoradas.

As intervenções da tecnologia na vida do sujeito colocaram em xeque muitas verdades jurídicas, sendo que uma delas muito interessa a este tema, qual seja, o estabelecimento de paternidade.⁴⁰ O exame em DNA do ser humano permite à ciência estabelecer, com precisão quase absoluta, a origem genética de uma pessoa. Pai e mãe deixaram de ser somente estabelecidos juridicamente para serem revelados pelo laudo. Os filhos podem buscar nos laboratórios suas origens genéticas. Mas esta verdade é suficiente?

Ao que parece, a resposta não é absoluta. Uma terceira verdade vem sendo valorizada na esfera jurídica. O aspecto socioafetivo do estabelecimento da filiação, baseado no comportamento das pessoas que a integram, revela que talvez o aspecto aparentemente mais incerto, o afeto, em muitos casos é o mais hábil para revelar quem efetivamente são os pais. A incerteza presente na posse de estado de filho questiona fortemente a certeza da

40 Isto não significa que, por exemplo, a maternidade de substituição não possa ser utilizada para revelar a existência do afeto na esfera jurídica, especialmente quando se tratar da discussão sobre quem é efetivamente a mãe: a que cedeu o material genético, a que gestou ou a que desejou o filho e deu origem a todo o processo.

tecnologia.⁴¹ Ademais, a verdadeira paternidade decorre mais de amar e servir do que de fornecer material genético.⁴²

Não se pode ignorar: ao mesmo tempo em que se torna possível conhecer a origem genética pela tecnologia, o afeto também ganha espaço e contornos jurídicos, revelando os pais do coração. Verdades e mentiras são noções relativas que se revelam conforme o momento e o enfoque apresentado.

Ademais, as verdades jurídica, biológica e socioafetiva, longe de serem absolutas, devem ser questionadas quanto ao modelo de família que servem. Ora, não se pode ignorar que as verdades jurídicas e biológicas ou genéticas tendem a ligar-se ao modelo codificado, posto que estão aptas a dar condições de manutenção ao modelo de legitimidade existente. A verdade socioafetiva, a seu turno, aproxima-se do modelo de família eudemonista, pautada que está no afeto, construído quotidianamente e não determinado desde o início da relação, revelando a valorização dos sujeitos. Ora, “... a construção de um novo sistema de filiação emerge como imperativa, posto que a alteração da concepção jurídica de família conduz necessariamente à mudança da ordenação jurídica da filiação”,⁴³ e o afeto, neste sentido, deve ocupar lugar de destaque.

Outro aspecto reside na adoção. Cumpre, inicialmente, recordar que, nos atuais moldes, a união de um homem e uma mulher já é suficiente para a formação de família. Contudo, se a existência de filhos é um ponto relevante para ambos, a constituição da prole pode ser feita de várias formas. Uma delas é a natural, onde a filiação consanguínea traz mais um membro para a família. Se isto não puder ser feito de forma natural, variados métodos de fertilização artificial podem ser empregados. Porém, outra alternativa pode ser utilizada: a adoção.

Surgida como instituto, cujo objetivo era dar herdeiro a quem não o tivesse naturalmente, como não podia deixar de ser, a adoção também passou por transformações. Atualmente, adotar significa primordialmente

41 Numa situação de estabelecimento de paternidade que apresente um conflito entre as verdades biológica e socioafetiva, já existem posicionamentos no sentido de se estabelecer a paternidade jurídica tendo por base a socioafetiva. O fundamento é a valorização do sentimento e do sujeito nas relações familiares.

42 É o que se pode inferir do ensinamento do Professor *Eduardo de Oliveira Leite*, “[...] se posso obrigar alguém a responder patrimonialmente pela sua conduta (alimentos ao filho) não posso obrigar, quem quer que seja, a assumir uma paternidade que não deseja.” (*Temas de direito de família*, p. 120).

43 FACHIN, Luiz Edson. *Op. cit.*, p. 55.

estabelecer laços jurídicos perpétuos de filiação. Neste ponto revela-se algo mais que o desejo de um herdeiro: o afeto se faz sentir com força, uma vez que o estabelecimento dessa relação familiar é feito de forma voluntária. Sobre o tema, o Professor *Sérgio Gischkow Pereira* bem coloca que:

“... a paternidade é conceito não só genético ou biológico, mas psicológico, moral e sociocultural. Em grande número de ocasiões o vínculo biológico não transcende a ele mesmo e revela-se completo e patológico o fracasso da relação de paternidade sob o prisma humano, social e ético. Em contrapartida, múltiplas situações de ausência de ligação biológica geram e mostram relação afetiva, em nível de paternidade, saudável, produtiva, responsável. E os milhões de casos de paternidade biológica não desejada? Por outro lado, a paternidade oriunda da adoção é plenamente consciente e desejada.”⁴⁴

Ora, certamente a adoção é um instituto jurídico apto a colocar fim a qualquer sombra de dúvida que pudesse existir acerca da importância do afeto nas relações de família, especialmente em razão de representar o estabelecimento de uma relação jurídica voluntária, com fins a formar uma família, isto é, uma comunidade onde o afeto e a valorização recíproca de seus componentes sejam elementos relevantes. Neste caso, os laços afetivos recebem a inequívoca tutela jurídica.

Por fim, é importante algumas palavras sobre a guarda. Sendo esta a forma de cuidado com os filhos, quando estes não estejam inseridos na comunidade familiar de origem, o afeto cumpre importante papel em seu estabelecimento. Num modelo de família eudemonista, onde a valorização dos sujeitos é um ponto central, não é mais admissível que a determinação da guarda seja feita tendo por base unicamente a receita legal da Lei n. 6.515/77. Tal modalidade de estabelecimento reflete mais uma premiação ao cônjuge inocente e punição ao culpado na separação do que a efetiva preocupação com o bem-estar e o interesse maior do filho.⁴⁵

44 PEREIRA, Sérgio Gischkow. Algumas considerações sobre a nova adoção. *Revista dos Tribunais*, n. 682, p. 65, agosto de 92.

45 Esta afirmação se refere especificamente à modalidade de separação baseada na existência de culpa pelo descumprimento dos deveres da sociedade conjugal, inscrita no art. 5º, *caput*, da Lei n. 6.515/77.

Ademais, é necessário observar que, com a mudança nos papéis desempenhados na família, a preferência legal pela mãe revela a proximidade desta forma de estabelecimento de guarda ao modelo patriarcal de família, cujos fundamentos já foram superados com a constitucionalização da família igualitária e eudemonista. Assim, o interesse do filho, aliado à existência do afeto, são elementos relevantes para seu estabelecimento, seja em favor de um, de outro ou de ambos os genitores, bem como para terceiros.

A jurisprudência já vem se pronunciando neste sentido, como se pode observar no Acórdão do Tribunal de Justiça do Espírito Santo:

“Busca e apreensão de menor – Pedido improcedente – Confirmação da decisão – Menor em companhia dos RR – Convivência – Afetividade – Apelo improvido. Estando o infante integrado ao conjunto familiar de padrinhos desde primeiros meses de vida, preponderam laços de convivência e afetividade sobre relação de parentesco. Por isso que deve ser mantido sob a guarda de seus padrinhos.”⁴⁶

Também no tocante a este tema, os julgadores já demonstraram a saudável preocupação com o aspecto afetivo na esfera jurídica da família, ponto há muito tempo central na esfera social.

9 CONCLUSÕES

Após apresentadas algumas idéias sobre o papel do afeto nas transformações da concepção jurídica da família, e talvez seja mais correto dizer famílias, cumpre apresentar algumas conclusões, sem caráter exaustivo, deixando margem para muitas outras, o que é permitido pelo tema.

Como pode ser observado, examinar o papel jurídico do afeto nas relações de família significa estudar um dos elementos sustentadores do modelo de família consagrado pela Constituição Federal. Neste sentido,

⁴⁶ Apelação Cível n. 032.920.000.919, Tribunal de Justiça do Espírito Santo, Relator Desembargador *Geraldo Correa da Silva*, 27/12/94.

bem coloca o Professor *Pietro Perlingieri*, ao abordar a formação da família contemporânea,

“o sangue e os afetos são razões autônomas de justificação para o momento constitutivo da família, mas o perfil consensual e a *affectio* constante e espontânea exercem cada vez mais o papel de denominador comum de qualquer núcleo familiar.”⁴⁷

Numa concepção de família pautada na divisão orgânica dos papéis em função do sexo e da idade, onde a continuidade da unidade familiar era preferencialmente tutelada e os sujeitos eram colocados em segundo plano, a desigualdade entre as pessoas não permitia que o afeto florescesse plenamente.

No embate entre o *ter* e o *ser*, o patrimônio fez prevalecer sua força em relação ao sentimento. Desta forma, garantia-se a família, a autoridade paterna e a integridade patrimonial, sendo colocados em segundo plano a proteção aos sujeitos, a seus sentimentos e à dignidade. Nesse espaço, o afeto não ocupava posição de destaque, uma vez que o ponto central era o aspecto da legitimidade da família.

Com as transformações sociais que tiveram lugar no decorrer deste século, a família também modificou-se e caminhou na direção da divisão de funções em razão das capacidades individuais. A igualdade foi sendo gradativamente agregada à noção de família, tanto na esfera social como na jurídica. As transformações foram sentidas plenamente com a constitucionalização de um modelo de família eudemonista e igualitário, com maior espaço para o afeto e a realização individual.

O que se observou foi a mutação da noção e da posição ocupada pelo afeto na família patriarcal e na eudemonista. Se na primeira ele era presumido, em razão do vínculo jurídico dar a certeza da existência de uma família, neste modelo ele é um dos elementos que dá visibilidade e continuidade às relações familiares.

Pode-se notar que dois elementos de grande importância para compreender o motivo da migração do afeto da obscura periferia ao centro das relações jurídicas de família são as noções de *espaço* e *tempo*. Nas famílias patriarcais, construídas num momento histórico, onde o patrimônio e a

47 PERLINGIERI, Pietro. *Op. cit.*, p. 244.

figura do homem titular de poderes eram centrais, é compreensível que elas tivessem os contornos que têm. Contudo, após inúmeras transformações sociais, neste momento histórico, com os valores atualmente privilegiados, não é concebível que se mantenham os mesmos contornos de família. Assim sendo, foram valorizadas a dignidade, a igualdade e a liberdade, o que permitiu ao afeto ocupar maior espaço nas relações familiares contemporâneas.

Desta forma, é importante começar a pensar na família como uma comunidade, constituída em razão da vontade, onde as pessoas buscam a realização pessoal própria e daqueles que a cercam. Não conhecendo de que forma ou sobre que bases se desenvolvem as relações familiares, os operadores do direito não saberão como tratar estas novas famílias. É como ler a Constituição Federal com os olhos do Código Civil e não como é desejado, o Código à luz da Constituição.⁴⁸

Ademais, o Direito não deve decidir de que forma a família deverá ser constituída ou quais serão suas motivações juridicamente relevantes. Em se tratando de relações familiares, seu campo de atuação deve se limitar ao controle da observação dos princípios orientadores, deixando às pessoas a liberdade quanto à formação e modo de condução das relações.

Neste sentido, formando-se uma família que respeite a dignidade de seus membros, a igualdade nas relações entre eles, a liberdade necessária ao crescimento individual e a prevalência das relações de afeto entre todos, ao operador jurídico resta aplaudir como mero espectador.

Por fim, uma última colocação. Será possível explicar com precisão o papel jurídico do afeto nas relações de família? A resposta certamente será negativa, uma vez que a noção de *afeto* apresenta contornos próprios em cada tempo e caso concreto. Num derradeiro esforço para demonstrar uma parte de seu conteúdo, repleto de incertezas indemonstráveis por meio de lógicas ou equações matemáticas, e correndo o risco de tornar seu conteúdo ainda mais duvidoso, pedem-se emprestadas as maravilhosas palavras de *Drummond*, que ilustram como poucas a “certeza” que permeia as relações afetivas:

“João amava Teresa que amava Raimundo
que amava Maria que amava Joaquim que amava Lili
que não amava ninguém.

⁴⁸ É este um alerta do Professor *Gustavo Tepedino*, especialmente quando o tema em tela foi legislado tendo por base parâmetros relacionados a outra realidade, já superada.

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.⁴⁹

E ousa-se acrescentar que foram felizes...

10 BIBLIOGRAFIA

- ANDRADE, Carlos Drummond de. *Antologia poética*. 36. ed., Rio de Janeiro: Record, 1997.
- BADINTER, Elizabeth. *Um amor conquistado: o mito do amor materno*. 8. ed., Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985.
- FACHIN, Luiz Edson. *Da paternidade: relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 2. ed., rev. e aum. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.
- GOMES, Orlando. Raízes históricas e sociológicas do CCB. *AJURIS*, Porto Alegre, n. 9, p. 19, mar. 1977.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. *Tratado de direito de família: origem e evolução do casamento*. Curitiba: Juruá, 1991.
- _____. *Temas de direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- LÔBO, Paulo Luiz Neto. A repersonalização das relações de família. In: *O direito de família e a Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- MICHEL, Andrée. Modèles sociologiques de la famille dans les sociétés contemporaines. *Archives de philosophie du droit*. Paris, 20, 1975.
- MUNIZ, Francisco José Ferreira. *O direito de família na solução dos litígios*. Conferência proferida no XII Congresso Brasileiro de Magistrados. Belo Horizonte, 14-16 nov. 1991.
- OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de, MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Direito de família: direito matrimonial*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1990.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e união estável*. 3. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

⁴⁹ ANDRADE, Carlos Drummond de. *Antologia poética*. 36. ed., Rio de Janeiro: Record, 1997.

- PEREIRA, Sérgio Gischkow. Algumas considerações sobre a nova adoção. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 682, ago. 1992.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*: introdução ao direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- PERROT, Michelle. Funções da família. In: *História da vida privada*. São Paulo: Companhia das Letras. v. 4.
- PRIORE, Mary del. Ritos da vida privada. In: *História da vida privada no Brasil*: cotidiano e vida privada na América portuguesa. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.
- TEPEDINO, Gustavo. *Contorni della proprietà nella Costituzione brasiliana del 1988*. Rassegna di diritto civile. Edizioni Schientifiche Italiane, 1/91: 96-119.
- VILLELA, João Baptista. *Liberdade e família*. Monografia. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1980.
- _____. A nova dimensão social da família. *Revista Jurídica LEMI*, n. 149, abr. 1980.

INSTITUTO DO DIREITO MUÇULMANO E SEU RECONHECIMENTO PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DO BRASIL

Carlos Eduardo Abreu Boucault

Advogado

Professor do Departamento de Direito Privado da Universidade Estadual Paulista
“Júlio Mesquita Filho” – Campus de Franca/SP

A efeméride cronológica da Lei do Divórcio e do advento do Código Civil Brasileiro, promovida pela Ordem dos Advogados, da Seção de Belo Horizonte, Estado de Minas Gerais, evoca a análise evolutivo-institucional do Direito de Família, na doutrina e na jurisprudência, em particular, após a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988 e de legislações extravagantes posteriores que modificaram substancialmente o perfil das relações matrimoniais no âmbito de Direito Civil pátrio.

Enquanto o instituto do divórcio não houvera sido recepcionado pelo ordenamento jurídico brasileiro, os tribunais tiveram que lidar com situações constituídas no estrangeiro, fato que canalizava as diretivas jurisprudenciais para o processo de homologação de sentenças estrangeiras, de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal. Assim, o divórcio tanto repercutia na seara do Direito Civil como do Direito Internacional Privado, cujas normas situam-se na Lei de Introdução ao Código Civil.

Dentre as múltiplas situações que foram objeto de análise e julgamento pelas cortes brasileiras, figuram os casamentos poligâmicos e os pedidos de reconhecimento ao repúdio, instituições procedentes do Direito islâmico e que enriquecem o corolário jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal.

Em um momento histórico em que o fenômeno da globalização ecoa, por meio de mecanismos políticos e econômicos, integrando os países, seja a partir de modelos comunitários, do ponto de vista jurídico, seja através da adoção freqüente de instrumentos convencionais, em plano global e regional, o desinteresse pelo sistema jurídico muçulmano não mais se coaduna com a realidade social dos ciclos migratórios, os quais se fixam em outros territórios, conservando sua cultura, sua religião e seus costumes.

Ademais, a teoria dos direitos adquiridos no Direito Internacional Privado, tão largamente desenvolvida pela doutrina contemporânea e disciplinada por muitos ordenamentos, tais como o Direito português, que no art. 31 de suas normas de “Aplicação Geral” define o princípio de reconhecimento de direitos ou situações adquiridos no estrangeiro, suscita a necessidade de um exame das instituições jurídicas do sistema muçulmano.

Ao se referir ao Direito muçulmano, convém, aprioristicamente, proceder-se a seu enquadramento na teoria dos sistemas jurídicos considerados por *René David* e demais autores do Direito Comparado. A noção de sistema, estabelecida por *Talcott Parsans*, mais adequada às teorias sociológicas, compreende o conjunto de segmentos de natureza política, cultural, moral, religiosa, que, em decorrência de motivações históricas, formaram grupos de ordenamentos jurídicos, através das civilizações.

No âmbito do Direito, a noção de ordenamento fixou-se pelo caráter unitário e territorial das leis de um Estado, ou de normas vigentes em um plano de espaço e dimensão temporal, compatível com o pensamento positivista que estruturou o modelo estatal da época racionalista.

São quatro os grandes sistemas jurídicos: romano, anglo-saxão ou *common law*, o socialista e o muçulmano. Na coexistência de seus modelos, circunscrevem-se os fenômenos da “penetração”, “recepção”, “resistência”, identificados pelos comparatistas, e, que, em razão de injunções políticas e históricas, exerceram influências na formação dos subsistemas regionais, como as colônias americanas, asiáticas e africanas.

O sistema romanista, em face de seu alto grau de desenvolvimento, enquanto técnica social, herdada dos juriconsultos do período do Direito clássico e pós-clássico da Roma, inoculou-se de modo mais acentuado e migrou para outros continentes, nas etapas históricas subsequentes, desde a invasão dos Bárbaros, Idade Média, Idade Moderna, pelo Código de Napoleão Bonaparte e, ainda, na História Contemporânea, em que o modelo do Direito Comunitário, na feição de sistema integrativo de cooperação econômica entre Estados, em blocos regionais, parece obnubilar o vigor do sistema romano. Todavia, preleciona *Reinhard Zimmermann*¹ que a formação de um *ius commune Europealum*, centrado no Direito Privado geral, não se destina apenas à unificação legislativa, nem à integração econômica; antes, traduz um conjunto cultural jurídico em que o Direito romano e sua influência na estruturação de uma Europa legal revela-se, ainda indispensável.

1 ZIMMERMANN, Reinhard. *Towards a European Civil Code*. London: Martin Nishoffpub, 1994.

No que tange ao sistema muçulmano, alguns pontos relativos ao necessário esclarecimento de seus institutos de aplicação freqüente, em ordenamentos jurídicos estrangeiros estão a requerer uma análise sobre suas características essenciais, cujo aprofundamento e particularização, no entanto, refogem às limitações desta alocução. O objetivo, na verdade, é o de estabelecer alguns aspectos do Corão, de sua exegese, de sua aplicação, de sua disciplina nos vários países que integram a civilização islâmica, viabilizando-se um possível reconhecimento de suas instituições de Direito de Família, junto a jurisdições estrangeiras.

Por insólito que possa se manifestar, o sistema romano e o sistema muçulmano não resumem um universo equidistante de proximidade de fontes e de interpenetração de elementos culturais e jurídicos. Conforme comenta *Pierangelo Catalano*,²

“o encontro do sistema romanista com o sistema muçulmano verifica-se particularmente nos países da África Setentrional e, outrossim, no Líbano, Síria, e (com vicissitudes diferentes em relação a uma penetração do sistema anglo-saxão), Palestina, Jordânia e Iraque. Tal encontro renova relações mais antigas que vão das contribuições dadas ao nascente Direito muçulmano pelo Direito do Império Romano do Oriente até as influências do Direito muçulmano sobre instituições da Europa Medieval.”

Quanto a essa última observação, convém ressaltar a invasão moura na Espanha, que durou oito séculos, além do comércio marítimo dos fenícios que aproximou os povos e as culturas, desde Roma, mediante o sistema do Direito pretoriano.

O Direito muçulmano, hodiernamente, é o resultado da sobreposição de uma doutrina religiosa relativamente avançada sobre costumes de uma sociedade tribal relativamente primitiva, mas já exposta à influência cultural e, pois, jurídica, de persas, hebreus e cristãos. *Mario Losano*³ pondera que o fenômeno da revelação de muitos princípios pelo Arcanjo Gabriel a Maomé refletem esse tipo particular de sociedade, em que o Corão, o texto clássico fundamental, somente no Século XIX será reestruturado em sistema codificador à guisa do modelo europeu. Aliás, a confusão comumente

2 CATALANO, Pierangelo. *Resistance des traditions. Revue Universitaire Um Libanaise*, n. 3, 1981.

3 LOSANO, Mario. *I grandi sistemi giuridici*. Piccola Bibliografia. Einaudi, Totino, 1978.

difundida a respeito da identificação entre o Islã, enquanto expressão religiosa unitária e o Direito muçulmano clássico, enquanto parte integrante daquela modalidade, tem levado a concepções errôneas e preconceituosas sobre a natureza dos institutos jurídicos muçulmanos.

Demonstra *Chafik Chehata*⁴ que o Direito muçulmano é um direito laico, elaborado pelos juristas muçulmanos dos três primeiros séculos da Hégira e mantém com o Islã apenas contatos indiretos e distanciados. Em corroboração dessa perspectiva, *Mohamed Charfi*⁵ evidencia que o Direito muçulmano é, antes de qualquer análise, um produto da História, e representa para os muçulmanos aquilo que o Direito romano significa para os países latinos, ou seja, uma fonte de inspiração eventual, tendente a explicar algumas normas atuais, mas, em seu conjunto, revela-se um sistema superado.

Tanto assim, que *Mario Losano* constata⁶ que o Direito islâmico entra numa “fratura insanável” em suas bases: sua inadequação ao tempo e à nova sociedade, por ser incompatível com a pretendida intangibilidade dos versos corânicos, defendida pelos segmentos mais radicais da política islâmica, representada por países ortodoxos como o Iraque e, já em sensível atenuação, o Irã, a par das radicalizações fratricidas em território argelino e em solo paquistanês.

Uma referência que desencadeia noções equivocadas e maliciosas é, no Direito islâmico, o instituto da poligamia simultânea, que colide com o dado cultural do casamento monogâmico da ideologia cristã e do modelo católico. Imperativo, pois, neste momento, um reexame da questão, sob a ótica do princípio do reconhecimento da civilização universal, admitindo-se a interação dos povos, em função do desenvolvimento prodigioso do sistema de transportes, a amplitude do tráfico comercial e o impacto do meio de comunicação.

Luís da Cunha Gonçalves,⁷ em comentário ao Decreto de 16 de dezembro de 1880, que teria ressalvas aos usos e costumes dos habitantes não-cristãos do distrito de Goa, na Índia Portuguesa, cita o capítulo IV do Corão, que versa sobre a poligamia simultânea:

“Diz o Profeta: E se receais que não podereis tratar com honestidade as órfãs, tomai em casamento outras mulheres, como vos

4 CHEHATA, Chafik. Influence de la religion dans pays musulmans. *Revue Critique de DIP*, p. 330 e 55.

5 CHARFI, Mohamed. *Etudes de droit musulman*. Paris: PVF, 1971, p. 42.

6 *Ibidem*.

7 GONÇALVES, Luís da Cunha. *Direito hindu e mahometano*. Coimbra, 1923.

aprouver, duas, três, quatro e não mais. Mas, se receais não proceder com equidade para com todas, tomai só uma, além das escravas que tiveras adquirido.”

Comenta o autor:

“Essa poligamia, porém, há de ser contraída com a condição de o marido tratar igualmente todas as mulheres e velar pela virtude de todas elas. Do contrário, há de casar com uma só mulher, e ter escravas ou concubinas, que, todavia, não poderão exceder àquele número de quatro, conforme a interpretação mais correta.”

É de se ver que a poligamia simultânea, ainda em vigor em muitos países de civilização islâmica, preserva idênticas restrições, considerando-se, ainda, que, contrariamente do que se imagina, sua prática é muito reduzida, em face das dificuldades que tal opção de grupo familiar apresenta, e, ainda, pelo controle social e familiar da ruptura do vínculo conjugal. As hipóteses que ilustram as ocorrências de poligamia simultânea se embasam na impossibilidade de constituição de prole, quando se determina a esterilidade da mulher. Não se destina a poligamia simultânea à realização de intentos contrários à moral do casamento, nem à ética familiar. Por outro lado, é de suma importância enunciar as iniciativas legislativas e o empenho de juristas, doutrinadores muçulmanos, em muitos países como Marrocos, Tunísia, Síria, Turquia, Argélia em criar limitações à poligamia desmotivada, bem como ao divórcio, ou ao repúdio, além da adoção de princípios tendentes à igualdade entre cônjuges e aos direitos da mulher.

Confirma a observação anterior, o magistério de *Domingos Sávio Brandão Lima*,⁸ segundo o qual, a Argélia, a Jordânia, o Iraque, o Paquistão, o Marrocos e a Síria, em legislação recente, procuram coibir os abusos do repúdio e só reconhecem efeitos legais, quando tenha sido proferido perante um juiz religioso ou civil, objetivando ainda tutelar os direitos da mulher.

Antes de tratar do tema do divórcio, com relação ao casamento poligâmico do Direito muçulmano, impõe-se uma atitude reflexiva sobre essa modalidade de matrimônio, que, pelas normas do Direito Internacional Privado do Brasil, poderia vir a ser admitida pelos tribunais nacionais,

8 LIMA, Domingos S. B. O casamento romano e canônico. *Revista de Direito Civil*, v. 39, jan./mar. 1987.

na categoria de Instituição Jurídica Desconhecida, não prevista no ordenamento brasileiro, sem se considerar afronta à ordem pública interna, porquanto o casamento não se celebrou, visando a fraudar a lei brasileira.

A uniformização de certos princípios repressivos do Direito Internacional deve se dirigir contra atos que dimanam de maquinações fraudulentas e atentatórias à segurança, aos direitos humanos fundamentais, à lei nacional e estrangeira, mas, respeitando-se a expressão cultural e jurídica dos povos, pelo direito à identidade, não obrigados à assimilação forçada da cultura de comunidades numerosas ou economicamente mais fortes.

Nesse sentido, o conceito de ordem pública internacional, desenvolvida e mentada por *Jacob Dolinger*,⁹ poderia revestir a vertente conceitual e teórica da defesa de instituições desconhecidas no trato de normas jurídicas estrangeiras, sem se enveredar pela doutrina das qualificações. Para o autor, a ordem pública não pode ser a do foro, a nacional, mas a internacional, nas expressões que se seguem:

“A ordem pública interna na sua aplicabilidade internacional visa proteger a política, a moral, e os princípios jurídicos e a economia da cada país; a ordem pública universal há de defender padrões de moralidade, de equidade, de igualdade e de segurança entre os Estados para a manutenção de uma ordem que, em última análise, é do interesse internacional.”

Em arrimo a tal admissibilidade, convém ressaltar que os direitos reconhecidos aos filhos de casamentos poligâmicos simultâneos constituem uma etapa para se reconhecer a validade e eficácia dessa classe de casamento. Veja-se que a filiação natural e a adoção, em alguns países muçulmanos, não são admitidos, fato que implica em se desconsiderarem as relações hereditárias, vez que são filhos havidos fora do casamento, ou não apresentam vínculos de consangüinidade. No entanto, em nome da proteção à infância, muitos países reconhecem a filiação natural e adotiva, atribuindo-lhes efeitos sucessórios e previdenciários, e que são acolhidos nos países de origem dos infantes.

A mudança de concepção jurídica se concretiza a partir do momento em que está em questão a violação de um direito fundamental de origem

9 DOLINGER, Jacob. *A evolução da ordem pública*. Tese de Cátedra. UERJ. Rio de Janeiro, 1978.

nacional, mas não consagrado por uma norma internacional; assim, a apreciação das leis concorrentes far-se-á segundo a ordem jurídica do foro. *Petra Hammje*,¹⁰ ao examinar os direitos fundamentais e suas relações com a ordem pública, analisa a validade do casamento poligâmico perante a Corte de Cassação francesa, que, restritivamente, admitiu-a instituição, apenas em relação à mulher de nacionalidade francesa, critério que em face do princípio do respeito à igualdade entre cônjuges, deveria reconhecer a validade do casamento, qualquer que fosse a nacionalidade da primeira mulher, deixando de propiciar proteção apenas ao cônjuge de nacionalidade francesa.

O divórcio, até dezembro de 1977, constitui-se em situação jurídica desconhecida no Brasil, equiparada, quanto aos efeitos ao vigorante desquite, conforme atesta a jurisprudência assente no Supremo Tribunal Federal, que antecedeu a lei do Divórcio. Contudo, relembra-se que a institucionalização do Divórcio manteve contraditórias restrições quanto à formulação do pedido, à fixação de etapas para sua obtenção, via judicial, e, mesmo após a vigência da Constituição Federal de 1988, as restrições quanto à formulação do pedido de Divórcio direto ainda divisam arestas dos segmentos católicos radicais, embora, desde a República, o sistema estatal brasileiro se caracteriza por sua natureza não confessional. No entanto, as pressões exercidas pela Igreja Católica ainda refletem nos projetos legiferantes aos princípios adversos à ruptura do vínculo conjugal, no Brasil.

Entretanto, o divórcio e o repúdio pertenceram ao contexto jurídico romano, precedendo a era cristã e, nem mesmo, *Justiniano*, pôde ignorar os costumes sedimentados na prática social de sua época. Verdade é que a Igreja, durante a Idade Média, controlou as instituições familiares, estabelecendo princípios ortodoxos para o casamento, com força no Direito Canônico.

A intervenção do Estado no Direito de Família insinua-se sob *Diocleciano*, no Codex 5, 24, 1, porém, incidente, somente em caso de indignidade de um dos cônjuges ou de divergência entre eles quanto à pessoa dos filhos, em sua proteção e segurança. *Teodósio* e *Valentiano* já se referiam ao divórcio como “funesto socorro”, mas “necessário”.

Observa *Domingos Sávio Brandão Lima*:¹¹

“A estrutura e a natureza do matrimônio católico nunca foram originais nem muito diferentes das demais religiões e crenças da

10 HAMMJE, Petra. Droits fondamentaux et ordre public. *RIDIP*, n. 1, 1977.

11 LIMA, Domingos S. B. *Op. cit.*

antigüidade. Em sua maior parte, foram edificadas nas velhas bases e princípios fundamentais romanos, inteiramente adulterados, transformando apenas o consentimento inicial renovável a cada instante da vida conjugal, em consentimento irretratável, irrevogável e eterno.”

Álvaro Villaça Azevedo,¹² comentando o Decreto 181, de 1890, sobre a secularização do casamento no Brasil e seu formalismo, reeditado no Código Civil de 1917, enuncia:

“Com isso, deixou o Estado brasileiro não só de considerar o casamento de fato (por mera convivência duradoura dos cônjuges) bem como o casamento religioso, que, hoje, por si só, sem o posterior registro civil, é considerado concubinato. Não tem ele existência autônoma, independente, como antes desse decreto de 1890.”

Aduz ainda *Manuel Cabral Machado*:¹³

“No Brasil, com a secularização do casamento, o Estado adquire a plenitude legislativa, embora legisle um Direito de Família inspirado nos princípios cristãos e no privatismo doméstico, tão característico da organização social brasileira.”

Pontes de Miranda chega ao exagero de asseverar que o Código Civil Brasileiro enfeixa “um direito mais preocupado com o círculo social da família do que com os círculos sociais da Nação”.

Complementando-se este raciocínio, urge se referir à característica da família urbana, sujeita a uma disciplina jurídica rígida, centrada no poder marital, figurando o marido como cabeça-de-casal, ao passo que as famílias do grupo rural guardam estruturas mais frágeis, pouco definidas, por não terem acesso aos procedimentos jurídicos da comunidade urbana.

Em contraposição a um cenário social embasado na família legítima, constituída pelo casamento civil, a Constituição Federal de 1988 estabelece o instituto da união estável, resultante das relações concubinárias, promo-

12 AZEVEDO, Álvaro Villaça. Do concubinato. *Revista de Direito Civil*. n. 77, jul./set. 1996.

13 MACHADO, Manuel Cabral. Singularidade do casamento brasileiro. *Revista Direito Civil*, v. 53, 1978.

vendo as uniões de fato, com aspectos e elementos que repercutem no direito previdenciário, sucessório, hereditário e até, nos direitos reais, como a instituição do usufruto vidual e o direito real de habitação, com flagrante disposição normativa inconstitucional.

A relação de concubinato, ainda que censurada, sob a forma do concubinato desonesto, impuro, ou adúlterino, contou com a tolerância dos tribunais e da doutrina majoritária, olvidando-se o tipo penal do adultério, situado nas modalidades de crime contra o casamento e que deixou de ser considerado nos julgamentos sobre a matéria. Nesse sentido, a repulsa pela poligamia simultânea do Direito muçulmano, manifestada pela ordem pública do Direito Interno do Brasil, por violar o sentimento moral da família brasileira, é compensada com a tolerância das relações extraconjugais que, no plano fático, sobrepujam, inclusive, tipos penais. Necessário, pois, repensar-se os parâmetros atuais da moral conjugal brasileira e seus princípios e deveres básicos, como o dever de fidelidade conjugal, que é dispensado, em caso de separações de fato.

O divórcio, no âmbito do Direito muçulmano, corresponde à figura do repúdio, que foi objeto de julgamentos perante o Supremo Tribunal Federal, e, em considerável maioria dos votos, logrou admissibilidade e reconhecimento, embora instituição desconhecida no Brasil, pelo fato de o repúdio centrar-se na iniciativa do poder marital para dissolução do vínculo conjugal, desmotivadamente. Desse modo, o repúdio atenta contra dois princípios básicos: no plano internacional, no princípio da igualdade entre cônjuges; no plano interno, além da igualdade, consubstanciado na Constituição em vigor, o princípio da igualdade das partes no processo, diante de ordenamentos muçulmanos que decretam o repúdio à revelia da mulher.

Cumpre, todavia, redimensionar-se o tema, tendo em vista a diversidade de países da comunidade islâmica, que vai desde o Maghreb até a Indonésia, com quase oitenta milhões de fiéis. Assim, a modificação do Código Civil do Marrocos, em seu estatuto pessoal, exige, doravante, que a mulher esteja presente nos atos do processo diante do juiz ou que tenha sido regularmente citada. O repúdio no Direito muçulmano, quando ambas as partes apresentam suas posições perante a Corte religiosa, é aceito como divórcio.

Seguindo o princípio, segundo o qual, *la race émigre, la loi la suit*, as jurisdições se inclinam no sentido de recepcionar as instituições estrangeiras, atitude já admitida no *Restatement of Law the Second*, nos Estados Unidos da América, *Conflict of Law*, seção n. 10, que, no caso de poligamia, permite a

que se chegue a uma conclusão e decisão justa e previsível por meio da aplicação de princípios gerais de direito e da analogia.

*Haroldo Valladão*¹⁴ considera que

“no reconhecimento de situações que se constituíram no estrangeiro sem qualquer contato com o Estado do foro, o Direito Internacional Privado não visa senão assegurar a estabilidade da vida jurídica dos indivíduos e tutelar a expectativa legítima assente na constituição da situação jurídica em conformidade com a lei, cuja competência internacional é bem fundada.”

A Sentença Estrangeira n. 3.480, do Reino do Marrocos, sob a lavra do Ministro *Cordeiro Guerra*, estabelece:

“Se o Direito brasileiro admite o reconhecimento de um divórcio decretado sem fraude, em um Estado segundo as leis, por seus tribunais, para seus nacionais, é, em princípio, indiferente apurar se o divórcio ali é litigioso e por que causas, se por mútuo consentimento e em que forma e condições, ou se, qual na espécie, pela simples vontade de um cônjuge.”

Já a Sentença Estrangeira n. 2.574, do Reino da Jordânia, contém a opinião do Ministro *Antônio Neder*:

“O repúdio da mulher concretizado pelo marido, e permitido pelo Direito muçulmano, é um ato que não merece ser definido como divórcio, visto que por suas peculiaridades, não se harmoniza com esse instituto vigente no Brasil, quer formal, quer materialmente.”

Vê-se que as concepções são antagônicas e expressam vinculações conceituais e principiológicas na perspectiva do Direito Internacional e Direito Interno. O parecer do Ministro *Haroldo Valladão* na Sentença n. 3.480, já referida anteriormente, explana que o divórcio decorrente do repúdio não ofende à ordem pública, por ser o sistema mais característico da dissolução do vínculo conjugal.

14 VALLADÃO, Haroldo. *Direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Forense, 1971, p. 485.

Em apoio a esse enfoque, o ex-Ministro *José Francisco Resek*, na Sentença Estrangeira n. 3.758, do STF, ensina que “o só fato de não conhecermos determinado instituto jurídico não impede a homologação de uma sentença estrangeira”.

Em conclusão das passagens expendidas neste tema, ao ensejo desta oportunidade em que uma discussão multifária do Direito de Família desdobra-se em profícuo debate jurídico, encaminha-se para fins de reexame científico as características do sistema muçulmano, a diversidade de suas normas, por vezes, tão complexas, a ponto de gerar três ordenamentos distintos em um mesmo Estado a defender a matéria legislada, a formulação do *kanoun*, decorrente da iniciativa legislativa dos Parlamentos dos países islâmicos, os esforços de políticos, intelectuais, artistas, na defesa dos Direitos Humanos e Civis, que têm resultado em modificações substanciais nas leis internas e em instâncias internacionais.

As contradições fundamentais vivenciadas pelos povos muçulmanos, que pleiteiam direitos sociais e se ocupam de temas de ordem universal constantes na pauta dos direitos individuais e sociais, estão a exigir a atenção dos estudiosos do Direito, pois, como adverte *Mohamed Charfi*,¹⁵ “nenhuma civilização, nenhum povo, pode pretender a paternidade exclusiva com respeito ao conceito de Direitos do Homem”.

Bibliografia

- AZEVEDO, Álvaro Villaça. Do concubinato. *Revista de Direito Civil*, n. 77, jul./set. 1996.
- CATALANO, Pierangelo. Resistance des traditions. *Revue Universitaire Um Libanaise*, n. 3, 1981.
- CHARFI, Mohamed. *Etudes de droit musulman*. Paris: PVF, 1971.
- CHEHATA, Chafik. Influence de la religion dans pays musulmans. *Revue Critique de DIP*.
- DOLINGER, Jacob. *A evolução da ordem pública*. Tese de Cátedra. Rio de Janeiro: UERJ, 1978.
- GONÇALVES, Luís da Cunha. *Direito hindu e mahometano*. Coimbra, 1923.
- HAMMJE, Petra. Droits fondamentaux et ordre public. *RIDIP*, n. 1, 1977.
- LIMA, Domingos S. B. O casamento romano e canônico. *Revista de Direito Civil*, v. 39, jan./mar. 1987.

15 CHARFI, Mohamed. *Op. cit.*

- LOSANO, Mario. *I grandi sistemi giuridici*. Piccola Bibliografia. Einardi, Totino, 1978.
- MACHADO, Manuel Cabral. Singularidade do casamento brasileiro. *Revista de Direito Civil*. v. 53, 1978.
- VALLADÃO, Haroldo. *Direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Forense, 1971.
- ZIMMERMANN, Reinhard. *Towards a European Civil Code*. London: Martin Nishoffpub, 1994.

EXERCÍCIO DO PÁTRIO PODER NO DIREITO COMPARADO SUL-AMERICANO

Sérgio Matheus S. Garcez

Advogado. Mestre e Doutorando em Direito Civil (USP)

Professor Adjunto de Direito Civil da USF e da UNIP

Sumário

1. Introdução. 2. Direito comparado. 3. O pátrio poder na convenção dos direitos do menor. 4. Conclusão. 5. Bibliografia.

1 INTRODUÇÃO

O exercício do pátrio poder como forma jurídica de exercício de direitos e deveres dentro das relações familiares, especialmente pautadas no que diga respeito a pais e filhos, é decorrência dos textos legais de cada país da onde exsurjam, mostrando a face jusfamiliar de cada Direito de Família dos países latinos sul-americanos.

Nesse sentido, o estudo do exercício do pátrio poder comporta características particulares, adaptadas à contemporização que o direito deve ter aos novos fatos de progresso do mundo contemporâneo, dando cabo do que se afirmou em priscas eras *ex facto oritur ius*.

2 DIREITO COMPARADO

No Direito brasileiro, o exercício do pátrio poder está fundado no art. 379 do Código Civil Brasileiro, quando se afirma que os filhos legítimos e os legalmente reconhecidos estão sujeitos ao pátrio poder enquanto menores. A mesma lei civil estabelece como deveres dos pais dirigir-lhes a educação e criação, tê-los em sua companhia e guarda, conceder-lhes ou negar-lhes

consentimento para casarem, nomear-lhes tutor, representá-los até os 16 anos e assisti-los após essa idade, reclamá-los de quem ilegalmente os detenha e exigir-lhes que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.¹

Em terras chilenas, o Código Civil da República do Chile, em seu art. 240, prevê que o pátrio poder será exercido pelo pai e na falta dele pela mãe, exercendo-se inclusive para os nascituros, filhos ainda não concebidos. Aos filhos emancipados – chamados “filhos de família” –, também se aplicará o exercício do pátrio poder. Curiosa é a disposição da mesma Lei, de 31/7/88, que dispõe que a mãe, que estiver casada novamente, não poderá exercer o pátrio poder dos filhos do casamento anterior.²

Em terras bolivianas, o Código da Família de 1972 denomina autoridade parental aos atos de um só dos pais, que se justifiquem pelo interesse do filho comum, se presumam contar com o consentimento do outro (art. 257).

No Paraguai, o Código do Menor da República do Paraguai (Lei n. 903/81), dispõe que o pai e a mãe exercem com iguais direitos e deveres o pátrio poder sobre os filhos havidos no casamento, estabelecendo que no desacordo prevalecerá a decisão do pai até que o Juiz de Menores resolva a questão (art. 67), contrariando o que dispõe a Declaração Universal dos Direitos do Homem, ao dispor a igualdade entre homem e mulher no exercício dos seus direitos civis, especialmente os que decorram da disciplina do Direito de Família do país a que se submetam.

No Peru, o Código Civil Peruano de 1936 estabeleceu o exercício conjunto do pátrio poder, mas reconheceu a preferência do pai no caso de divergência, estabelecendo-se o mesmo quando no pátrio poder exercido dentro do casamento, haja também dissensão. Tais normas contrariam também a Declaração Universal e os Pactos Sociais Internacionais em favor dos menores.

Na Venezuela, o Código Civil de 1943 estabeleceu que o pátrio poder corresponde ao pai, mas para o seu exercício ele será coadjuvado, se houver casamento, pela mãe, mas no que concernir a ordem doméstica e a direção dos filhos.

1 Cf. RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*. 21. ed., São Paulo: Saraiva, v. VI, p. 343 *et seq.*; MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 31. ed., São Paulo: Saraiva, v. II, p. 277 *et seq.*

2 Cf. *Código Civil de la Republica de Chile*. 8. ed., Santiago: Jurídica de Chile, 1994.

3 O PÁTRIO PODER NA CONVENÇÃO DOS DIREITOS DO MENOR

A referida Convenção sobre os Direitos do Menor faz referência ao reconhecimento de prerrogativas paternas, destinadas a assegurar o funcionamento do pátrio poder e regular condutas exigíveis tendentes a lograr o bem-estar dos menores.³ Estabelece em seu art. 3º, § 2º, que o princípio geral de reconhecimento do pátrio poder que os Estados-Partes se comprometem a assegurar ao menor – a proteção e cuidado que sejam necessários para o seu bem-estar –, “tendo em conta os direitos e deveres de seus pais”.⁴ No mesmo diapasão, o autor sustenta que importa de uma parte delimitar conceitualmente a instituição do pátrio poder como um conjunto de direitos e deveres, e de outra, consagrar uma função subsidiária ou supletiva da atividade estatal, justamente a que deve respeitar a esfera de funcionamento da autoridade dos pais.⁵

4 CONCLUSÃO

A face jurídica do instituto do pátrio poder comporta revisão em diversos países integrantes do Mercosul e apenas parte da doutrina da América Latina sustenta sua plenitude, esperando-se Convenção Internacional sul-americana que regule a matéria. No que concerne aos países retromencionados, convém frisar-se que a disposição unilateral a favor de um só dos pais no exercício do pátrio poder é afronta ao Estado de Direito, que queira ver suas normas jurídicas como verdadeiramente democrática. Sob o prisma do direito parental universal, considera-se norma ou letra morta de lei a que não dispuser a igualdade no exercício dos direitos civis e familiares entre o homem e a mulher. Propõe-se, então, a criação de uma comissão especial de análise jurídica das normas de Direito de Família sul-americanas visando à sua unificação, sempre consentânea à Declaração Universal dos Direitos do Menor.⁶

3 Cf. D'ANTONIO, Daniel Hugo. *Derecho de menores*. 4. ed., Buenos Aires: Astrea, p. 275.

4 *Ibidem*.

5 GARCEZ, Sérgio Matheus S. *O novo direito da criança e do adolescente*. 1. ed., Campinas: E. V., Jules, 1994, p. 71-72.

6 Cf. SAJÓN, Rafael. *Derecho de menores*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1995.

5 BIBIOGRAFIA

- D'ANTONIO, Daniel Hugo. *Derecho de menores*. 4. ed., Buenos Aires: Editorial Astrea, 1994.
- ELIAS, Roberto João. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*. São Paulo: Malheiros, 1992.
- _____. *Tutela civil* – Regimes legais e realização prática. São Paulo: Saraiva, 1986.
- GARCEZ, Sergio Matheus S. *O novo direito da criança e do adolescente*. 1. ed., Campinas: E.V., 1994.
- GUNZBURG, Niko. *L'État et l'enfant*. Pierre Van Fleteren e Arthur Rousseau (Éditeurs), Bruxelles, Paris, respectivamente, 1914.
- MARITAIN, Jacques. *Os direitos do homem*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1943.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 31. ed., São Paulo: Saraiva, v. II, 1994.
- MORAES, Walter. *Programa de direito do menor*. Tese, São Paulo: USP, 1980.
- _____. Lineamentos do direito civil do Código de Menores, *Revista da Faculdade de Direito*, v. 3, ano LXVII, São Paulo, Universidade de São Paulo, 1972.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 21. ed., São Paulo: Saraiva, v. VI, 1995.
- SAJÓN, Rafael. *Derecho de menores*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1995.