

A FAMÍLIA NA TRAVESSIA DO MILÊNIO
ANAIS DO II CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA

Coordenador: RODRIGO DA CUNHA PEREIRA

A FAMÍLIA NA TRAVESSIA DO MILÊNIO

ANAIS DO II CONGRESSO BRASILEIRO
DE DIREITO DE FAMÍLIA



Belo Horizonte – 2000

C749 Congresso Brasileiro de Direito de Família
(2.: 1999: Belo Horizonte, MG)
Direito de Família: a família na travessia do
milênio / coordenador: Rodrigo da Cunha
Pereira. - Belo Horizonte: IBDFAM:
OAB - MG: Del Rey, 2000.
578p. 15,5 x 22,5 cm.
ISBN 85-7308-390-5

1. Direito de família – Brasil – I. Instituto Brasileiro de
Direito de Família. II. Ordem dos Advogados de Minas Gerais. III.
Pereira, Rodrigo da Cunha. IV. Título.

CDD: 342.10981

CDU: 347.61(81)

Bibliotecária responsável: Maria Aparecida Costa Duarte

CRB 6/1047

Editor: Arnaldo Oliveira

Produtora Editorial: Roseli Carlos Pinto

Diagramação: Know-how Editoração Eletrônica

Revisão: Veridiana Maenaka

Ilustrador: Alexandre Coelho

Copyright © 2000 by

LIVRARIA DEL REY EDITORA LTDA

- Editores** Rua Teixeira Magalhães, 80 – Bairro Floresta
Belo Horizonte – MG – CEP 30150-000
Tel.: (31) 422-8066 – Fax: (31) 421-9486
delrey@net.em.com.br
- Loja** Rua Goitacases, 71 – Lojas 20/24 – Centro
Belo Horizonte – MG – CEP 30190-909
Teleendas: 0800-314633 – delrey@delreyonline.com.br
Tel.: (31) 274-3340 – Telefax: (31) 213-6840
- Dep. Vendas/BH** Rua Célia de Souza, 571 – Sagrada Família
Belo Horizonte – MG – CEP 31030-500
Telefax: (31) 482-6522
- São Paulo** Rua Conselheiro Ramalho, 689/701 – Loja 3
Bela Vista – São Paulo – SP – CEP 01325-001
Tel.: (11) 253-9152 – 253-9160 – Fax: (11) 3171-2064
- Rio de Janeiro** Rua Alcindo Guanabara, 15 – cj. 701 – Cinelândia
Rio de Janeiro – RJ – CEP 20031-130
Tel.: (21) 262-8460 – 262-8510 – Telefax: (21) 240-1585

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida, sejam quais forem os meios
empregados, sem a permissão, por escrito, da Editora.

Impresso no Brasil
Printed in Brazil

A todos aqueles que contribuíram para a realização
do II Congresso Brasileiro de Direito de Família:
à Livraria Del Rey Editora Ltda.,
à Editora Síntese, ao Banco do Brasil
e especialmente à Faculdade Mineira
de Direito da Pontifícia Universidade
Católica de Minas Gerais,
pelo patrocínio ao evento.

Apresentação

A família da virada do século

O declínio do patriarcalismo, a globalização e a redivisão sexual do trabalho, somados à evolução do conhecimento científico, provocaram uma grande transformação da família, especialmente a partir da segunda metade deste século. Com isso, os paradigmas estruturadores da organização jurídica sobre a família, o sexo, o casamento e a reprodução desatrelaram-se. Não é mais necessário o sexo para a reprodução e o casamento não é mais a única maneira de se legitimar as relações sexuais.

Como será a família do novo século diante de um novo discurso sobre a sexualidade? Desde que *Freud* revelou ao mundo a existência do inconsciente, no início deste século, e que a sexualidade é mais da ordem do desejo que da genitalidade, o pensamento contemporâneo ampliou seu entendimento e compreensão sobre as formas de manifestação do afeto, do carinho e, conseqüentemente, sobre as várias formas de se constituir uma família. Tudo isso interessa ao Direito, pois aí está um sentido de liberdade e libertação dos sujeitos, um dos pilares que sustentam a ciência jurídica.

A Constituição da República atual, refletindo as novas concepções sobre a família, reconhece que ela deixou de ter a forma singular e veio expressar, em seu art. 226, as várias formas e possibilidades de se constituir uma família: pelo casamento, pela união estável e por qualquer dos pais que viva com seus descendentes, ou seja, famílias monoparentais.

Embora a Constituição seja clara ao dizer que há várias formas e possibilidades de se constituir família, muitos operadores do Direito continuam insistindo na velha fórmula da família singular, isto é, continuam não querendo entender que o Estado legitimou outras formas de família, além do casamento civil.

A travessia da família para o novo milênio está se fazendo com concepções e valores morais totalmente diferentes dos da primeira metade do século XX. Estamos ainda atônitos, pois, em meio a esse processo, não temos a

clareza e o entendimento dessas mudanças como temos daquelas do início do século. Mas podemos anunciar uma “boa nova”. A grande mudança da família é que ela deixou de ser apenas um núcleo econômico e de reprodução para ser o espaço do companheirismo, do amor e da livre expressão de afeto.

Apesar da turbulência da virada do século e de todas as transformações e “crises” da família, ela traz consigo elementos essenciais que atravessam o tempo e o espaço: é o núcleo formador da pessoa e fundador do sujeito. Na linguagem lacaniana, família é uma estruturação psíquica em que cada membro ocupa funções e lugares determinantes.

Na virada do século, é preciso entender e percorrer as várias formas de representação social da família para compreender a organização jurídica, com uma leitura crítica do Direito e dos textos que regulamentam essas questões. Ordenar juridicamente as relações de afeto e as conseqüências patrimoniais daí decorrentes é o nosso desafio para assegurar e viabilizar a organização social. É neste imperativo categórico que a Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Minas Gerais – OAB/MG, e o Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, organizaram o II Congresso Brasileiro de Direito de Família, realizado em Belo Horizonte/MG de 27 a 30.10.1999, com representantes de todos os Estados brasileiros, advogados, magistrados, promotores de justiça, estudantes e profissionais de áreas conexas ao Direito de Família. O nome e tema central deste evento, como não poderia deixar de ser, foi “A família na travessia do milênio”.

Na trilha do I Congresso, esse evento registrou material jurídico de grande riqueza, que ora figura neste *livro dos anais*.

Esclarecemos que nem todos os palestrantes puderam entregar os respectivos textos de suas palestras, o que nos obrigou, infelizmente, a suprimir alguns temas. Entretanto, a OAB/MG e o IBDFAM têm o registro em fita de vídeo de todos os debates. Importante esclarecer ainda que os textos passaram pela revisão da Editora Del Rey, mas tal revisão não foi submetida aos seus respectivos autores.

Com este segundo livro dos anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família, a OAB/MG e o IBDFAM vêm, mais uma vez, cumprir sua função institucional, apresentando à comunidade jurídica uma significativa contribuição ao Direito de Família, que é, na verdade, um eterno convite a pensar o núcleo básico e ordenador da sociedade.

Marcelo Leonardo
Presidente da OAB/MG

Rodrigo da Cunha Pereira
Presidente do IBDFAM

Sumário

Abertura	
A FAMÍLIA NA TRAVESSIA DO MILÊNIO	
<i>Renato Janine Ribeiro/SP</i>	15

Temário I CONJUGALIDADE: DESCASAMENTO, RECASAMENTO E FIM DO AMOR

1 MUDANÇA DE PARADIGMAS: DO TRADICIONAL AO CONTEMPORÂNEO	
<i>César Augusto de Castro Fiuza/MG</i>	27
2 ALÉM DOS FATOS E DOS RELATOS: UMA VISÃO PSICANALÍTICA DO DIREITO DE FAMÍLIA	
<i>Maria Antonieta Pisano Motta/SP</i>	39
3 DIREITO, AMOR E SEXUALIDADE	
<i>Rodrigo da Cunha Pereira/MG</i>	53
4 FAMÍLIA CONSTITUCIONALIZADA E PLURALISMO JURÍDICO	
<i>Carmem Lucia Silveira Ramos/SP</i>	61
5 EFEITOS MATERIAIS DA SEPARAÇÃO JUDICIAL E DO DIVÓRCIO	
<i>Euclides Benedito de Oliveira/SP</i>	71
6 CONJUGALIDADE: DESCASAMENTO, RECASAMENTO E FIM DO AMOR	
<i>Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira/PR</i>	93
7 RESPONSABILIDADE CIVIL DOS CONVIVENTES	
<i>Nicolau Eládio Bassalo Crispino/AP</i>	105

8 RESPONSABILIDADE CIVIL DOS CÔNJUGES	
<i>Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos Santos/SP</i>	121
9 UNIÃO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO	
<i>Álvaro Villaça Azevedo/SP</i>	141
10 UNIÃO HOMOSSEXUAL: ASPECTOS SOCIAIS E JURÍDICOS	
<i>Maria Berenice Dias/RS</i>	161

Temário II

PATERNIDADE E FILIAÇÃO: SUSTENTAÇÃO JURÍDICA E AFETIVA

1 SE EU SOUBESSE QUE ELE ERA MEU PAI..	
<i>Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka</i>	173
2 A EVOLUÇÃO DAS PERÍCIAS MÉDICAS NA INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE: DOS REDEMOINHOS DO CABELO AO DNA	
<i>Salmo Raskin/PR</i>	183
3 A DESSACRALIZAÇÃO DO DNA	
<i>Zeno Veloso/PA</i>	191
4 O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	
<i>Heloísa Helena Barboza/RJ</i>	201
5 O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA: DA TEORIA À PRÁTICA	
<i>Tânia da Silva Pereira/RJ</i>	215
6 UM PAI DIGNO DE SER AMADO	
<i>Fernanda Otoni de Barros/MG</i>	235
7 PRINCÍPIO JURÍDICO DA AFETIVIDADE NA FILIAÇÃO	
<i>Paulo Luiz Netto Lôbo/AL</i>	245
8 ADOÇÃO TRANSNACIONAL E OS ATOS PLURILATERAIS DE QUE O BRASIL PARTICIPA	
<i>Georgette N. Nazo/SP</i>	255
9 ADOÇÃO INTERNACIONAL: ASPECTOS JURÍDICOS, POLÍTICOS E SOCIOCULTURAIS	
<i>Tarcísio José Martins Costa/MG</i>	265
10 GUARDA E DIREITO DE VISITA	
<i>Sílvio Neves Baptista/PE</i>	283

Temário III
DIREITO DE FAMÍLIA E SUAS CONEXÕES – MERCOSUL,
SOCIOLOGIA, ECONOMIA, ÉTICA, DIREITO PENAL E ANTROPOLOGIA

1 APLICACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA POR TRIBUNALES DE INSTANCIA UNICA COLEGIADA – BENEFICIOS – MODALIDAD – AUXILIARES INTERDISCIPLINARIOS <i>Carlos Enrique Pardo (Argentina)</i>	303
2 A MULHER NO MERCOSUL <i>Maria Berenice Dias/RS</i>	311
3 O QUE HÁ DE NOVO NO DIREITO DE FAMÍLIA? <i>Marcos Antônio Paiva Colares/CE</i>	315
4 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA FAMÍLIA BRASILEIRA <i>Rui Geraldo Camargo Viana/SP</i>	325
5 A ANGÚSTIA DOS JUÍZES E A ÉTICA DOS ADVOGADOS <i>Eduardo Sertório/PE</i>	333
6 A ÉTICA E AS ANGÚSTIAS DO JUIZ DE FAMÍLIA <i>Lourival de Jesus Serejo Sousa/MA</i>	345
7 A FAMÍLIA E A JUSTIÇA PENAL <i>Jaques de Camargo Penteadó/SP</i>	353
8 ANÁLISE ECONÔMICA APLICADA AO DIREITO DE FAMÍLIA <i>Maria Isabel Vianna de Oliveira Vaz/MG</i>	365
9 DIREITO DE FAMÍLIA – NOTAS DE ANÁLISE ECONÔMICA <i>Raquel Sztajn/SP</i>	381
10 FAMÍLIA INDÍGENA, POLIGAMIA E MITOS DE <i>MOQUECA DE MARIDOS</i> <i>Betty Mindlin/SP</i>	411
11 AS FAMÍLIAS INDÍGENAS <i>Raduan Miguel Filho/RO</i>	419

Temário IV
FAMÍLIA E PROCESSO JUDICIAL

1 A URGÊNCIA E O DIREITO DE FAMÍLIA (AS CHAMADAS MEDIDAS PROVISIONAIS DO ARTIGO 888 DO CPC) <i>Carlos Alberto Alvaro de Olivera/RS</i>	427
---	-----

2 ADULTÉRIO VIRTUAL, INFIDELIDADE VIRTUAL	
<i>Marilene Silveira Guimarães/RS</i>	439
3 PROVAS DA POSSIBILIDADE NA AÇÃO DE ALIMENTOS E A CONTRIBUIÇÃO DO TRABALHO DOS ASSISTENTES SOCIAIS	
<i>Ana Maria Gomes de Souza Bertelli/MG</i>	455
4 ALIMENTOS EM CONSEQÜÊNCIA DE ATO ILÍCITO	
<i>Élsior Moreira Alves/BA</i>	467
5 OFERTA DE ALIMENTOS	
<i>Francisco José Cabali/SP</i>	475
6 A COISA JULGADA E A INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE CUMULADA COM ALIMENTOS	
<i>Sônia Maria Rabello Doxsey/ES</i>	485

Temário V

POLÍTICA LEGISLATIVA: AS PERSPECTIVAS DE DIREITO DE FAMÍLIA E AS NOVAS TEORIAS

1 PARTILHA CONTENCIOSA	
<i>Juliana Gontijo/MG</i>	497
2 A EFETIVAÇÃO DA <i>DISREGARD</i> NO JUÍZO DE FAMÍLIA	
<i>Rolf Madaleno/RS</i>	517
3 PRESUNÇÃO DE PATERNIDADE NO CASAMENTO E NA UNIÃO ESTÁVEL	
<i>Nágila Maria Sales Brito/BA</i>	551
4 EXECUÇÃO INDIRETA E A POSIÇÃO JURISPRUDENCIAL SOBRE O DECRETO PRISIONAL	
<i>Francisco de Assis Figueiredo/MG</i>	569

Abertura

A FAMÍLIA NA TRAVESSIA DO MILÊNIO

Renato Janine Ribeiro

Professor Titular de Ética e Filosofia Política da Universidade de São Paulo

Começarei discutindo o próprio tema deste Congresso, que é também o da conferência com que os senhores me honraram, convidando-me a proferi-la em sua abertura. Início pela última palavra do título: o *milênio*, no caso o ano 2000. Poderíamos pensar em milênio como apenas uma data, e neste caso caberia discutirmos se ele não começa, na verdade, no ano 2001. Melhor ainda, caberia lembrar quanto é arbitrária essa datação: primeiro, ela não tem sentido para o não-cristão; segundo, tudo indica que o próprio nascimento de Cristo não tenha ocorrido no primeiro ano da era cristã¹ – e por aí iríamos, interminavelmente. Ora, o que significam esses problemas senão uma única coisa: que o milênio *não é uma data*? Desde o ano 1000, com os temores que suscitou em todo o Ocidente cristão, o cerne da idéia milenarista é o de uma forte mudança. Esperava-se – ou temia-se – a destruição do mundo, *deste* mundo. Esperava-se, talvez, mais do que se temia, porque com a aniquilação deste mundo terreno, provisório e infeliz se chegaria à beatitude, à vida eterna, ao advento do Reino de Deus. Em suma: a idéia de milênio, seja no ano 1000, seja nos movimentos milenaristas que em outras épocas surgiram pela Europa e pelo mundo afora, pouco teve a ver com datas, e muito com uma promessa de resolução dos problemas mais candentes da vida – aqueles que a miséria econômica e, mais que ela, a dor intensa, o desamparo e o desespero simbolizam. O *milênio* é, na sua chave forte, religiosa, a promessa de redenção definitiva; na sua chave mais fraca, menos intensa, porém mais própria a nosso tempo e reflexão laicos, é a sugestão de que encontremos soluções adequadas para os problemas que nos preocupam.

Passemos à *travessia*. Aqui, insinua-se atravessar obstáculos, vencer uma barreira, que é de água. Podemos, neste trajeto, até nos afogar, mas o essencial

1 É bom lembrar que o calendário cristão data do século VIII, e à época ainda não existia o número zero, invenção árabe; portanto, não houve ano zero. Cristo deveria, pois, ter nascido no ano 1 da era cristã. A inexistência do ano zero, aliás, é a razão pela qual os séculos – e milênios – começam em anos de final 1, e não de final zero.

é que lidemos com as águas, que em várias culturas servem de símbolo aos afetos, aos sentimentos, às emoções. Nelas podemos soçobrar, pois é o risco de quem lida mal com o afetivo, mas isso também significa que só efetuaremos a travessia se soubermos agir com delicadeza, lidando adequadamente com a matéria em questão, que é o sentimento. Pensei, desde que me chegou o convite com este tema, que não era nada fortuito um congresso em Minas Gerais escolher o título de uma das músicas mais famosas de *Milton Nascimento* para pensar as mudanças da família. Efetuar a travessia do *milênio*, passando delicadamente pelas dificuldades sentimentais, superar o tempo decisivo, simbólico das grandes mudanças, com a calma e paciência que só o tempo nos ensina: eis o nosso ponto.

Estes problemas candentes, cuja solução ora se tenta pelo menos encaminhar, estão na *Família* – para completarmos o temário deste Congresso. Que papel resta à família? Procurarei formular uma definição mínima de seus papéis, atendo-me ao seu *sine qua non*, àquilo que me parece constituir, hoje, o seu cerne. Tentarei resumi-lo em dois pontos, não como afirmação dogmática, mas como hipótese e sugestão de trabalho. Continuará a família, em termos gerais, a ser a maneira mais bem-sucedida de:

1. inserir a criança no mundo, socializando-a, educando-a, dando-lhe afeto?
2. manterem duas pessoas, adultas, uma relação constante e firme de troca afetiva, integrando:
 - a) sexo;
 - b) projetos de vida;
 - c) paz, tranqüilidade, segurança;
 - d) troca de experiências e crescimento pessoal?

É isso o que vamos discutir.

Deixo claro que minha definição da família é *minimalista*. Assinalo, assim, que nela não trato do adolescente, mas apenas da criança, e que penso a relação entre não-crianças a partir apenas de um par de adultos, o casal. Podemos expandi-la, integrando nela o adolescente e pensando a família em dimensões mais amplas. Mas entendo que a definição que utilizo tem sentido justamente porque lida com um mínimo essencial, quem sabe o melhor possível – em termos genéricos e ressalvadas as relações que são felizes de outro modo (famílias uniparentais, celibatários convictos etc.) –, para o maior número de pessoas. Meu quadro de reflexão é, por um lado, o da maioria estatística;

por outro, o do cerne em que a família pode ser mais eficaz. Minha família minimalista é um casal que, por um tempo, cria uma criança. Isso se pode justificar com base na redução, ao longo dos tempos, do tamanho da família, pelo menos da família apresentada como a normal, como norma e ideal.²

Insistirei nos pontos que dizem respeito ao casal. Uma relação estável começa geralmente pelo desejo sexual. Dificilmente um casal hoje iniciará um relacionamento firme – a menos que tenha razões religiosas ou outras muito fortes, mas que em nosso tempo parecem menos suficientes do que no passado – se não for originalmente movido por um desejo de ordem sexual. Este ponto, aliás, não é inteiramente novo: vale desde que começou a decair o casamento por conveniência ou por arranjo familiar. Mas o casamento, na medida em que é continuidade e duração, assenta-se sobretudo nos dois pontos seguintes, a saber: a existência de projetos de vida comuns e a produção recíproca de paz, tranquilidade e segurança. Esse continua sendo o eixo do casamento.

- 2 Um esclarecimento importante: não é exato que as famílias de outros tempos fossem majoritariamente patriarcais e que a família nuclear seja um fenômeno recente, coetâneo da individualização promovida com o capitalismo. Os estudos de *Peter Laslett* são claríssimos a respeito: mesmo no auge da sociedade pré-capitalista, numericamente a maioria das pessoas vivia em unidades que *não* eram patriarcais. Digamos, no caso de uma aldeia inglesa por ele analisada, que 30 pessoas em 100 vivessem em duas famílias patriarcais, 40 em famílias nucleares (casal mais filhos menores) e 30 vivessem solitárias. Ressalta, desse dado, que: 1) um número impressionante de pessoas (quase um terço) está excluído da reprodução, da possibilidade de ter continuidade no tempo, mediante filhos, ou de nutrir uma relação estável com outrem; esse é um importante dado de exclusão social; 2) mesmo descontando esses 30 esterilizados socialmente, dos 70 que restam, mais de metade (40, ou seja, 59%) vive em famílias nucleares e não patriarcais; portanto, o patriarcado abrange apenas 30% do total numérico e não mais que 41% do total não-esterilizado socialmente, isto é, do total socialmente integrado; 3) mas, e também esse ponto é decisivo, o que se sobressai na sociedade é a família patriarcal. O seu poder é muito maior do que sua presença numérica. Não é o número que conta, mas a posição estratégica.

Tudo isso dá o que pensar. Insisto nos seguintes pontos: 1) a exclusão social tem, como um de seus elementos fundamentais, a exclusão do direito ao amor estável e mesmo à escolha de se reproduzir; visivelmente, a grande maioria dos celibatários estava fora destes direitos (embora seja praticamente impossível dizer quantos deles *não* desejariam, mesmo tendo a possibilidade, casar-se ou ter filhos, o que torna esta afirmação sujeita a várias nuances); 2) a família nuclear tinha uma existência e um peso maiores e mais antigos do que se imagina: era, porém, desqualificada na sua projeção política; 3) o decisivo é a projeção política de cada tipo de família. Assim, em suma, poderíamos dizer que no Antigo Regime prevaleceu, *política e não numericamente*, a família patriarcal; no mundo burguês, a família nuclear; hoje, numa sociedade pós-moderna, embora a família nuclear continue importante e – tanto numérica quanto politicamente – prevalecente, a família uniparental, ou mesmo a unidade celibatária sem filhos, adquire um papel e um respeito de que antes não desfrutava. Por isso mesmo, torna-se hoje difícil afirmar que o celibatário sem filhos seja excluído socialmente, o que ele em boa medida foi outrora.

Já o quarto ponto é a grande novidade de nosso tempo. Antigamente, ele não era levado a sério. Não se esperava, apesar de partilharem projetos e segurança, tanta troca enriquecedora, inovadora, entre os parceiros. O papel da mulher era subalterno. Não quer isso dizer que o homem sempre mandasse. Muitas vezes, ele apenas parecia mandar, *aparecia* como quem mandava. Por trás da cena, muita mulher soube manipular a vaidade masculina. Mas isso hoje se aceita menos. As mulheres não querem mais mandar nos bastidores, querem uma presença visível – que pode, por sinal, até lhes reduzir em certos casos o efetivo poder, mas lhe muda a natureza.

Daí que idéias como a do *empowerment* das mulheres, que se tornou conhecida do grande público desde a conferência da ONU em Pequim,³ mereçam ser pensadas com cuidado. Não se trata simplesmente de elas alcançarem um poder. O interessante e significativo é a *mudança* de tal poder. Como afirmei, um poder feminino existiu, nas sombras; além disso, na antiga relação entre homem e mulher, uma estabilidade se assegurava à esposa, simbolizada pelo casamento indissolúvel. O poder que hoje se pede para as mulheres significa, antes de mais nada, um poder visível; poderíamos falar em *direito à dignidade*, isto é, antes de mais nada, direito à visibilidade. Trata-se, assim, do *contrário* do antigo poder: a mulher deseja, justamente, ter o direito de ser vista, de ser respeitada em público, e não mais de somente o ser quando, nos bastidores, manipula e joga. Tal direito tem um preço: custa a segurança. A esposa não tem mais garantido a todo custo o seu *status*, e talvez seja por isso que uma parte das mulheres lamenta a mudança de condição, já que o novo respeito a ela conferido significa também um risco, o de romper-se a relação. Por isso, o *empowerment* não é uma simples conquista de poder por quem não o tinha, mas uma mudança significativa no poder que a mulher tem ou ao qual pode aspirar.⁴

Em suma: o quarto ponto de que tratei significa que cada pessoa passa a ter direito a escolher seus próprios caminhos, profissionais e pessoais, e

3 *Empowerment* é termo difícil de traduzir. O mais próximo talvez seja “tomada de poder”. Pequim é a cidade que nos documentos oficiais tem sido chamada Beijing, o que não pertence à tradição de nossa língua.

4 Não se trata, deve ficar bem claro, de afirmar que as mulheres tivessem muito poder antes, só que na sombra. Não entro no debate quantitativo (mais poder ou menos). Sem dúvida, algumas mulheres tiveram muito poder, especialmente quando casadas com homens mais vaidosos do que inteligentes, mas a maior parte delas sofria a tutela masculina. Porém, o ponto essencial a debater é a *qualidade* desse poder e da vida que assim se valoriza. O que quero enfatizar é que a mulher necessitava recorrer à astúcia para se contrapor à dominação explícita dos homens – e isso hoje não é mais desejado. É com isso que se altera a natureza das relações sociais.

que, portanto, o casal somente se sustenta quando ocorre uma troca enriquecedora de experiências. Esse intercâmbio é bastante difícil e requer, na verdade, que os parceiros dialoguem constantemente sobre quem eles mesmos são, ou estão se tornando, e quais os termos de sua ligação. As pessoas mudam, muito mais do que antes, e com isso adquire novo e irônico sentido aquela disposição legal, já envelhecida, de que um casamento se anularia caso houvesse “erro essencial” sobre a outra pessoa. Isso significava, sobretudo, um erro quanto à identidade, fosse esta o próprio nome, o *status* de já casado ou, ainda, uma personalidade extremamente cruel. Em todos esses casos se supunha que o cônjuge “culpado” houvesse mentido. Pois hoje as identidades se modificam e, por conseguinte, o erro quanto à identidade deixa de ser atribuído à má-fé de quem mentiu: ele se torna, na verdade, mais que erro, um desencontro, uma separação que resulta de terem os dois parceiros desenvolvido personalidades distintas. Deixa de haver nisso culpa. Pode, sim, haver maior ou menor esforço para se entenderem, se reentenderem com suas novas formas de ser; mas vai saindo de cena o tópico da culpa, exceto no momento desesperado de intensa dor, que é o da separação, quando esta se consoma. E também por isso, enquanto o antigo erro essencial (ainda presente nos códigos), além de supor a culpa e a mentira, também acarretava a anulação, isto é, uma decisão de que o casamento padecia de um vício de origem, que o tornava nada (ou quase nada, preservando-se certos efeitos seus), o novo desencontro de identidades construídas não anula de forma alguma a relação que existiu: põe-lhe fim, mas não revoga o seu começo. A idéia não é que a história nunca existiu, como era – e ainda é – quando se tematizava ou tematiza uma anulação; a idéia é de que uma história existiu, existe, e no seu decorrer trocamos experiências com nosso parceiro, a ponto de com ele continuarmos, ou não.

O que vou argumentar, aqui, é que dos quatro pontos em que consiste a vida do casal, o primeiro e o último (sexo e troca enriquecedora) entram em conflito com os dois do meio (projetos comuns e paz). Vivemos num mundo em que o novo é compulsório, imprescindível. Quem não se renova, quem não renova o amor, vê o sentimento fenecer. Isso significa também uma redução da paz, da segurança, já que vivemos em tempos de risco. Diria que o casal depende muito do desejo sexual para nascer, enquanto casal – mas este desejo é bastante difícil de manter. Como nosso tempo está marcado pelo avanço da liberdade pessoal (sexo, aprimoramento da pessoa), isso faz com

que os interditos comecem a desabar. Daí que, no choque dos dois termos “do meio” com o primeiro e o último, seja cada vez mais difícil prosperarem os que militam pela manutenção do casamento (o segundo e o terceiro), caso entrem em choque frontal com os menos administráveis, a saber, o desejo e o enriquecimento individuais.

Isso se evidencia quando consideramos os interditos em seu cerne mesmo: os de ordem sexual. Deles, o principal é a proibição do incesto, a qual (dizem-nos a Psicanálise e a Antropologia) diferencia as sociedades humanas do mundo animal. A cultura irrompe e rompe com a natureza, quando se estabelece que há pessoas a quem posso desejar, mas com quem não devo ter relações sexuais. Esse é o cerne da humanidade: o mundo da regra, que se distingue da lei científica, porque não há como esta ser infringida (a água não decide a que temperatura ferve, nem meu sangue resolve se circula a tal ou qual velocidade, em tal ou qual direção), ao passo que é da essência da regra que ela só exista quando pode ser violada. É um tabu humano, que por isso mesmo os humanos podem desprezar.

É verdade que ainda hoje se fornecem explicações naturalizantes para o interdito do incesto: sua violação deformaria as pessoas, criando monstros e sempre se cita quem nasce de sucessivos casamentos consanguíneos. Mas o melhor desmentido a essa tese está no fato de que a própria feição do incesto varia de sociedade para sociedade. Cada cultura institui os seus tabus sexuais, que, exceção provavelmente feita ao casamento com a mãe biológica, variam a ponto de não ser raro permitir-se uma relação com uma mulher ou homem biologicamente bem mais próximos de nós e proibir-se uma relação com outra ou outro bem mais distantes. O interdito é de natureza cultural, não biológica. Estabelecendo a lei humana, isto é, a lei passível de transgressão, mostra o ser humano como o único, no mundo, que está regido por regras culturais, e não apenas leis naturais. Justamente, ao contrário do que pensaram alguns, a essência do interdito cultural está em não ter razões biológicas para ser editado. No animal, o desejo é mais propriamente natural, provocado por uma química ou biologia do cio; já no ser humano, o desejo pode contrariar o que a natureza diz. Grosseiramente falando, há dois tipos de leis: aquelas – como as da ciência – que não podem ser violadas e as do mundo humano, como as leis positivas, que são as únicas que podem ser infringidas. E por isso é tão relevante tratar, aqui e agora, do incesto: é a proibição dele que constrói todo o mundo das leis e do Direito que os participantes deste Congresso estudam.

Como está posto isso hoje em xeque? Lembro que os casamentos hoje somente se mantêm por uma contínua renovação da parceria. Esta não está mais obrigada a continuar existindo. Como observa *Nadia de Araújo*, mesmo um casal somente se mantêm recasando-se: um mesmo par só continua sua relação por sucessivos recasamentos (notem que estou falando do recasamento de um *com* o outro!). Trata-se das renovações dos pactos, explícitos ou implícitos, que ligam um casal. Separar-se é duro, mas ocorre cada vez mais. Ora, antes a mulher, logo após se casar, gerava um ou mais filhos, e com isso sua vida sexual já não era visível à comunidade. E, depois de mãe, seria avó. Não apenas ocorria bem cedo a deserotização da mulher – convertida de objeto de desejo em mãe –, como essa passagem não tinha retorno: seria, mais tarde, avó, bisavó. Uma série de estratégias separava, assim, a mulher adulta do erotismo.

Hoje, isso vai perdendo o cabimento. Muitas mulheres se separam ainda jovens e podem perfeitamente ter um namorado da idade do filho. Isso, que os homens sempre praticaram (uma segunda esposa, ou amante, mais moça que as filhas), torna-se chocante socialmente quando ocorre com as mulheres. O incesto parece mesmo é ser um tabu contra as mulheres.⁵ Ora, por que a sexualidade feminina, quando existe e sobretudo exuberante, ameaça e assusta? Por hipocrisia, evidentemente. Notamos, quando a mulher namora homem bem mais moço, que socialmente isso é vivido como incesto. Não afirmo que seja incesto, biologicamente, mas que é visto e vivido como tal, pela sociedade. Contudo, lembrem que o incesto não tem nada de natural ou de biológico, é só cultural e social; portanto, o que é visto como incesto *é incesto!* O incesto, até porque funda e modela as proibições não-biológicas, só existe enquanto é considerado tal. E exatamente por isso pode mudar de perfil, de limites, de definição.

Em outras palavras, se o exemplo que dei da mãe jovem e erotizada tem pertinência, estamos numa sociedade que passa a *experimentar* o incesto. Ora, que efeitos isso trará? Uma anomia generalizada? Uma perda de referenciais? Mas esses referenciais, ou tabus, foram muito criticados ao longo das últimas décadas. Mostrou-se quanta hipocrisia eles engendraram

5 Haja vista a violência sexual do pai contra a filha, tão comum; *Darcy Ribeiro* certa vez comentou que impedir ou reduzir o estupro das meninas pelo progenitor masculino era um dos benefícios que traria a educação em horário integral, a qual ele e *Brizola* instituíram no Rio de Janeiro; e *Freud*, em que pesem seus méritos, mereceu a crítica que lhe foi dirigida por ter minimizado, na Viena de fins do século XIX e começos do XX, a violência sexual contra os menores.

ou facilitaram. Quando alguém critica a mudança nos comportamentos, porque teria trazido a infelicidade mediante a anomia, convém lembrar que a dissidência sexual (a mulher independente, o homossexual) não produziu mal nem de longe comparável ao causado pelos melhores WASPs⁶ ou, entre nós, pelos grandes oligarcas: os maiores corruptos e genocidas são gente “normal”, da elite.

Chegamos assim a um problema decisivo, e que diz respeito não só à família, mas também ao próprio Direito, à própria lei, ao Direito e à família (e não só ao direito *da* família): está em crise a idéia mesma do que é legítimo ou ilegítimo. A fundamentação dos interditos, que antes existia, baseava-se nos perigos terríveis que seu descumprimento acarretaria. Para uma visão *naturalizante*, os males assim causados seriam a deformação, a monstruosidade, produzidos, por exemplo, pelo incesto, por uma congestão, ou mesmo por se beber leite com manga. Para um viés *simplesmente conservador*, o que viria seria a destruição da moralidade e da ordem social. Hoje, porém, essas duas visões já não se sustentam. Precisamos repensar como as regras se imbricam com as práticas, e isso desfaz muito mito – a começar pelos males causados pela vitamina de leite com manga...

Isso significa terminarmos, aqui, com mais dúvidas do que principiamos. Não se trata, apenas, de dizer que a família se democratiza, que as relações serão de igualdade e respeito recíproco. Isso é bem provável – e só podemos felicitar-nos por isso! Mas não está aí o cerne da questão. Não se trata de substituir o autoritarismo pela democracia e, com isso, de ficarmos todos felizes. Porque, com essa mudança que descrevi, sai de cena toda uma forma de justificar a ordem social estável. Estamos entrando, ou já entramos faz algum tempo – mas nem sempre retiramos disso todas as suas consequências –, numa era em que as garantias antes existentes cessaram de vigir. Daí que relações mais justas, mais iguais, se devam precisamente ao fato de que nada mais existe que valide um formato hierárquico. A esse respeito, pensemos no casal, essa relação mínima (em tamanho) entre os humanos. Por milhares de anos, seus problemas eram evitados porque um mandava e outra obedecia. Um sem-número de razões – morais, religiosas, políticas, físicas ou naturais – justificava isso. Mas, tão logo se afirma a igualdade, não dá mais para manter essa estrutura de justificação. Será mais justo esse novo perfil?

6 “White Anglo-Saxon Protestant”: o membro da elite norte-americana, branco, anglo-saxão e protestante.

Penso que sim. Só que a própria idéia de justiça, como algo preexistente que nós apenas aplicamos, que descobrimos no céu das estrelas, na revelação divina ou na razão humana (entendida como repertório de verdades prontas), está assim posta em xeque.

Qualquer justiça com que lidemos estará cheia de dúvidas. Tomemos um caso que hoje se discute na área do Direito da Família. Por um lado, para usar a expressão do Professor *João Baptista Villela*, da UFMG, ocorre uma desbiologização da paternidade. Esta e as relações de família em geral são cada vez mais tidas como construções afetivas, culturais. Contudo, ao mesmo tempo e pela primeira vez na história, tem-se um procedimento técnico que permite, com uma margem de erro desprezível, acertar se alguém é o pai ou não de determinada criança. Refiro-me ao teste efetuado com base no DNA. Isso, aliás, acarreta importantes resultados legais, eliminando o sentido de um prazo limitado para se impugnar a paternidade, mexendo nas heranças e até na história (não correu, há poucos anos, que a rainha Vitória seria filha ilegítima?). Ora, nesse quadro, o que se pode considerar mais justo? Está mais de acordo com o espírito de nosso tempo, no que ele tem de positivo (a valoração da humanidade, dos sentimentos), a paternidade afetiva, cultural, criada, mas há razões que militam em favor de uma visão, pelo menos localizadamente, biológica.

Outro exemplo: o casamento antes tinha por elemento decisivo o dever de fidelidade. É célebre a passagem de *Kant*, dizendo que o matrimônio confere ao nubente o direito exclusivo sobre os órgãos sexuais do cônjuge. Contudo, as novas idéias insistem na lealdade, não mais na fidelidade. A obrigação de não trair sexualmente o parceiro vai decaindo – embora, é claro, isso dependa muito dos acordos que os casais firmem, e seja difícil manter-se uma relação em que a suposta traição se torne rotina –, enquanto se destaca uma nova obrigação, feita de respeito, igualdade e, sobretudo, lealdade.

A travessia parece interminável. A família continua, e mais empenhada que nunca em ser feliz. (Não quero dizer que *seja* mais feliz, e sim que *queremos*, todos, ser felizes; assim a manutenção da família, hoje, depende sobretudo de se buscar, por meio dela, a felicidade.) Nada disso põe termo ao casamento ou à família, justamente porque mantê-la não é mais obrigatório, ela só sobrevive quando vale a pena. É um desafio. Podemos estar às portas do milênio, no sentido que antes descrevi (o de promessa de felicidade), mas isso só porque estamos mais dispostos a correr riscos. E por isso a travessia,

por essas águas do afeto, ora revoltas, ora mansas, exige delicadeza: mas não porque sejam, estas águas, tranqüilizadoras, e sim porque a matéria com que lidamos é muitíssimo delicada. Estamos em Minas Gerais, onde as pessoas sabem como lidar com questões delicadas da maneira mais positiva possível. Toda uma sabedoria é necessária para fazê-lo – sobretudo quando não há regra! Notem que não estou, aqui, louvando a mineiridade como conformismo, submissão, conservadorismo – que são a sua vertente obscura. O que estou elogiando são o cuidado, a ternura, a prudência, que precisam ser mais bem elaborados, porém constituem o principal meio de caminhar num mundo já sem trilhas definidas. Muito obrigado.

Temário I

**CONJUGALIDADE: DESCASAMENTO,
RECASAMENTO E FIM DO AMOR**

MUDANÇA DE PARADIGMAS: DO TRADICIONAL AO CONTEMPORÂNEO

César Augusto de Castro Fiuza

Doutor em Direito pela UFMG
Professor de Direito Civil e Romano nos cursos
de Graduação e Pós-Graduação da PUC/MG, da UFMG
e da Academia de Polícia Militar de Minas Gerais

Qualquer indagação sobre o tema do presente estudo deve partir da definição de paradigma. Seria um modelo, como queria *Platão*? Seria um exemplo, como queria *Aristóteles*?

Christophe Grzegorsczyk afirma:

“Le terme ‘paradigme’ peut revêtir deux acceptions différentes. La première, ancienne, car remontant encore à Platon, lui assigne la compréhension d’un exemple, ou de modèle donné à des buts propeudeutiques, comme étant un objet ‘plus facile’ sur lequel l’intelligence peut s’examiner avant d’en aborder de plus difficiles. Cette une sorte de métaphore pédagogique (comme chez Platon l’art du tisserand exemplifie l’art, plus difficile, du roi).”¹

Continua o mesmo autor, dizendo:

“Dans son acception moderne (...) due à T. Kuhn, le paradigme signifie une ‘matrice disciplinaire’, une grille d’évaluations, de généralisations, de procédés scientifiques ou de méthodes et de règles de recherches, utilisées par une certaine communauté scientifique.”²

Arthur Diniz, compilando vários autores, dentre eles o já citado *Christophe Grzegorsczyk*, deixa claro que a idéia de paradigma está ligada às ciências.³

-
- 1 GRZEGORSCZYK, Christophe. Évaluation critique du paradigme systémique dans la science du droit. *Archives de Philosophie du Droit: le système juridique*. Paris: Recueil Sirey, 1986, p. 286.
 - 2 GRZEGORSCZYK, Christophe. *Op. cit.*, p. 286.
 - 3 DINIZ, Arthur. *Novos paradigmas em direito internacional público*. Porto Alegre: Fabris, 1995, p. 29-35.

Paradigma seria um conjunto sistemático de características cientificamente formuladas sobre certo objeto e adotado como modelo para o estudo de determinado tema ou fenômeno. Esta, nossa conclusão.

Tratando-se de família, caberia uma indagação preliminar: numa mesma relação de tempo-espaço, haveria um ou vários paradigmas de família? O modelo de estrutura familiar é um só ou existiriam vários, no mesmo tempo e lugar?

A resposta é tanto mais óbvia quanto mais aprofundamos a análise histórica da organização da família, e mais óbvia ainda quando abordamos a atualidade.

Engels, em *Der ursprung der familie, des privateigentums und des staats*, descreve alguns paradigmas diferenciados, em relação a populações indígenas nos Estados Unidos.⁴

O mesmo nos reporta *Fustel de Coulanges*, em sua magnífica obra *A cidade antiga*. Apesar das dificuldades de se estabelecer modelos para a família plebéia, havia, sem dúvida, paradigmas distintos para a plebe e para o patriado, tanto na Grécia quanto na Roma antigas.⁵

Os paradigmas de família da Antigüidade Clássica que melhor conhecemos, atualmente, são relativos às classes dominantes. A história que se escreveu até alguns séculos atrás é a história dos estratos sociais mais abastados. Nunca houve por parte dos historiadores antigos qualquer preocupação no sentido de retratar com detalhes e fidedignidade a vida privada das classes desfavorecidas.

Mesmo a literatura de ficção não descreveu o cotidiano dos mais pobres, e à guisa de exemplo poderíamos citar *Petrônio*, autor de *Satyricon*, que nunca minudenciou a vida da *plebs urbana* de sua época, o primeiro século de nossa era, sob o reinado de *Nero*. Toda a narrativa gira em torno da aristocracia e de seus agregados.

No antigo Egito, a estrutura familiar era, por um lado, muito semelhante à contemporânea. Reporta-nos *Christian Jacq*:

“La famille égyptienne repose sur une structure simple qui nous est familière: le père, la mère et les enfants. Le mari s’appelle souvent ‘le frère’, l’épouse ‘la soeur’, ce qui a conduit à quelques confusions, et notamment à l’idée encore répandue selon laquelle les rois ne se mariaient qu’avec leurs soeurs!

4 ENGELS, Fiedrich. *Der ursprung der familie, des privateigentums und des staats*. Berlin: Dietz Verlag, 1987, p. 38 et seq.

5 COULANGES, Fustel. *A cidade antiga*. 9. ed., Lisboa: Livraria Clássica, 1957, v. I, p. 14 et seq.

Aucun cas de polygamie n'a pu être établi avec certitude; les hommes qui eurent plusieurs épouses sont, en réalité, des veufs remariés. Le mariage consistait à vivre ensemble sous le même toit, le divorce à se séparer au vu et au su de tous, sans un monceau de formalités administratives, lesquelles se compliqueront à la Basse Époque. En cas de rupture, l'ex-épouse était protégée; son ex-mari lui devait aide et assistance.

La position juridique et sociale de la femme égyptienne était d'ailleurs tout à fait remarquable: égalité avec l'homme, personnalité autonome, capacité de léguer et d'hériter, etc. Si, comme l'écrivait Champollion, la valeur d'une civilisation se mesure à la place qu'elle accorde à la femme, l'Égypte ancienne peut revendiquer une place d'honneur."⁶

É interessante observar o caráter privado do casamento e do divórcio, característica também da civilização greco-romana. Vê-se, porém, em ambos os casos, uma paulatina publicização à medida que a história evolui. No Egito da Baixa Época, tanto o casamento quanto o divórcio eram permeados de formalidades administrativas, assim como na Roma Antiga, ao tempo do Baixo Império.

A organização da família grega se parece muito com a romana. Amoldam-se, *mutatis mutandis*, ao mesmo paradigma. Insista-se que o referencial é a família das classes dominantes. Ao que tudo indica, também os etruscos possuíam a mesma organização familiar.⁷

Para melhor compreensão do modelo familiar da Antigüidade greco-romana, é essencial uma abordagem preliminar sobre a organização social daqueles tempos.

As classes sociais eram quatro: o patriciado, a plebe, a clientela e os escravos.

Patrícios eram os fundadores da cidade e seus descendentes. O nome patrício vem de *patres*, pais da cidade. Eram os detentores do poder. Dedicavam-se à política, à guerra, à religião, às artes e ao ócio. Os escravos e clientes cuidavam de seus negócios.⁸

A plebe é de origem incerta. Imagina-se que fosse constituída daquelas pessoas e, posteriormente, de seus descendentes, que foram aos poucos se agregando à cidade, em busca de conforto e proteção. Atuavam em áreas pouco nobres para um patrício, como o comércio de varejo e trabalhos

6 JACQ, Christian. *Initiation à l'égyptologie*. Paris: La Maison de Vie, 1994, p. 125-126.

7 WELLARD, James. *The search for the Etruscans*. London: Cardinal, 1973, p. 106 *et seq.*

8 TALAMANCA, Mario *et al.* *Lineamenti di storia del diritto romano*. Milano: Giuffrè, 1989, p. 51 *et seq.*

assalariados, tais como a feitoria de escravos etc. Entretanto, havia plebeus ricos. Não possuíam quaisquer direitos. Não participavam da vida política, religiosa ou militar. Não pagavam tributos, não tinham cidadania e nem podiam invocar o Direito da Cidade (*ius civile*) em sua proteção.⁹

Os clientes eram pessoas que se submetiam ao poder de um chefe de família patrício, oferecendo seus préstimos e seu patrimônio em troca de proteção. Supõe-se que, a princípio, constituíam-se de estrangeiros endinheirados que, chegando à cidade, em vez de se integrarem à plebe, ofereciam-se à proteção de um chefe de família (*pater familias*), que passava a ser seu patrono e de seus descendentes. Também os escravos alforriados costumavam se tornar clientes de seu antigo senhor. Há quem diga que alguns patrícios traziam consigo, na condição de clientes, estrangeiros vencidos na guerra e submetidos pela *deditio* (ato de se submeter ao inimigo).¹⁰

Os escravos constituíam grande parte da população. A economia romana era praticamente toda baseada na mão-de-obra escrava. Na época de Cícero (106 a.C. a 43 a.C.), estima-se que Roma, que contava com mais ou menos 1 milhão de habitantes, tinha uma população de aproximadamente 200 mil escravos.¹¹

A cidade, no início, dividia-se em três tribos patrícias (Tities, Ramnes e Luceres). Cada uma dessas tribos se dividia em dez cúrias. Uma cúria era uma circunscrição territorial habitada por *gentes*. Cada *gens*, e não se sabe ao certo sua origem, era composta por *domus* ou família.¹²

Cada família patrícia era encabeçada por um *pater familias*, ao qual se submetiam todos os demais membros da casa: esposa, filhos, noras e netos, filhas solteiras, clientes e escravos. Exercia funções de pai, esposo, juiz (julgava os membros de sua *domus*, como presidente do tribunal doméstico, que se reunia perante o lar), administrador (a ele eram prestadas as contas de seus negócios pelos escravos e clientes) e sacerdote (era o responsável pelo culto aos deuses domésticos).

Na época romana pré-clássica, quando vigia a primogenitura, na morte de um *pater familias*, seu lugar era ocupado pelo filho primogênito. Se não o tivesse, adotava um. O que não podia ocorrer era a vacância de seu lugar, sob pena de não se dar continuidade ao culto familiar.

9 TALAMANCA, Mario *et al.* *Op. cit.*

10 NICHOLAS, Barry. *An introduction to roman law*. New York: Oxford, 1962, p. 5. MOMMSEN, Theodor. *Römische Geschichte*. Essen: Emil Volmer, (s.d.), p. 39-51.

11 FOWLER, W. Warde. *Social life at Rome in the age of Cicero*. New York: Macmillan, 1937, p. 57.

12 TALAMANCA, Mario *et al.* *Op. cit.*, p. 51 *et seq.*; MOMMSEN, Theodor. *Op. cit.*, p. 17 *et seq.*

A religião antiga se baseava em duas classes de deuses: os superiores (deuses do Olimpo, ligados aos fenômenos naturais) e os inferiores, domésticos ou deuses manes (do latim **manere**-per**manecer**).

Do culto aos deuses superiores, não há muito de novo a se falar. Mas quem seriam os deuses domésticos? Eram os antepassados da família, representados no altar por um fogo que jamais se apagava. Ao fogo se dava o nome de Deus-Lar. A ele se prestava o culto doméstico, em que se invocavam os antepassados para proteção. Levava-se-lhes comida e prestava-se-lhes orações. Os mortos eram enterrados no imóvel familiar, que era terreno sagrado. Os mortos daquelas famílias que perdiam seu imóvel ficavam sem culto, tornando-se almas ambulantes e prejudicando os vivos.

Os antepassados comuns, os fundadores da cidade, eram cultuados por toda a cidade. Seu templo se chamava Templo de Vesta, sendo suas guardiãs as virgens vestais. Só os descendentes desses deuses podiam participar de seu culto. Só eles tinham cidadania e podiam invocar o sagrado Direito da Cidade. Daí se explica por que a plebe não tinha quaisquer direitos.¹³

Paul Veyne tem opinião um pouco diferente, pelo menos no que concerne à figura do *pater familias* e da própria estruturação da sociedade familiar.

“Apesar de uma lenda que *Yan Thomas* se encarregou de destruir, não se trata de um clã, de uma grande família patriarcal, a *gens*, ou um enfraquecimento e fragmentação dessa vasta unidade arcaica. O pai de família não deixou pouco a pouco de ser seu monarca, pois nunca o foi: a Roma arcaica não era um grupo de clãs, cada qual sob a autoridade de um ancestral, mas uma cidade etrusca, uma das maiores, e não nos leva a um estágio arcaico do desenvolvimento da humanidade. Deixemos, pois, esses mitos políticos de origem e vejamos: o pai de família é um esposo, dono de patrimônio, senhor de escravos, patrono de libertos e clientes; por uma espécie de delegação que lhe faz a cidade, exerce direito de justiça sobre filhos e filhas e esse conglomerado de poderes heterogêneos não saiu de uma unidade primeira.

Todo filho de família, uma vez órfão e emancipado, torna-se chefe de uma nova família, e nada, exceto sentimentos e estratégia familiar, o liga aos irmãos ou tios: a família é conjugal. Saber se os irmãos habitarão juntos algum casarão ancestral é apenas uma questão de

13 COULANGES, Fustel. *Op. cit.*, *passim*.

comodidade e dinheiro; cada pai de família prefere ter sua própria casa e esse é também o desejo dos filhos de família; o filho de Cícero e de seu amigo Célio alugaram um apartamento para não viver com os pais. Se causassem danos aos vizinhos, o direito previa que seriam pessoalmente responsáveis e seu pai nada teria a ver com isso; tais jovens viviam sua própria vida: o pai de família é sobretudo um proprietário de patrimônio e de direitos patrimoniais; mantém os filhos pelo dinheiro e pela esperança de herdar. Mas não os guarda a seu alcance, e cada novo casal preferirá ter sua casa pessoal, se dispuser de meios.”¹⁴

Apesar de procurar desfazer o mito em torno da família romana, e principalmente em torno do *pater familias*, Paul Veyne descreve o círculo doméstico, mais ou menos como o faz *Fustel de Coulanges*.

“Escravos domésticos ou ex-escravos agora libertos, o pai de família, sua mulher, esposada em justas bodas, dois ou três filhos e filhas compõem o pessoal de uma casa, ao qual devemos acrescentar algumas dezenas de homens livres: os fiéis ou ‘clientes’, que a cada amanhecer vão desfilar na antecâmara de seu protetor ou ‘patrono’ para lhe fazer uma rápida visita de homenagem. Só que um punhado de gente dentro de uma casa não constitui uma família ‘natural’: as afeições que suscita são tão estereotipadas quanto as nossas e mais pitorescas.”¹⁵

A estrutura era monogâmica e patriarcal. As razões da mudança do antigo paradigma da família grupal para a família monogâmica parecem ter sido de ordem econômica. Seguramente, essa mudança não se baseou no amor individual. Como afirma Engels:

“*Sie (die Monogamie) war keineswegs eine Frucht der individuellen Geschlechtsliebe, mit der sie absolut nichts zu schaffen hatte, da die Eben nach wie vor Konvenienzehen blieben. Sie war die erste Familienform, die nicht auf natürliche, sondern auf ökonomische Bedingungen gegründet war, nämlich auf den Sieg des Privateigentums über das ursprüngliche*

14 VEYNE, Paul. O império romano: a casa e seus libertos. In: *História da vida privada*. Coleção dirigida por Philippe Ariès e Georges Duby. São Paulo: Cia. das Letras, 1990, p. 81-82.

15 VEYNE, Paul. *Op. cit.*, p. 81.

*Gemeineigentum. Herrschaft des Mannes in der Familie und Erzeugung von Kindern, die nur die seinigen sein konnten und die zu erben seines Reichthums bestimmt waren – das allein waren die von den Griechen unumwunden ausgesprochenen ausschließlichen Zwecke der Einzelehe.*¹⁶

A introdução do catolicismo e a queda do Império Romano do Ocidente impõem nova transformação radical no paradigma familiar ocidental. Não que a monogamia deixasse de ser regra, mas houve um certo retrocesso civilizatório, causado pelas invasões bárbaras, com seus costumes e crenças, e pela derrubada do poder político central que, de uma certa forma, organizava e civilizava.

A Igreja conseguiu catequizar os povos bárbaros, talvez devido à ânsia deles mesmos por civilização e por ser ela, a Igreja, o único meio para se alcançar essa meta, meio este centralizado e atemporal, detentor do saber e das tradições greco-romanas, além de ser um elo de comunicação e, talvez, de garantia contra o Império do Oriente, grego, a essa altura.

O catolicismo, embora meio de civilização, impregnou a Europa com os costumes, leis e língua dos romanos, mas não de maneira totalmente pura. Nesse processo, introduziu boa dose da rígida moral judaica, absorvida pela obra de São Paulo.

“Após a intensa e extensa pesquisa, o psiquiatra *Wilhelm Lange-Eichbaum*, em sua renomada obra *Gênio, Loucura e Glória*, recriou com detalhes o caráter de Paulo. Ele era um homem comum, fraco e pequeno, mas ao mesmo tempo duro, combativo, impetuoso e apaixonado. O ardor que despendeu na perseguição aos cristãos representava uma compensação diante de sua limitação. A grande atração que o paulinismo exerceu derivou e deriva da idéia de redenção e libertação de crises interiores. Paulo era dono de uma energia sem limites e de uma personalidade competitiva. Sofria de fortes ataques que atribuía a demônios. As mais recentes fontes apontam para a homossexualidade como a explicação para aquilo que ele chama de ‘espinho na carne’, considerado por ele como sua cruz pessoal. Este problema, de ordem particular, foi a causa da grande repugnância que sentia pela sexualidade em geral, inspirando-lhe a doutrina ascética do matrimônio e a imagem desprezível, quase torpe, do sexo e da mulher, que continuou a dominar o pensamento cristão.”¹⁷

¹⁶ ENGELS, Friedrich. *Op. cit.*, p. 78 et seq.

¹⁷ KERSTEN, Holger. *Jesus viveu na Índia*. 3. ed., São Paulo: Best Seller, 1988, p. 197-198.

A moral católica, aliada a outros fatores, afasta a Idade Média dos paradigmas da Antigüidade. Não que os antigos fossem libertinos depravados, como querem crer alguns desavisados, ou pessoas bem resolvidas e livres de preconceitos, como querem outros.

“Se há uma parte da vida greco-romana falseada pela lenda, é essa; acreditamos erroneamente que a Antigüidade foi o paraíso da não repressão, não tendo ainda o cristianismo colocado o verme do pecado no fruto proibido. Na verdade o paganismo foi paralisado por interdições. A lenda da sensualidade pagã tem como origem contra-sensos tradicionais: o famoso relato da devassidão do imperador Heliogábalo não passa de um embuste de letrados, autores de um falso tardio, a *História Augusta*; é uma página cujo humor situa-se entre *Bouvard et Pécuchet* e *Alfred Jarry*; não consideremos Ubu um verdadeiro imperador. A lenda provém ainda da inépcia das próprias proibições; ‘nas palavras o latim afronta a honestidade’, precisamente: para essas almas cândidas bastava pronunciar um ‘palavrão’ para causar o impacto do exagero e, pelo constrangimento, provocar gargalhadas. Ousadias de colegiais.”¹⁸

Introduz-se ou, por outro lado, ratifica-se com muito mais intensidade, na era medieval, o modelo do casamento indissolúvel. Na realidade, porém, havia um grande obstáculo à indissolubilidade do casamento e à própria monogamia, qual seja, a arraigada prática poligâmica entre os germanos e os contínuo concubinato entre os galo-romanos.¹⁹

A partir de Clóvis, quase todos os reis da dinastia merovíngia tiveram várias mulheres. Ao que consta, Clotário I (século VI), a quem a esposa pedia para encontrar um bom marido para a irmã, Aregunda, decidiu torná-la sua concubina.²⁰

Na verdade, a monogamia e a indissolubilidade do casamento só se tornaram prática geral no século X, primeiro entre o povo, depois no seio da nobreza, primeiro entre os galo-romanos, mais próximos do catolicismo, depois entre os francos.²¹

18 VEYNE, Paul. *Op. cit.*, p. 196-197.

19 ROUCHE, Michel. Alta idade média ocidental: o corpo e o coração. In: *História da vida privada*. Coleção dirigida por Philippe Ariès e Georges Duby. São Paulo: Cia. das Letras, 1990, p. 458.

20 ROUCHE, Michel. *Op. cit.*, p. 460.

21 ROUCHE, Michel. *Op. cit.*, p. 461.

O que ocorre, talvez, é que a monogamia ocidental só se sustenta pelo adultério. E este, a seu turno, se assenta no paradigma do patriarcalismo. É o estereótipo masculino do homem macho, procriador, que transmite sua carga genética vitoriosa ao maior número possível de descendentes.

Dando um salto de alguns séculos, a Revolução Industrial foi outro fato histórico marcante para a família.

Com a Revolução Industrial, que começa na Inglaterra já no século XVIII, a sociedade se transforma. Dois fenômenos importantes ocorrem: a urbanização e a concentração capitalista, esta consequência da concorrência, da racionalização etc.

Esses dois fenômenos resultaram na massificação das cidades, das fábricas (produção em série), das comunicações, das relações de trabalho e de consumo, da própria responsabilidade civil (do grupo pelo ato de um indivíduo) etc.

Os paradigmas familiares se vêem forçados a mudar. O espaço doméstico se reduz; o casal mediano é obrigado a compartilhar o mesmo leito, o mesmo cubículo conjugal. A indissolubilidade do casamento, talvez mesmo por essa causa, começa a ser posta em xeque. A mulher se vê na contingência de trabalhar para o sustento do lar, assumindo essa nova postura com orgulho e obstinação. Começa a libertação feminina, fazendo ruir o patriarcalismo.

Já no século XX, outro fato importante ocorre: a revolução sexual, decorrente da Revolução Industrial, põe em xeque os paradigmas clássicos do heterossexualismo, do machismo, do patriarcalismo, da monogamia, da interferência do público nas relações nupciais, dentre outros.

O homem culto se torna mais independente, não se submete aos grillhões do pecado. A própria Igreja revê sua doutrina e sua atuação.

O puritanismo judaico, fruto talvez da doutrina de São Paulo, como vimos, 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 puritanismo. 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 e natural: o sexo.

Foi somente após a revolução sexual que as coisas começaram a mudar.

Em primeiro lugar, a Igreja Católica começa a rever sua doutrina em busca do verdadeiro cristianismo: aquele do amor ao próximo e da responsa-

bilidade. A única regra moral é amar o semelhante. 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, a Igreja Católica venha perdendo adeptos para igrejas de perfil medieval, como as que vemos proliferar a todo momento, em todo canto. Parece que as pessoas não conseguem viver livres, sem a sombra do pecado, sem os grilhões do demônio. Em certos cultos pentecostais, 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, ora manda o homem, ora 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, é 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, 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.

Aliás, o paradigma do heterossexualismo nem sempre foi dominante. Nas sociedades antigas, apesar de ser ele coroado como princípio dominante, havia outro paradigma, não desprezável: o do bissexualismo.

Escreve *Engels*, não sem grande dose de preconceito:

*“... Diese, die sich geschämt hätten, irgendwelche Liebe für ihre Frauen zu verraten, amüsierten sich in allerlei Liebeshändeln mit Hetären; aber die Entwürdigung der Frauen rächte sich na den Männern und entwürdigte auch sie, bis sie versanken in die Widerwärtigkeit der Kanebnliebe und ihre Götter entwürdigten wie sich selbst durch den Mythos von Ganymed.”*²²

É o que também informa *Paul Veyne*, após dizer que os jovens romanos se desafiavam num estilo fálico.

“Ser ativo era ser macho, qualquer que fosse o sexo do parceiro passivo; havia, pois, duas infâmias supremas: o macho que leva a fraqueza servil a ponto de colocar a boca a serviço de uma mulher e o homem livre que não se respeita e leva a passividade (*impudicitia*) ao ponto de se deixar possuir. A pederastia, sabemos, constituía um pecado menor, desde que fosse a relação ativa de um homem livre com um escravo ou um homem de baixa condição; as pessoas divertiam-se com isso no teatro e vangloriavam-se disso na alta sociedade. Como qualquer indivíduo pode ter prazer sensual com o próprio sexo, a tolerância antiga levou a pederastia a difundir-se bastante e superficialmente: muitos homens com vocação heterossexual tinham assim um prazer epidérmico com meninos; também se repetia proverbialmente que os meninos proporcionam prazer tranqüilo que não agita a alma, enquanto a paixão por uma mulher mergulha o homem livre em dolorosa escravidão.”²³

Estariamos, assim, assistindo a um retorno aos paradigmas da Antigüidade? Estariamos vivenciando um novo Renascimento?

A esfera privada das relações conjugais começa a repudiar a interferência do público. O casamento, que na Antigüidade era fenômeno privado, talvez volte a sê-lo, dentro em breve. Hoje já há, em vários países, leis que procuram regulamentar a dita união estável, sem, no entanto, torná-la objeto de extremado dirigismo estatal. A autonomia privada inicia uma reconquista de territórios perdidos. A família deixa o código, rígido e excludente, e passa a habitar a sede dos princípios constitucionais e do pluralismo legal:

²² ENGELS, Fiedrich. *Op. cit.*, p. 78.

²³ VEYNE, Paul. *Op. cit.*, p. 197-198.

uma lei para cada situação, visando a maior elasticidade e, apesar de superficialmente contraditório, a menor interferência do público no privado.

O estudo da história é fundamental para que não se reinvente a pólvora, ou mesmo a roda. É nele que se pode observar que as mudanças atuais do paradigmas familiares encontram ressonância no passado.

O momento atual é, no entanto, rico para o sociólogo, o antropólogo, o psicólogo, o filósofo e para o jurista. As mudanças são muito rápidas e, por vezes, estonteantes. Só não se deve assistir a elas de modo passivo, não participativo, mas analisá-las, buscando sua incorporação pacífica e enobrecedora para o ser humano.

BIBLIOGRAFIA

- COULANGES, Fustel. *A cidade antiga*. 9. ed., Lisboa: Livraria Clássica, 1957.
- DINIZ, Arthur. *Novos paradigmas em direito internacional público*. Porto Alegre: Fabris, 1995.
- ENGELS, Fiedrich. *Der ursprung der familie, des privateigentums und des staats*. Berlin: Dietz Verlag, 1987.
- FOWLER, W. Warde. *Social life at Rome in the age of Cicero*. New York: Macmillan, 1937.
- GRZEGORSCZYK, Christophe. Évaluation critique du paradigme systémi- que dans la science du droit. In: *Archives de Philosophie du Droit*. le système juridique. Paris: Récueil Sirey, 1986, v. 31.
- JACQ, Christian. *Initiation à l'égyptologie*. Paris: La Maison de Vie, 1994.
- KERSTEN, Holger. *Jesus viveu na Índia*. 3. ed., São Paulo: Best Seller, 1988.
- MARTIN, Thomas R. *Ancient Greece*. New Haven and London: Yale University, 1996.
- MOMMSEN, Theodor. *Römische Geschichte*. Essen: Emil Volmer, (s.d.).
- NICHOLAS, Barry. *An introduction to roman law*. New York: Oxford, 1962.
- ROUCHE, Michel. Alta idade média ocidental: o corpo e o coração. In: *História da vida privada*. Coleção dirigida por Philippe Ariès e Georges Duby. São Paulo: Cia. das Letras, 1990.
- TALAMANCA, Mario *et al.* *Lineamenti di storia del diritto romano*. Milano: Giuffrè, 1989.
- VEYNE, Paul. O império romano: a casa e seus libertos. In: *História da vida privada*. Coleção dirigida por Philippe Ariès e Georges Duby. São Paulo: Cia. das Letras, 1990.
- WELLARD, James. *The search for the Etruscans*. London: Cardinal, 1973.

ALÉM DOS FATOS E DOS RELATOS: UMA VISÃO PSICANALÍTICA DO DIREITO DE FAMÍLIA

Maria Antonieta Pisano Motta

Psicóloga, Psicanalista
Ex-Presidente, Co-Fundadora e Conselheira do Instituto Brasileiro
de Estudos Interdisciplinares de Direito de Família
Mestranda em Psicologia Clínica pela PUC/SP

Sumário

1. Amor, Direito e Psicologia.
2. A interdisciplina e os assuntos de casal.
3. O casamento de amor.
4. Desamor e descasamento.
5. O paradigma litigante e a projeção dos aspectos intoleráveis no outro.
6. O advogado psicólogo e o psicólogo advogado.
7. Bibliografia.

A partir da lei da interdição do incesto, fundadora de nosso psiquismo e da inserção dos seres humanos no mundo da cultura, as leis têm surgido e variado de acordo com os usos e costumes de cada época.

Temos observado que as mudanças por que tem passado a família e sua conceitualização começam a refletir na doutrina e na jurisprudência, tanto nas discussões sobre a paternidade moderna em sua concretização nas reproduções assistidas, nas inseminações homóloga e heteróloga, como nas novas idéias sobre o concubinato e outras formas de união estável (tal como a que une casais homossexuais), bem como nas digressões importantes sobre a inexistência da culpa na separação ou nas considerações sobre a “barriga de aluguel”, ou ainda as adoções tardias e assim por diante.

A mudança dos usos e costumes, da moralidade, da ética e da lei nos remete às mudanças intrapsíquicas do homem, num modo contínuo incessante e que nos revela a necessidade de ininterrupto questionamento e incondicional abertura e flexibilidade para encarar os fatos humanos, pensar a respeito deles.

A criatividade e a capacidade polimorfa da mente humana nos obrigam à constante revisão de nossas posições e crenças, sem o que somos cativos de preconceitos e posturas apriorísticas, que nos distanciam da realidade dos fatos e da verdadeira possibilidade de compreendê-los e neles interferir, de maneira sensível e proveitosa para todos os envolvidos.

1 AMOR, DIREITO E PSICOLOGIA

Não sem razão, freqüentemente os autores iniciam seus trabalhos sobre amor, casamento ou separação introduzindo o mito da origem do homem, relatado por *Aristófanes* em *O banquete*.

A imagem do homem criado pelos deuses como ser andrógino, circular e auto-suficiente presta-se maravilhosamente à nossa aspiração de plenitude e independência total.

Da mesma forma, o castigo imposto a esses seres, pelos deuses que os separam em duas metades complementares, não poderia nos oferecer melhor imagem daquilo que em nós representa a busca pelo complemento, pela parte que nos falta, pela nossa cara-metade, a qual durante os conflitos e a separação transforma-se quase sempre numa metade tão cara, tão dispendiosa!

Começamos falando de amor e terminamos sempre falando de dinheiro. Realidade difícil, mas compreensível se entendermos o caminho trilhado desde o sonho construído a dois, no qual o par se basta para viver na mais plena felicidade, e percorrermos todas as decepções, chegando às necessárias indenizações que cada um sente merecer por ter sido enganado, ludibriado, traído.

Como disse alguém: o “meu bem” do namoro transforma-se em “meus bens” depois da separação, pois neste momento cada um quer resgatar o que acha que lhe pertence e que foi tomado pelo outro num momento de distração, de relaxamento, de engano.

Cada um quer ser indenizado pelo “prejuízo” sofrido em nome do amor que acabou, e assim o dinheiro torna-se pleno de significações simbólicas. Transforma-se em prêmio e castigo que as pessoas feridas não hesitam em usar para dar vazão às suas mais inconfessáveis emoções.

Vicissitudes da sexualidade, diriam os analistas, e fazemos bem em ouvi-los e tentar entender do que falam, pois não se referem certamente àquilo que, como leigos, entendemos por sexualidade. Na teoria psicanalítica, “sexualidade” não designa apenas as atividades, e o prazer delas decorren-

te, que estejam conectadas ao aparelho genital, e sim uma série de atividades e excitações presentes desde a infância, e que têm grande importância no desenvolvimento da vida psíquica do ser humano.

É sobretudo a existência de uma sexualidade infantil, a qual, para *Freud*, atua desde o princípio da vida, que vem alargar o campo daquilo a que chamamos de sexual. Sexual que não é redutível ao genital, tal como o psiquismo não o é ao consciente.

Referindo-nos de fato àquilo que nos move e nos comove, àquilo que nos dá a vida, referimo-nos à energia sexual, à energia da libido.

Quando *Freud* a descobre, é sempre sob a forma de “desejo”, que, diferentemente do amor, está em estreita dependência de um suporte corporal determinado e, ao contrário da necessidade, faz com que a satisfação dependa das fantasias que determinam a escolha de objeto e a articulação do comportamento.

É o desejo, o impulso para a vida, que ao mesmo tempo nos remete à falta e à necessidade de completude. Ele nos faz amar, aspirar, esperar. É porque estamos vivos, engajados em incessante busca, que nos apaixonamos, nos casamos, nos desiludimos e nos separamos, sempre orientados pela vivência que todo ser humano tem dentro de si, da falta inexorável e que não conseguimos preencher, porque resulta da vivência de união fusional monádica dos primórdios de nossa existência. É esta vivência, fusional, recalcada, irrepresentável psiquicamente, que se constitui no cerne pulsional de todo o desejo humano.¹

Ao nos depararmos com a separação de um casal, não estaremos mais falando de patrimônio no sentido estrito do termo, estaremos nos referindo, sim, às perdas emocionais, aos lutos afetivos pela morte de um projeto a dois, pelos sonhos acalentados e não realizados, por tudo aquilo que depositamos no nosso parceiro e que verificamos não ser nada além do reflexo de nosso próprio desejo de completude.

A Psicologia, e muito especialmente a Psicanálise, através da possibilidade que nos oferece de conhecer e examinar os fenômenos da personalidade, dos sentimentos, dos conflitos e mazelas humanas, amplia nosso campo de estudo e intervenção para muito além das paredes do consultório e da prática da análise clínica. Da mesma forma, ela nos auxilia a ir além da aplicação fria e automática da lei, nos ensinando a considerar cada caso em suas especificidades.

1 CASTORIADIS, C. *A instituição imaginária da sociedade*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982.

A Psicanálise, como forma de abordagem dos fenômenos humanos, nos habilita a compreender e a desenvolver formas de ajudar pessoas que viram suas vidas entrar em colapso com o advento de uma separação. Ela pode nos ajudar a compreender a vida em sociedade e em família assim como a vida profunda, oculta e inconsciente de cada ser humano.

Ferenczy, em 29 de outubro de 1913, portanto há quase 86 anos, já se referia muito bem à influência da Psicologia naqueles que ele denomina de outros ramos das ciências do espírito, quando diz:

“O Direito resume em regras precisas os princípios aos quais os indivíduos devem adaptar-se se quiserem continuar sendo membros da sociedade. Essa adaptação é acima de tudo um processo psíquico, por conseguinte, de acordo com um ponto de vista mais geral, tanto o Direito quanto a Sociologia são de fato Psicologia aplicada e devem levar em consideração todos os fatos novos, todas as orientações novas que porventura apareçam em Psicologia.”

Vale ressaltar que o conhecimento que buscamos e tanto valorizamos não deve ter para nós um valor em si mesmo, e sim na possibilidade que nos abre, no que diz respeito ao desenvolvimento de ações preventivas de efeitos danosos.

2 A INTERDISCIPLINA E OS ASSUNTOS DE CASAL

No campo do Direito de Família, o tratamento interdisciplinar das questões tem se mostrado cada vez mais adequado e fecundo.

Se assumimos que ao tratar das ações relativas a assuntos de família falamos de emoções, de afetos e também do inconsciente incidindo sobre elas e, por consequência natural, do comportamento de cada um de nós, assumimos que a equipe ou o profissional que lida com assuntos de família deve funcionar como uma “continência” afetiva, pois ocupará certamente o lugar de objeto transferencial da parte, do casal, ou da família como um todo.

Sua ação será incompleta se não tomar as pessoas em sua particularidade, ajudando-as a entrar em contato com seus desejos, temores, fantasias, preconceitos.

Isso não significa que o advogado deva transforma-se subitamente num psicólogo, mas que esteja atento aos “convites” para que participe das tramas

que as partes repetem sem jamais terem consciência delas, uma vez que as relações objetivas atuais reeditam as da primeira infância. Faz-se necessário também que advogados e juizes se conscientizem da ascendência que possuem sobre as partes, por ocuparem o lugar que é atribuído à lei, ao Estado, ao psicanalista, ao médico, ou a quem quer que as pessoas atribuam o “lugar do suposto saber” ou do “grande pai”, o qual sabe o que deve ou não autorizar, a quem e quando punir, a quem e como beneficiar ou proteger.

O valor profilático dessa ascendência está na sua utilização no sentido da ruptura do circuito litigante, o que implica, por sua vez, restituir às partes sua capacidade de exercitar seu bom senso, sua crítica e autocrítica dentro de padrões éticos mais elevados, na busca do melhor para si e para os outros.

A ação humanizada e humanizante por parte dos operadores do Direito implica uma restrição à família ou aos seus componentes, agora separados, de sua responsabilidade sobre suas vidas e de sua capacidade de encaminhar adequadamente a solução para seus conflitos.

O trabalho interdisciplinar implica uma referência direta à profilaxia. “Mais vale prevenir do que curar” tem-se revelado uma tendência mundial em ascensão na prática e no estudo de várias disciplinas ligadas ao homem. A inclinação a dar preferência à prevenção é evidente e deve ser cada vez mais fomentada. Suas vantagens são evidentes, pois qualquer desvio é mais fácil de retificar quanto mais prontamente ele é detectado. Por outro lado, uma vez arraigado ou cristalizado um problema, sua remoção será mais difícil, dolorosa e muitas vezes impossível.

Além disso, o custo econômico e social da prevenção é muito menor que o do tratamento, pois através dela se economizam energias úteis para a comunidade.

Investir em prevenção gera riqueza. Portanto, quando não há recursos ou idéias para fazê-lo, precisa-se “inventar” o tratamento ou a reabilitação, e isso incrementa o chamado “círculo de pobreza”.

Temos também o aspecto da economia interna ou intrapsíquica a ser considerado, pois quanto antes o problema for detectado, mais reduzida será a intervenção de quem pretende solucioná-lo, porque contará com um volume maior de recursos sadios, que permitirão à pessoa ou grupo corrigirem-se sozinhos com orientação ou menores intervenções do que as que devem ser aplicadas quando o grau de deterioração é maior.

Diante das considerações tecidas até aqui, podemos ter uma idéia da importância da capacitação profissional permanente para quem trabalha em família, uma capacitação que deve ampliar-se, incluindo as várias disciplinas

que, conjugadas, nos permitem ter uma visão mais completa da realidade dos fatos. A existência de uma mesa como esta, interdisciplinar, num contexto de Direito de Família, fala-nos da visão e da coragem de seus organizadores, especialmente do Doutor *Rodrigo da Cunha Pereira*, que nos fez o convite. No Direito de Família o tratamento interdisciplinar das questões tem se mostrado cada vez mais adequado, e revelado resultados animadores no que tange ao respeito e à manutenção da dignidade dos envolvidos nessas questões.

Não se pode fazer justiça se não se contempla a individualidade e ao mesmo tempo a relação entre indivíduos.

Parafraçando, portanto, o Doutor *Rodrigo*, diríamos que a partir do momento em que *Freud* nos mostrou a existência do inconsciente, as noções que se referem somente ao campo da objetividade devem ser repensadas.

3 O CASAMENTO DE AMOR

O casamento por amor passa a ser uma possibilidade a partir do século XVIII, na Europa. A generalização do amor como pré-condição do casamento vai propor o amor feliz oficial, não mais à margem do casamento de interesse político e/ou econômico.

Entretanto, paradoxalmente, como nos explica *D'Incao*,² também é verdade que no regime por amor, por livre escolha, no casamento burguês, estão as maiores possibilidades de separação.

Encontramos nos autores várias explicações para que isso ocorra desta maneira. Uma das razões parece residir na dinâmica do enamoramento, melhor dito, na mecânica da paixão.

Ao se apaixonarem, as pessoas, tal como no mito, sentem ter encontrado a parte que lhes faltava e, ao encontrá-la, nada mais fazem do que projetar sobre o outro sua própria imagem ou a imagem de seu ideal; “inventa-se” o outro, tal como nos diz *Ramos*,³ e neste momento lhe agigantamos as qualidades e ignoramos os defeitos.

Sua imagem é um mosaico dos nossos desejos e do reflexo daquilo que apreciamos em nós mesmos. O outro nos completa, porque também possui

2 D'INCAO, M. A. O amor e a separação. In: I. Porchat (Org.). *Amor, casamento, separação: a falência de um mito*. São Paulo: Brasiliense, 1992.

3 RAMOS, M. M. *Amor conjugal e terapia de casal*. Trabalho apresentado no I Congresso Brasileiro de Terapia Familiar (s.d.).

aspectos que desejaríamos ter e porque acalentamos a esperança de apoderarmo-nos daquilo que nos seduz. O ser amado pode também revelar ao sujeito uma qualidade que ele desconhecia ou estava inseguro de possuir, preenchendo uma falta, um vazio, com sentimentos que acabam potencializando a auto-estima e autoconsideração.⁴

Neste momento as diferenças são vividas como complementares e as semelhanças, como aquela expressão direta da sorte em nossa vidas.

Tal como *Muzskat* bem descreveu: “O casamento de amor se caracteriza por uma demanda romântica de satisfação não apenas do corpo, mas do *coração* e do *espírito*.”

Neste contexto o prazer sexual é apenas um dos requisitos do amor conjugal, pois esperamos ainda ternura, afeição, carinho, sem dispensar a comunhão do pensamento e das idéias para satisfazer nosso intelecto. Ao mesmo tempo, esperamos poder manter a individualidade que o homem moderno tanto preza, na qual o si mesmo é social e pessoalmente supervalorizado, defendido através de projetos e realizações personalizadas.

Capturados pela sobrecarga imposta por demandas tão contraditórias de sermos livres e independentes e vivermos harmoniosa e completamente ligados ao outro, o casamento se nos apresenta como missão impossível.

Entende-se facilmente por que o casamento por amor está muito mais sujeito às separações do que o casamento por interesse, em que as condições “contratuais”, as expectativas estavam muito mais claras e melhor circunscritas, com menor incidência do subjetivo, das fantasias a influenciar as vicissitudes da relação.

Entende-se, também muito facilmente, por que, ao tentarmos abordar estas questões, no momento da separação, como meramente patrimoniais, encontramos dificuldades de compreender por que as ações se arrastam por tanto tempo, por que o casal não consegue acordo sobre coisa alguma, por que usam os filhos para atacarem-se mutuamente. Nossa incompreensão, por sua vez, faz com que insistamos na objetividade de algo que pouco ou nada tem de objetivo, e com isso reforçamos a existência do paradigma do litígio, sem conseguir instaurar o paradigma do consenso.

Esse ideal de casamento, desejado tanto pelos homens como pelas mulheres de nossa sociedade, tem promovido muitos encontros e também desencontros, gerando dificuldades, seja na escolha, seja na manutenção de um parceiro.

4 MUZSKAT, M. E. Descasamento: a falência de um ideal. In: I. Porchat (Org.). *Amor, casamento, separação: a falência de um mito*. São Paulo: Brasiliense, 1992.

Segundo *Muzskat*,⁵ “conviver com a ilusão desse ideal de *par amoroso* uno e inesperável é incompatível com os limites de qualquer relação saudável”.

Segundo a autora, esse tipo de idealização cria uma frustração permanente que sobrecarrega a relação, prejudicando o nível de satisfação que ela possa oferecer.

Quando essa sobrecarga torna-se insuportável, conclui-se erroneamente que há algo errado no casamento, sendo que nesse tipo de avaliação confunde-se a insatisfação pessoal com o fracasso matrimonial.

Quando se rompe a idealização, o parceiro cai do pedestal diretamente para o inferno, e tudo aquilo que antes era graça ou excentricidade torna-se insuportável e esquisito.

A leveza e o descompromisso joviais transformam-se em intolerável irresponsabilidade, e aquele que era o representante de todos os ideais transforma-se na imagem de tudo o que mais odiamos.

Entretanto, a escolha do parceiro foi nossa e, continue ele nos atendendo ou não no presente ou no futuro, ele certamente nos atendeu em nossas necessidades subjetivas, nem sempre conscientes e que nem sempre reconhecemos no momento da separação.

Quando o amor chega ao fim, e com ele o casamento, dizemos repetidamente que nos enganamos e que fomos enganados.

É nestas circunstâncias que o advogado, o juiz, o psicólogo, o assistente social recebem a “vítima”, que tingem sua história com cores tão berrantes que somos automaticamente incitados a tomar partido: se há uma vítima e um algoz devemos nos esforçar por protegê-la, assim como providenciar a merecida punição para o algoz. Desta forma, unem-se e potencializam-se o pedido consciente de um ser ferido, decepcionado, que se sente atraído, com o paradigma do litígio que vive na formação de todos nós e muito especialmente naquela dos operadores do Direito.

Há alguém que pede para ser defendido e para ser vingado. Está numa guerra da qual quer sair vencedor e conclama seu advogado a oferecer-lhe o armamento que deve ser tão mais pesado quanto mais pesadas estiverem sendo a dor, o rancor e o ódio. O advogado tem em sua formação o ideal de lutar pelo seu cliente e fazê-lo vencedor...

A perfeição exaltada pela noção de amor de que fomos imbuídos foi por terra e o pacto estabelecido entre os pares já foi esquecido, abandonado num canto empoeirado do passado.

5 MUZSKAT, M. E. *Op. cit.*

Rompido o pacto, todos os que se aproximam são conclamados a tomar um partido, o que só será possível se ignorarmos que as mazelas, os conflitos e as idiossincrasias pertencem ao par e são ao mesmo tempo de cada um, e que estas mesmas idiossincrasias buscaram e encontraram, durante algum tempo, acolhida e complementaridade no casamento.

Uma visão menos ingênua e mais ampliada do casal e de sua responsabilidade, seja no casamento, seja na separação, instrumentaliza-nos mais adequadamente para atuarmos de modo profícuo nas questões em que os casais nos envolvem, habilitando-nos inclusive para a prática da profilaxia.

4 DESAMOR E DESCASAMENTO

O desamor está presente no final do casamento e parece estender-se aos filhos, quando eles se transformam em um e talvez no principal elemento de disputa entre os cônjuges.

Quando a cotidianidade rompe as ilusões, o casal vê-se obrigado a lidar com as diferenças. Este é o momento em que a paixão transforma-se em amor se o par conseguir tolerar suas frustrações e aceitar e respeitar o outro, se puder reconhecer que, além das perdas, a relação trouxe ganhos, se puder dialogar e negociar as diferenças, inclusive quanto aos projetos individuais.

Desejos, projetos, demandas diferentes trazem e radicalizam o conflito, se não houver disposição ao diálogo e ao acordo. O que temos observado é que a baixa tolerância à frustração, o pouco compromisso com a continuidade do casamento, aliados à idealização deste como um relacionamento que deveria suprir todas as faltas do par, têm sido responsáveis pelo número crescente de separações.

Quando um casal começa a conviver, deve elaborar uma quantidade de acordos, necessários para qualquer dupla que viva em íntima associação.

Deve fazer acordos sobre novas maneiras de lidar com suas famílias de origem, seus pares, os aspectos práticos da vida em comum e as diferenças sutis e não sutis que existem entre eles como indivíduos.

Segundo Sager⁶ existe em todo o casal um contrato prévio ao matrimônio, expresso ou tácito.

6 GOTTLIEB, D.; CLAFIN, E. *Assuntos de família: dos desencontros à união afetiva*. São Paulo: Saraiva, 1993.

Também para Puget e Berenstein,⁷ um vínculo é estabelecido a partir de estipulações equivalentes a um contrato inconsciente. Ele se realiza mediante acordos e pactos inconscientes.

Os *acordos inconscientes* são o resultado de um tipo de combinação entre aqueles aspectos compartilháveis, partindo de cada um dos espaços mentais dos sujeitos, e resultam do desdobramento da tendência a unificar seus funcionamentos mentais e vinculares. Como combinação, configura-se nova organização ou unidade mental e vincular, distinta de mera soma de ambos, com base em uma complementaridade extensa, a qual deveria ser eficaz para sustentar um crescimento vincular, porque de outra maneira levará à repetição de modelos primitivos.

Os pactos inconscientes, apesar de poderem reforçar os acordos, tendem a especificar elementos diferentes, provenientes do espaço mental incompartilhável de cada ego. Compartilhar o incompartilhável obriga os egos a realizarem uma série de concessões para, dessa maneira, pactuar, satisfazer o desejo do outro, colocando-se em posição favorável. Neste sistema o desejo não é compartilhado.

Trata-se de dois desejos distintos, realizados graças à ajuda do outro integrante do casal, para sustentar a complementaridade do tipo sucessividade.

Com o casamento juntam-se duas individualidades, cuja constituição complexa traz para o relacionamento necessidade de diálogo e modificações constantes das expectativas e acordos mútuos, o que também implica uma certa flexibilidade para que a “negociação” entre ambos seja possível.

Vincular-se cotidianamente é a difícil tarefa de ter de conter paradoxos, contradições e frustrações que, por outro lado, são elas mesmas a estruturar a vincularidade.

5 O PARADIGMA LITIGANTE E A PROJEÇÃO DOS ASPECTOS INTOLERÁVEIS NO OUTRO

O consenso, em que não há perdedores, é, entretanto, um paradigma a ser conquistado pelo casal ainda na vigência do casamento para garantir a estabilidade do mesmo.

Por outro lado, a luta pela instauração deste paradigma quando o casamento já chegou ao fim, de nosso ponto de vista, depende muito mais dos profissionais envolvidos no conflito e na sua resolução.

7 PUGET, J.; BERENSTEIN, I. *Psicanálise do casal*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1994.

No momento da separação cada parte refere o motivo de suas desavenças e da impossibilidade de convivência.

A projeção no outro e a negação em si mesmo dos motivos que conduziram à separação são mecanismos que tentam evitar a vivência do fracasso, a dor de reconhecer a participação ativa e direta de cada um naquilo que não deu certo.

Quando os operadores da separação pensam num culpado e num inocente e orientam suas ações norteados por este princípio, entram num jogo perigoso e quase sempre inconsciente e o fortalecem aprofundando fissuras, distanciando as pessoas, impedindo o diálogo e incentivando o uso de tudo o que estiver ao alcance para atacar o inimigo e vencê-lo.

Triste constatar que as armas mais poderosas e quase sempre à mão são os filhos, bem maior do casal e única razão que o obrigará a conviver no mínimo decentemente até o resto de seus dias.

A Psicanálise permite que compreendamos os fatos inconscientes que exercem influência sobre as vicissitudes do vínculo existente entre o casal. Com isso, poderá ser útil em nos fornecer subsídios para que nossa atuação possa transformar situações de sofrimento e dor repetitivos e prolongados, muitas vezes, em ações judiciais que, longe de solucionar os conflitos, aprofundam cada vez mais o fosso da incompreensão e da discórdia.

Para *Puget e Berenstein*,⁸ há parâmetros socioculturais que são definidores da relação do casal. Além deles, também o são a conjugação das representações mentais infantis que vão formar o “objeto casal” introjetado pelo casal. Dentro destes parâmetros os autores enfatizam fortemente aquele constituído pelo projeto vital compartilhado.

Este projeto implica a ação de reunir no casal representações de realização e de conquista no futuro. Se por algum motivo perde-se o projeto e o casal não compreende o que foi perdido com ele, o vínculo se patologiza, podendo produzir separações, com a expectativa de eludir o problema fantasiando um novo projeto, sendo este confundido com um novo parceiro.

A presença das representações mentais, das fantasias, de nosso mundo interno no vínculo de um casal é marcada e inegável. O nível fantasmático se apresenta na construção do outro como bom ou mau, de acordo com as fantasias vigentes no aparelho psíquico de cada um.

Nível fantasmático que é facilmente perceptível quando podemos vislumbrar, por detrás de um inadimplemento alimentar, um homem que se sente

8 PUGET, J.; BERENSTEIN, I. *Op. cit.*

excluído pela mulher do contato e da convivência com os filhos, que se sente impedido de participar de sua educação e da construção de seus destinos.

Nível fantasmático que é ignorado quando, em vez de sermos facilitadores do diálogo e da compreensão, enxergamos neste mesmo homem um algoz a ser punido.

Nível fantasmático que é retomado quando nos preocupamos com as conseqüências sobre os filhos da prisão do pai, ou da perda da mãe quando o pai decide requerer sua guarda como forma de vingança sobre a ex-esposa que voltou a se casar.

Nível fantasmático que é novamente abandonado quando afirmamos que as crianças não compreendem nada ou quando fortalecemos a mãe que impede a visitaçãõ e que incita os filhos contra o pai, denegrindo-o, alegando racionalizações que dificilmente ocultam seu rancor e ódio por ter-se sentido abandonada.

Não podemos perder a oportunidade de ressaltar que essas são ótimas ocasiões para que retomemos nosso próprio mundo fantasmático, aqueles dos profissionais, para tentar ver como nos constituímos como pessoas. Como é a criança dentro de nós, que visãõ temos dela e de sua relação com as imagens que internalizamos de nossos pais e de seu relacionamento.

Inútil querermos ignorar nossa própria contingência como seres psíquicos, cuja formação, estrutura e dinâmica mentais estarão presentes em nosso comportamento, inclusive nas posições que tomamos como profissionais.

Os “fantasmas” estão dentro de nós e muito podem nos ajudar se deles tivermos algum conhecimento. Caso contrário, nos assombrarão e dirigirão nossas vidas sem que tenhamos possibilidade de com eles dialogar.

Não podemos, por exemplo, nos furtar a questionar as conseqüências psicoemocionais da busca e apreensão de filho, assim como das motivações psicológicas conscientes e inconscientes de quem faz uso da medida. Da mesma forma, não podemos ignorar as conseqüências das ações sobre a psique das crianças envolvidas.

Tal como já dissemos:⁹

“... As justificativas racionais ou legais utilizadas para sustentar sua aplicação ocultam outras motivações, freqüentemente de cunho

9 MOTTA, M. A. P. Busca e apreensão de filho: uma medida de proteção? *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, abr./jun. 1999.

emocional, sejam elas conscientes ou inconscientes, mas que pouco dizem respeito aos filhos ou à defesa de seus interesses e que se refere muito mais aos pais e aos problemas relativos a conflitos conjugais não resolvidos.”

Nas questões jurídicas como pensão alimentícia, regulamentação e prática do esquema de visitas, revisional ou atribuição de guarda, a compreensão mais aprofundada e a solução adequada só serão alcançadas se considerarmos os fatores emocionais nelas envolvidos.

Muito freqüentemente, os filhos são usados como justificativa para a tomada de certas medidas legais, através das quais se deseja supostamente defender seus interesses.

O exame mais detido nos revela, de fato, aspectos que se referem à criança que existe dentro de cada uma das partes e que busca atender às suas necessidades psicológicas ditadas pela relação que tiver com cada um de seus próprios genitores e com ambos como casal.

6 O ADVOGADO PSICÓLOGO E O PSICÓLOGO ADVOGADO

Nas ações judiciais, assim como na psicoterapia, não devemos impor à pessoa valores que são nossos e da cultura, insistindo para que aceite de fora para dentro aquilo que para nós seria a melhor solução para seu sofrimento.

A parte, assim como o paciente, deverá ser auxiliada a fazer suas próprias descobertas, o que lhe permitirá transformações a partir de dentro, tornando o produto do trabalho a dois algo realmente dela.

Da mesma forma, a substituição do paradigma bélico (resolução do conflito através de batalhas das quais um sairá vencedor e outro, vencido) pelo paradigma da conciliação, por meio da trégua, faz-se necessária para que se possa levar as partes em conflito a atuar pela busca da mudança, do crescimento e da evolução das relações, como o analista que, ao entrar no espaço vivencial do paciente sem pretender transformá-lo, acompanha as transformações sem que lhe diga o que deve fazer e o que lhe está proibido.

Deve permanecer no horizonte o conhecimento de que todos têm suas razões, pois, como vimos, não há relação interpessoal sem que haja pelo menos dois a contribuir com seu desejo, suas limitações, idiosincrasias e, por que não, suas neuroses.

Nossa tarefa como operadores das vicissitudes do casal, sendo psicólogos, assistentes sociais, advogados ou juizes, está em compreender a situação geral e não perder de vista os maiores interesses que são os das crianças envolvidas.

Não cabe a nós dar razão a este ou àquele, uma vez que a razão está em todos os lugares e ao mesmo tempo não se encontra em lugar algum. Cabe-nos, sim, ajudá-los a abrir clareiras, ao invés de trincheiras, a buscar tréguas, ao invés de incentivar batalhas ou guerrilhas, para que os auxiliemos a serem capazes de cooperar individualmente para a realização do todo.

Nosso trabalho consiste em que lhes forneçamos instrumentos que ampliem sua visão das coisas, criando um clima favorável para que a tratativa dos litígios interpessoais seja substituída pela integração de demandas e necessidades, tal como o analista deve proceder com o seu paciente no que diz respeito ao conflito/litígio intrapsíquico.

7 BIBLIOGRAFIA

- CASTORIADIS, C. *A instituição imaginária da sociedade*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982.
- D'INCAO, M. A. O amor e a separação. In: I. Porchat (Org.). *Amor, casamento, separação: a falência de um mito*. São Paulo: Brasiliense, 1992.
- FERENVZY, S. Importância da psicanálise na justiça e na sociedade. In: *Obras completas: Psicanálise II*. São Paulo: Martins Fontes, 1992.
- GOTTLIEB, D.; CLAFIN, E. *Assuntos de família: dos desencontros à união afetiva*. São Paulo: Saraiva, 1993.
- LAPLANCHE, J.; PONTALIS, J. B. *Vocabulário de psicanálise*. São Paulo: Martins Fontes, 1970.
- MOTTA, M. A. P. Busca e apreensão de filho: uma medida de proteção? *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, abr./jun. 1999.
- MUZSKAT, M. E. Descasamento: a falência de um ideal. In: I. Porchat (Org.). *Amor, casamento, separação: a falência de um mito*. São Paulo: Brasiliense, 1992.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família: uma abordagem psicanalítica*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- PUGET, J.; BERENSTEIN, I. *Psicanálise do casal*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1994.
- RAMOS, M. M. *Amor conjugal e terapia de casal*. Trabalho apresentado no I Congresso Brasileiro de Terapia Familiar (s.d.).

3

DIREITO, AMOR E SEXUALIDADE

Rodrigo da Cunha Pereira

Advogado

Presidente do Instituto Brasileiro
de Direito de Família

Conselheiro da OAB/MG

Professor de Direito de Família da PUC/MG

Mestre em Direito Civil/UFMG

*“O amor não está em ferver bruscamente
nem está em acender uma fogueira
mas no que há por trás
das montanhas do peito.”*

Maiakóvski

Sumário

1. Introdução. **2.** Mulher honesta. **3.** A subjetividade do juiz. **4.** Sexo legítimo e ilegítimo. **5.** O sujeito desejanste. **6.** Conclusão: toda demanda é de amor.

1 INTRODUÇÃO

A primeira lei de qualquer organização social é uma lei do Direito de Família: a proibição do incesto. Esta é a lei básica e estruturadora das relações sociais. É somente a partir deste interdito que alguém pode tornar-se sujeito. É com esta interdição primeira que se faz possível a passagem do estado de natureza para a cultura e, conseqüentemente, estabelecem-se as relações sociais e os ordenamentos jurídicos.

Se a lei básica da família tem sua origem em uma proibição sexual, conseqüentemente toda a organização jurídica sobre ela gira em torno da sexualidade. Portanto, falar de Direito de Família é falar de sexualidade,

afetos e conseqüências patrimoniais daí decorrentes. Esse ramo da ciência jurídica é, principalmente, a tentativa de organização dessas relações, para tornar possível e viabilizar a organização social maior que é o Estado.

No plano da construção teórica do Direito de Família, a questão de fundo, ou de cerne, gira sempre em torno da tentativa de organização e regulamentação das relações de afeto e do estabelecimento de parâmetros mínimos para aquilo que *Freud* disse ser a satisfação mais forte do ser humano: a sexualidade. E o Direito legisla sobre isso, estabelecendo o que é legítimo e o que é ilegítimo em termos de sexualidade.

Devemos entender a sexualidade em seu sentido mais amplo e profundo para não reduzi-la apenas à genitalidade, que seria um empobrecimento da compreensão das relações humanas. Sexualidade, como tão bem já nos revelou *Freud*, é uma dimensão presente na totalidade da existência humana. A energia libidinal é o que dá vida à vida. Faz-nos trabalhar, produzir, criar e descansar, amar e sofrer, ter alegria, prazer e dor. É o *desejo*. Este começa com a vida, termina com a morte e sustenta-nos por toda vida. Começou a vida, instalou-se o desejo. Acabou o desejo, acabou-se a vida. É ele que mantém vivo o “arco da promessa”.

Associado a essa tentativa de organização jurídica das relações de afeto está o elemento ideológico, que vem, através até de uma moral sexual, determinando relações de poder e revelando as posições subjetivas dos operadores do Direito. A moral sexual civilizada adotou o paradigma da moral masculina, na qual as restrições são feitas principalmente às mulheres.

2 MULHER HONESTA

O sistema patriarcal estabeleceu, e estabelece ainda, uma relação de poder entre os gêneros, a partir da divisão sexual do trabalho. Esta dominação de um sexo sobre o outro deixou marcas em nossa cultura que, até hoje, espalham seus significados e significantes (para usar uma expressão da lingüística de *Saussure* e *Lacan*). Assim, as palavras vieram significando comportamentos, condutas, e o Direito, absorvendo isto, passou a expressá-las em seus textos legislativos.

Ainda vigora no Código Civil brasileiro o artigo 1.744, inciso III, que determina como uma das causas de deserdação a “desonestidade da filha que vive na casa paterna”. É que, para o Direito, mulher honesta não significava mulher íntegra, decente, isto é, este vocábulo não é indicativo da honestidade da mulher no mesmo sentido em que o é para o homem.

Honesto é aquele homem que cumpre seus deveres, paga suas contas em dia etc. Nos costumes absorvidos pelo Direito, honesta é aquela mulher que tinha sua sexualidade controlada pelo marido ou pelo pai. Pouco importa se ela é cumpridora de seus deveres, se paga suas contas em dia. Os dicionários jurídicos no Brasil registravam que honesta era a mulher que tinha recato, por seus atos de decência.

Também em sentido oposto, temos a expressão “mulher pública”. Significa, para nós, aquela que tem uma conduta sexual duvidosa ou alguém que faz de sua sexualidade um mercado, ou seja, uma prostituta. Entretanto, quando falamos “homem público”, estamos dando um sentido quase contrário, ou seja, é aquele que tem sua vida dedicada à política, ou suas atividades voltadas para a *res publica*.

Em 1977, a Lei do Divórcio (n. 6.515) substituiu a expressão desquite por separação judicial. É que a palavra desquitada carregava o peso de um preconceito que passou a designar mais que um simples estado civil. Desquitada tornou-se significado de mulher “livre”, ou cuja conduta sexual era sempre colocada em dúvida. Da mesma forma, o legislador constituinte, em 1988, substituiu a expressão concubinato por união estável (art. 226) com a intenção de expurgar o preconceito desta palavra.

Até o advento da Constituição de 1988, os filhos havidos de uma relação extraconjugal não podiam ser registrados com o nome do pai. Para o Direito estes filhos “não existiam”. Esta hipocrisia era sustentada em nome de uma moralidade pública, com o fim de evitar a desestruturação ou a destruição da família. Fazia-se então a investigação da paternidade apenas para fins de alimentos. Aliás, esta e qualquer outra ação de investigação de paternidade gira sempre em torno da conduta sexual da mulher. Interessa saber, nesses processos judiciais, com quem ou com quantos homens ela teve relação à época da concepção do filho (investigante). Do suposto pai, pouco ou quase nada interessa de sua vida sexual. Ações desta natureza, pelo menos até o advento dos exames pelo método DNA, constituem, na realidade, uma devassa na vida sexual da mãe.

As expressões mulher à-toa, mulher de rua, mulher pública, mulher honesta deveriam deixar de ter o sentido de determinação de uma conduta sexual e moral e passar a designar aquelas que não têm emprego, não têm teto, exercem função pública e pagam suas contas em dia. Estas nomeações, ou designações, que um dia indicaram um comportamento sexual, ou a pecha de um bom ou mau comportamento, já começaram a veicular outros significados, estes ordenados numa dimensão significativa. Os dicionários

deverão modificar seus registros e o Direito já começou a fazer as adaptações a partir dos textos normativos pós-Constituição Federal de 1988. Estas mudanças têm um sentido muito mais profundo que a simples designação das palavras. É um passo adiante no entendimento das formas de dominação e controle da sexualidade de um gênero sobre o outro.

3 A SUBJETIVIDADE DO JUIZ

O maior mérito de *Freud* foi ter demonstrado ao mundo a existência e as formas de manifestação do inconsciente. Desde então, o pensamento contemporâneo começou a tomar outros rumos.

Todos os atos e fatos jurídicos com os quais nós, operadores do Direito, trabalhamos são predeterminados, determinados ou, no mínimo, influenciados pelo inconsciente. São as razões que a própria razão desconhece. Não se pode mais desconsiderar essa “razão” inconsciente que perpassa todos os atos e fatos jurídicos.

A subjetividade está presente também nos atos do juiz. Seu ato mais importante, a sentença, não está isento dela. Nesse sentido, podemos dizer que a neutralidade é um mito. Dois recentes julgamentos do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que falam sobre sexualidade, nos ajudam a esclarecer como essa subjetividade determina a objetividade do direito e de seus julgamentos.

Em 21.09.1993, a 1.^a Câmara Civil do TJMG negou pedido de anulação de casamento a um homem que descobriu que a mulher com a qual se casou não era virgem (Ap. 1.078/4). O fundamento do julgamento, contrário ao artigo 219, inciso IV, do Código Civil, muito acertado, é que o Direito é dinâmico e não pode ficar apegado à literalidade da lei. Em razão do princípio da igualdade entre homens e mulheres, ter-se-ia de conceder esse direito também às mulheres. Diante da impossibilidade de provar a virgindade masculina, não cabe mais no ordenamento jurídico brasileiro anulação de casamento em razão da não-*virgindade* da mulher, afirmou-se no acórdão.

Em 11.04.1994, a 5.^a Câmara Cível desse mesmo Tribunal, apesar da proibição do artigo 183, inciso XII, do Código Civil, autorizou o casamento de um jovem de 17 anos que havia “deflorado” uma mulher de 21.

A premissa do fundamento legal, também contrário à lei, é a mesma do caso anterior: o Direito não pode ser estático. Já que o rapaz havia deflorado a moça, seria melhor que se casassem, “evitando que possa ela vir a se prostituir” (Ap. 3.764/89).

Esses dois casos, que mais parecem do passado, ilustram bem como os julgamentos são permeados pela subjetividade do juiz e, portanto, como seus valores morais e suas concepções sobre sexualidade são determinantes. Em ambos, o pressuposto objetivo é o mesmo: o Direito é dinâmico, deve traduzir a realidade social e não pode ficar apegado à literalidade da lei. Entretanto, a fundamentação se deu inteiramente na ordem da subjetividade.

Cada julgador, com seus valores e concepções morais, é quem faz uma sentença. Os exemplos aqui trazidos vêm apenas demonstrar a presença da subjetividade no Direito e nos atos jurisdicionais.

Mas isso não tem nada de mais. Nem de novo, nem de velho. Os julgamentos sempre foram e continuarão sendo assim. A novidade é apenas o reconhecimento da subjetividade na objetividade. Em outras palavras: a partir do momento em que o Direito deixar de negar que os atos e fatos objetivos são perpassados pelo inconsciente e reconhecer a legalidade da subjetividade, poderemos estar mais próximos do ideal de Justiça.

4 SEXO LEGÍTIMO E ILEGÍTIMO

O Direito é um dos mais importantes instrumentos da inclusão e exclusão das pessoas no laço social. É o Estado, através de seu ordenamento jurídico, que prescreve as normas de apropriação ou expropriação da categoria de cidadãos. A história já demonstrou que estes critérios de inclusão e exclusão trazem consigo um traço ideológico que não pode mais ser considerado pelo Direito, sob pena de se continuar repetindo injustiças e reproduzindo muito sofrimento. Por exemplo, a mulher, no Brasil, só foi considerada cidadã pela Constituição da República de 1934, e deixou de ser relativamente capaz somente com a Lei 4.121, de 1962.

Como se vê, o estabelecimento de dominação de um gênero sobre o outro é um critério sexista, ou seja, de que um sexo é mais forte que o outro, e cuja referência, como já se disse, é um paradigma da ordem da sexualidade masculina.

É com base nesse paradigma masculino e em critérios ideológicos de dominação que o ordenamento jurídico legitima determinadas relações.

Foi assim que durante séculos, através da chamada moral sexual civilizada, o Estado proibiu ou permitiu determinadas práticas de relações sexuais. Aquilo que se permitiu é o que sempre foi considerado normal,

dentro de determinadas normas morais que acabaram se transformando em jurídicas. Portanto, sexualidade normal sempre foi aquela que se enquadrou dentro das normas jurídicas ou morais do Estado. É nesse sentido que se pode dizer que o Estado, ao permitir ou proibir, legitima ou ilegítima determinadas ações para enquadrá-las no campo do normal ou anormal. Por exemplo, sexo fora do casamento não era permitido, pelo menos às mulheres. Sexualidade saudável era somente dentro do casamento, pois era este quem legitimava as relações sexuais. Foi somente com a Constituição de 1988 que o Estado legitimou outras formas de família e outras formas de filiação, além daquelas constituídas através do casamento.

Portanto, o Estado, como legitimador ou ilegítimador das relações sociais, determina o normal e o anormal, inclusive as questões de natureza sexual, como a heterossexualidade, homossexualidade, prostituição etc.

5 O SUJEITO DESEJANTE

A partir da revelação ao mundo, no início deste século, por *Freud*, da existência do *inconsciente* e da teoria psicanalítica, a noção e a compreensão da sexualidade humana tomaram outra dimensão. Passamos, então, a compreendê-la de forma ampliada ao considerá-la muito mais da ordem do desejo que da ordem da genitalidade, como sempre foi considerada pelo Direito.

Se a sexualidade é da ordem do desejo, não se pode desconsiderar a existência de um *sujeito desejante*. Este sujeito desejante é quem pratica atos jurídicos, faz e desfaz negócios, casa, separa, tem filhos, sofre, tem alegria, enfim, emprega sua energia libidinal nas mais variadas formas do viver. Esta nova noção de sexualidade, associada às conseqüências da Revolução Industrial e ao declínio do patriarcalismo, redimensionando os papéis masculino e feminino, bem como à evolução do conhecimento científico, revolucionou o Direito de Família. Sexo, casamento e reprodução já não estão mais necessariamente vinculados um ao outro. É possível reprodução sem sexo, e casamento não é mais a única forma de relacionamento sexual legítimo ou saudável. Com a sexualidade considerada na ordem do desejo, passou-se a concebê-la como expressão do desejo. E assim, sexo legítimo não é mais apenas para reprodução, é permitido sexo para o prazer. E aí, novamente, deve intervir o Direito, a lei jurídica, para barrar excessos, pois se assim não se fizer, instalar-se-ia o caos como resultado de um gozo desenfreado.

E assim, um novo discurso sobre a sexualidade provocou mudanças radicais na família e, conseqüentemente, em seu ordenamento jurídico. A família, como núcleo econômico e de reprodução, perde a sua força para a instalação de uma entidade mais nuclear, em que o amor e o companheirismo são os elementos preponderantes. Foram legitimadas, então, outras representações sociais da família para além do casamento, como bem expressou o artigo 226 da Constituição da República: união estável e famílias monoparentais.

6 CONCLUSÃO: TODA DEMANDA É DE AMOR

A maioria dos processos judiciais em que nós, operadores do Direito, trabalhamos questões do Direito de Família em geral, traz em seu bojo um conteúdo de natureza sexual. Quando se investiga uma paternidade, acaba-se fazendo um verdadeira devassa na vida sexual da mãe; quase a totalidade das anulações de casamento gira em torno de temas de natureza e conteúdo sexual, como impotência, homossexualidade, frigidez, sexualidade desviada dos padrões “normais” etc; as discussões sobre guarda de filho e visitas trazem sempre à tona uma proibição ou impedimento ligado a uma moral sexual; os eternizantes processos de separação litigiosa, que acabam virando uma história de degradação do outro para encontrar um culpado, estão sempre associados a adultério ou conduta desonrosa, entrelaçados, geralmente, em um conteúdo moral e sexual.

O Direito de Família sempre foi assim e continuará sendo. É preciso, apenas, que tenhamos consciência de que todas essas demandas que se apresentam em forma e com conteúdo sexual vêm apenas falar do desamparo de cada um dos sujeitos demandantes. No fundo, o que se pretende em todos esses litígios e demandas judiciais é apenas não se deparar com o desamparo e o desamor. As demandas jurídica e judicial revelam outras coisas. Por trás de toda petição há sempre uma repetição de uma demanda originária que é de amor. Por isso se pode aqui invocar *Lacan*, quando ele diz: *toda demanda é uma demanda de amor*. As questões do Direito de Família estão sempre em torno do eterno desafio e essência da vida: dar e receber amor. Por isso podemos afirmar que o que sustenta o Direito de Família e o que se pretende ordenar juridicamente sobre a família são as relações de afeto e as conseqüências patrimoniais daí decorrentes. Como diz *João Baptista Villela*: *O amor está para o Direito de Família assim como a vontade está para o Direito das Obrigações*.

FAMÍLIA CONSTITUCIONALIZADA E PLURALISMO JURÍDICO

Carmem Lucia Silveira Ramos

Advogada

Mestre em Direito Privado/UFPR

Doutora em Direito das Relações Sociais/UFPR

Professora Adjunta de Direito Civil da UFPR

Professora de Direito Civil no Instituto Brasileiro de Estudos Jurídicos/IBEJ

Membro do Instituto dos Advogados do Paraná

Na virada do milênio, uma reflexão crítica acerca do modelo de sistema jurídico adotado pelo Estado brasileiro necessariamente abriga a contestação da perspectiva tradicional, que impôs um direito formalista, dirigido para a preservação dos valores e categorias fundamentais recepcionados pelos ordenamentos racionalistas liberais capitalistas.¹

Neste tema, a questão atinente às relações familiares é paradigmática: a família nuclear brasileira sempre foi plural, no plano social, tendo como fonte não apenas o matrimônio, mas também relacionamentos de fato, de variados perfis, relacionamentos estes que se manifestavam tanto imitando a família matrimonializada quanto paralelamente a união conjugal, engendrando, quando desfeitos, caso havidos filhos do relacionamento, famílias monoparentais.

Não obstante isto, a família brasileira foi unificada no casamento pelo Código Civil,² gerando uma disparidade entre o direito positivo e a realidade social, uma vez que foi excluída qualquer proteção jurídica a todas as demais manifestações e realidades familiares.

1 Na avaliação de *Antônio Carlos Wolkmer*, “trata-se da falência de uma ordem jurídica herdada do século XVIII, por demais ritualizada, dogmática e desatualizada que, em suas raízes, nunca traduziu as verdadeiras condições e intentos do todo social” (*Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. São Paulo: Alfa-Ômega, 1994, p. 80).

2 Segundo a justificativa apontada por *Orlando Gomes*: “O Código incorpora certos princípios morais, emprestando-lhes conteúdo jurídico, particularmente no direito familiar” (*Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. Salvador: Progresso, 1958, p. 23).

Isso evidencia ter o legislador brasileiro efetuado a cópia, sem nenhuma adaptação, de um modelo jurídico europeu, não coincidente com nossa realidade, na redação das normas de Direito de Família consagradas na codificação civil.

A origem desse modelo está no caráter monista que o discurso jurídico da modernidade adotou, instituindo um direito uno, harmônico e coerente, originado exclusivamente no Estado.

Nessa versão racionalista, o Direito é visto como um dado, que organiza politicamente a sociedade, tripartindo o Poder, confundindo-se com o próprio Estado.

A preocupação com o fortalecimento e a centralização do poder, características do liberalismo e dos Estados modernos, conduziu à unificação política. Por sua vez, a preservação desta unidade política erigiu a unidade legislativa como um de seus pilares.

Neste passo, a ideologia que embasou o Estado de Direito Liberal apóia-se em determinados princípios, em tese inarredáveis, respeitados como verdadeiros mitos.

Dentre estes princípios, dois não podem ser dissociados das correntes racionalistas do século XVIII: (1) a legalidade e (2) a completude.

A legalidade, a partir da qual se considera a produção das normas jurídicas exclusividade ou monopólio do Estado, traduz o monismo jurídico; a completude refere-se à abrangência das regras de Direito, pretendendo envolver toda e qualquer situação que venha a ocorrer no mundo social.

Nas sociedades *jurídicas* da modernidade, expressão usada no sentido de que nelas o Direito tem a pretensão de regular toda a vida social,³ o próprio sistema regula os modos de produção das regras jurídicas, uma vez que a lei comanda toda a e qualquer conduta humana – inclusive a atividade atinente à produção legislativa, recepcionando, no entanto, os fatos e atos que ocorrem no mundo real como *categorias* e *institutos* neutros e abstratos, que operam como fontes de produção do Direito e irão regular o comportamento das pessoas.

A completude faz parte da legalidade, pois significa que o Direito estatal, organizado num sistema coerente, no sentido de que nele não devem existir antinomias, conforme refere *Norberto Bobbio*,⁴ deverá ser capaz de regular

3 Cf. BARCELLONA, Pietro. *Il declino dello stato: riflessioni di fine secolo sulla crisi del progetto moderno*. Bari: Dedalo, 1998, p. 15 *et seq.*

4 *Teoria do ordenamento jurídico*. 4. ed., Brasília: UnB, 1994, p. 110.

toda e qualquer situação que ocorra na sociedade, estabelecendo uma rede de jurisdicação que tenta envolver em suas malhas toda a realidade, sem deixar nenhum vazio.⁵

A despeito do descompasso, verdadeiro divórcio – lenta e gradualmente reconhecido – entre as categorias jurídicas neutras e abstratas e a realidade cotidiana, tanto no que se refere ao modelo de ordenamento consagrado quanto no que tange aos princípios ideológicos em que este sistema se encontra fundado, a completude, traduzida na vedação do *déni de justice*, continua presente nos diferentes sistemas jurídicos racionalistas, como o brasileiro.⁶

A completude representa uma rejeição pelo pluralismo de fontes, reconhecendo como direito apenas o Direito estatal, independente de qualquer critério ou valor adotado na redação das normas, em respeito à certeza jurídica.

É consequência deste princípio o entendimento segundo o qual a tripartição dos poderes impede que o juiz, ainda que invocando a justiça, ou em nome da equidade, se substitua ao legislador, formulando ele próprio a regra de Direito aplicável ao caso concreto.⁷

Foi a partir dos princípios liberal-racionalistas que nosso Código Civil, respeitando rígida e literalmente o princípio da legalidade, desconsiderou a realidade brasileira, consagrando o matrimônio como fonte única da família.

O casamento, no entanto, sempre conviveu, no Brasil, com outras situações de fato: a união não matrimonializada entre casais, freqüente desde o período colonial,⁸ e a família monoparental socialmente caracterizada pela figura da mãe solteira e da mulher que foi abandonada pelo companheiro.

5 Na expressão de *Norberto Bobbio*: “Por ‘completude’ entende-se a propriedade pela qual um ordenamento jurídico tem uma norma para regular qualquer caso. (...) Em outras palavras, um ordenamento é completo quando o juiz pode encontrar nele uma norma para regular qualquer caso que se lhe apresente, ou melhor, não há caso que não possa ser regulado com uma norma tirada do sistema” (*Op. cit.*, p. 115).

6 Segundo o disposto no artigo 126 do Código de Processo Civil: “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.”

7 Neste sentido, julgado do Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Direito Processual* 50/159; acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo. RT 604/43.

8 Cf. FREYRE, Gilberto. *Casa grande & senzala*. 22. ed., Rio de Janeiro: J. Olympio, 1983, p. 66; VAINFAS, Ronaldo. *Moralidades brasílicas: deleites sexuais e linguagem erótica na sociedade escravista*. In: SOUZA, Laura de Mello (Org.). *História da vida privada no Brasil: cotidiano e vida privada na América portuguesa*. São Paulo: Cia. das Letras, 1997, p. 232-238.

Esta antinomia entre o contido no Código e a vida cotidiana engendrou o surgimento de um sem-número de relações familiares de fato, sem nenhum reconhecimento jurídico.

O divórcio entre o direito positivado na norma e a realidade vivida determinou o surgimento de uma série de situações de conflito e tensões sociais neste plano da vida de relação, que o próprio Direito tentou solucionar, contando, porém e para tanto, apenas com os mecanismos existentes no próprio sistema jurídico, tendo em vista o modelo monista, exclusivo e excludente adotado, de onde o caráter insuficiente e insatisfatório de muitas das soluções apontadas.

A revelação desta dissociação entre o Direito e a realidade, excluindo a ubiqüidade do Direito imaginada pelos juristas dogmáticos, pode ser localizada no pluralismo.

O pluralismo referido é aquele localizado na área da sociologia jurídica, em *Jean Carbonnier*, quando sustenta que o Direito estatal deve concorrer com ordens jurídicas independentes dele, uma vez que existem vazios de direito na sociedade.⁹

Transposto para o plano jurídico, o pluralismo, nas suas várias vertentes, tem como ponto em comum o reconhecimento da existência de um Direito de origem não-estatal, manifestado no cotidiano, na medida em que o sistema jurídico positivo entra em contato com a realidade social. Isto equivale a dizer que o Direito deve ser trabalhado interdisciplinarmente, passando de uma ordem à outra.¹⁰

Esta *juridicidade policêntrica*¹¹ pode ser localizada nas situações mais diversas, como no caso do conflito entre normas religiosas e de Direito leigo, em matéria de casamento e divórcio, ou em situações de fato envolvendo excluídos no Brasil, como a que se caracteriza nas favelas do Rio de Janeiro, que vivenciam um sistema legal interno distinto do sistema jurídico oficial.

Considerando o Direito não mais como um dado positivado nas normas jurídicas, mas como algo que se constrói dia após dia, admite-se a presença e a possibilidade da existência de espaços não envolvidos pelo Direito, ou de situações que com ele concorram, quebrando o monopólio da produção jurídica estatal.

9 *Flexible droit*: pour une sociologie du droit sans rigueur. 7. ed., Paris: LGDJ, 1992, p. 17-18.

10 Cf. RAMOS, Carmem Lucia Silveira. *Família sem casamento*: de relação existencial de fato a realidade jurídica. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 15.

11 Expressão adotada por WOLKMER, Antônio Carlos. *Op. cit.*, p. 322.

Esta situação de pluralismo legal evidencia que, embora todos os fenômenos jurídicos sejam fenômenos sociais, nem todos os fenômenos sociais são jurídicos.¹²

Numa outra perspectiva, o pluralismo revela as falhas do sistema jurídico posto e a insuficiência das fontes formais clássicas para trabalhar as relações interpessoais.

Assim é que a ficção, que via na produção jurídica monopólio do Estado, de modo gradual, muito lentamente, foi sendo superada no próprio Direito positivo, que, admitindo determinados temperamentos na idéia de completude, deixou de se colocar como auto-suficiente.

Esta mudança de rumo ocorreu à medida que as codificações engendradas no século XIX, direcionadas para a planificação global da sociedade, de que o Código Civil brasileiro é um exemplo tardio, traduzindo uma ética individualista, baseada na idéia de liberdade e igualdade, e, no plano econômico, vinculadas à apropriação capitalista de bens com o passar do tempo foram revelando-se instrumentos deficientes para atender às emergências sociais que se apresentaram.

Reconhecida paulatinamente no curso do século XX a historicidade e a vinculação necessária do Direito a um modelo sociopolítico-econômico, as falhas e o caráter ultrapassado das codificações foram aos poucos sendo assumidos pelo próprio Direito positivo, traduzidos, num primeiro momento, na edição de leis que foram designadas como extravagantes, por serem externas à codificação, as quais aos poucos foram sendo disseminadas, seguidas de estatutos especiais, regulamentadores de institutos ou situações específicos, até se chegar à regulamentação constitucional dos institutos básicos do Direito privado, inclusive da família.

No Brasil, a recepção de novos paradigmas em matéria de família, no sentido da rendição do Direito ao quadro multifacetário característico da realidade familiar, só veio a ocorrer, de fato, com a Constituição Federal de 1988.

No confronto de forças que se digladiaram na Assembléia Constituinte, o reconhecimento do pluralismo de fontes da família representou uma radical alteração de percurso no Direito posto, ao recepcionar no texto constitucional as relações interpessoais de natureza sexual entre casais não unidos pelo matrimônio, bem como as famílias monoparentais, embora também contenha uma

12 GAILLARD, Maurice. *L'intelligence du droit*. Paris: Les Éditions D'Organisation, 1992, p. 36.

incompletude, ante a dinamicidade da família em variar seu perfil, traduzindo o exercício do direito de liberdade dos que dela participam.¹³

Operou-se o que *Paulo Luiz Netto Lôbo* designou como a repersonalização das relações de família,¹⁴ mudança que *Sérgio Gischkow Pereira* considerou revolucionária.¹⁵

Neste contexto, o reconhecimento da família sem casamento significa uma quebra do formalismo, típico do Direito privado clássico, traduzido nas codificações oitocentistas.

Mais do que isso, a sedimentação do novo discurso jurídico nos últimos anos direciona para uma releitura da instituição familiar, com destaque para a valorização dos laços afetivos, traduzidos numa comunhão espiritual e de vida, em prol da dignidade e da solidariedade humanas.

O reconhecimento desta nova função da família – núcleo unido pela comunhão de afeição e de vida entre um homem e uma mulher, ou entre a mãe e seu filho, ou o pai e seu filho –, objetivando promover a dignidade humana,¹⁶ justifica que o Direito positivo unifique sua proteção, recepcionando, ao lado da família matrimonializada, a família originada fora do casamento e a família monoparental, bem como fundamenta a igualdade entre todos os filhos, independente de sua origem, sejam filhos biológicos, sejam havidos por adoção.

Qual seja: superando a noção liberal-burguesa da família como núcleo de apropriação de bens e as alianças envolvendo interesses de natureza exclusivamente econômica, os alicerces do grupo familiar passam a ser a afeição¹⁷ e a solidariedade.

Nesta linha, embora o pluralismo da família brasileira tenha sido recepcionado pelo Direito, a ideologização de um novo quadro familiar pelo texto constitucional, substituindo a sociedade conjugal patriarcal pela igualitária, superando a exclusão e o formalismo em matéria de união entre

13 A propósito do caráter plural da família brasileira atual e seu perfil de expressão do direito de liberdade: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família: uma abordagem psicanalítica*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 43.

14 A repersonalização das relações de família. In: BITTAR, Carlos Alberto (Coord.). *O direito de família e a Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 74.

15 Cf. Algumas questões de direito de família na nova Constituição. RT 639/252.

16 A propósito do papel da família na promoção da dignidade humana: TEPEDINO, Gustavo. Novas formas de entidades familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 326-327.

17 Referência à dimensão jurídica da afetividade na família encontra-se em FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 12.

casais e eliminando as discriminações aos filhos havidos fora do casamento, não teve o condão de reverter a atitude tradicional de falseamento da verdade familiar no Brasil.¹⁸

Se o reconhecimento das diversas formas de família pela norma constitucional há de ser comemorado, entre a regra idealizada e a efetiva proteção dessa nova família, contando-se apenas com os mecanismos tradicionais de operacionalização do Direito, previstos no sistema jurídico racionalista e neutro em vigor, há uma enorme distância.

Prova disso é que o modelo consagrado freqüentemente se mostra incapaz, inadequado e insuficiente para solucionar os conflitos de interesses que se manifestam na família brasileira atual.

Ademais, no plano da realidade, o texto constitucionalizado não conseguiu, num passe de mágica, garantir que os direitos e deveres referentes à comunhão de vida entre o casal passassem a ser, de fato, exercidos igualmente pelo homem e pela mulher, até em face das extraordinárias diversidades socioculturais que se manifestam pelo país afora.

No que diz respeito à família sem casamento, vista a questão exclusivamente pela perspectiva do modelo jurídico dominante, sua recepção pelo texto constitucional também não deixou de conter uma certa forma de exclusão.

Ainda que já se tenha asseverado que casamento e união estável foram colocados exatamente no mesmo plano como realidade familiar,¹⁹ considerada a família sem casamento como uma situação de fato, é possível sustentar que sua recepção pelo Direito implicitamente hierarquizou as realidades familiares em razão de sua origem, ao manter como modelo básico a família matrimonializada.

Uma vez que as situações de fato são realidades recepcionadas pelo Direito apenas a partir de seus efeitos, ainda que seus elementos e função coincidam com a relação de Direito correspondente, falta-lhes, no prisma do sistema jurídico racionalista, um momento genético,²⁰ ou um ato formativo gerador, para que possam ser enquadradas como instituição ou categoria jurídica.

18 Cf. RAMOS, Carmem Lucia Silveira. *Op. cit.*, p. 111.

19 Neste sentido, TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In: BARRETO, Vicente (Org.). *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 58.

20 Cf. FRANCESCHELLI, Vincenzo. *Il rapporti di fatto: ricostruzione della fattispecie e teoria generale*. Milano: Giuffrè, 1984, p. 213.

Neste passo, a família sem casamento é um projeto de vida em comum, em construção e inacabado por definição, conforme já referiu *Luiz Edson Fachin*,²¹ que, como tal, não se ajusta ao modelo de racionalidade jurídica, devendo ser antes provado no mundo dos fatos, para só depois surtir efeitos no plano do Direito.

É importante destacar, porém, que tais considerações não importam rejeitar que a família matrimonializada, a união estável e a família monoparental cumprem função análoga no plano social.

O reconhecimento da disparidade de tratamento jurídico, ora sustentado, corresponde a uma análise levada a efeito a partir de uma perspectiva interdisciplinar, e não exclui que a significativa mutação instituída na Constituição Federal, quando inseriu no seu texto as regras fundamentais do Direito de Família, eliminando a oposição entre o casamento, como instituição jurídica, e a família sem casamento, a partir da atribuição de efeitos jurídicos à situação de fato caracterizada na segunda, que batizou de união estável, operou no sentido de compatibilizar o que acontece no mundo real com as previsões estabelecidas pelo Direito positivo.

A busca das motivações para a recepção da realidade pelo Direito, pluralizando a família, leva a vários destinos.

Sem preocupação de percorrer todos os rumos, numa primeira paisagem encontra-se o perfil solidarista e assistencialista que o Estado brasileiro se atribuiu na Constituição de 1988, ainda que este assistencialismo e solidariedade tenham se revelado, na prática, valores apenas formais.

Não obstante esta ineficácia relativa, em matéria de família o cenário anterior foi radicalmente alterado, ensejando, a partir do texto constitucional, a edição de normas protecionistas à família sem casamento, bem como objetivando a preservação de direitos dos filhos havidos fora do matrimônio.

Uma outra reflexão conduz a sustentar que os novos caminhos do Direito de Família possuem uma outra motivação: as pressões sociais manifestadas durante o século XX forçaram uma comunicação entre o espaço público e o privado nas relações familiares, deslocando a função precípua dos espaços privados, vistos como centro de apropriação de bens pelo liberalismo-burguês, para núcleo de desenvolvimento pessoal.

Essa alteração de rota estabeleceu uma mudança nas estruturas de dominação doméstica e acabou por vincular o *status* familiar à idéia de cidadania.

21 Estatuto jurídico do companheirato: reflexões sobre o sentido e o alcance da Lei 8.971/94. *Boletim Técnico* 1/21. Belo Horizonte: Escola de Advocacia da OAB/MG, v. 3, jan. 1996.

Explicita-se: a impossibilidade de acesso à filiação, presente nas restrições ao reconhecimento voluntário e judicial da paternidade, conforme fixadas no Código Civil brasileiro de 1916, caracteriza uma forma de ofensa aos direitos de cidadania; o não-reconhecimento de dignidade jurídica à dedicação da companheira aos cuidados com os filhos e a casa, a partir do alijamento sofrido pela família sem casamento na nossa codificação civil, em contradição com a solidariedade familiar reconhecida em favor da família matrimonializada, é outra face desta forma de exclusão.²²

Diante disto, ainda que subsistentes contradições e ambigüidades, pode-se dizer que as alterações na função da família estão ligadas ao intervencionismo estatal, manifestado tanto na área econômica quanto na social e, especificamente, na própria instituição familiar.

Em conclusão: sustenta-se ser possível localizar as raízes da recepção do pluralismo em matéria de família pelo sistema jurídico no respeito aos direitos de cidadania e à dignidade humana.

Na garantia de proteção à família monoparental, na consagração do princípio da não-discriminação entre os filhos, afastadas quaisquer barreiras ao reconhecimento da filiação, bem como na recepção da união estável como fonte de família, encontra-se caracterizada uma alteração da fisionomia estrutural e da própria função do grupo familiar, compatibilizando Direito e realidade social.

Se isso não afasta (até porque o modelo econômico liberal-burguês continua prevalente), pelo menos reduz as clássicas disputas familiares em torno da apropriação de bens, em que se rejeitava o reconhecimento dos direitos da companheira quando da ruptura, ou na sucessão, e não se admitiam novos herdeiros na partilha hereditária que não os oriundos do laço do casamento, excluindo estes personagens da cena familiar, de tal sorte que o núcleo menor, constituído pela família matrimonializada, fosse o único protegido e aquinhado.

O cenário representativo do Direito de Família brasileiro no século XX mostra, num primeiro quadro, a exclusão absoluta, no texto da codificação civil, de toda e qualquer situação da vida de relação, não enquadrada na união matrimonializada, traduzindo um modelo alienígena, despreocupado em compatibilizar Direito e realidade social.

Na última década do milênio, ocorreu, enfim, a recepção da realidade familiar pelo Direito posto, o que caracteriza uma evidente, e de certa forma

22 Cf. RAMOS, Carmem Lucia Silveira. *Op. cit.*, p. 68.

contraditória, concessão ao pluralismo, até porque a ideologia básica da organização do sistema jurídico foi preservada.

Diante deste derradeiro quadro, se é inegável que o atual modelo jurídico familiar brasileiro continua sendo imperfeito, não atendendo às necessidades e demandas sociais, além de ser incompleto, em face da variabilidade de perfis que a família assume a cada dia, também cabe reconhecer que este novo contexto revitaliza o velho modelo jurídico racionalista-liberal, contribuindo para sua autopreservação e sobrevivência.

EFEITOS MATERIAIS DA SEPARAÇÃO JUDICIAL E DO DIVÓRCIO

Euclides Benedito de Oliveira¹

Advogado especialista em Direito de Família e Sucessões

Professor Universitário em São Paulo

Juiz aposentado do Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo

Sumário

1. Efeitos jurídicos do casamento. 2. Efeitos da separação judicial e do divórcio. 3. Regime de bens no casamento. 3.1. Espécies de regime de bens. 3.2. Regime de separação obrigatória de bens para o maior de 60 e a maior de 50 anos. 4. Partilha de bens. 4.1. Cessaçãõ da comunhãõ de bens com a separaçãõ de fato. 4.2. Bens reservados da mulher. 4.3. Restrições à meaçãõ na separaçãõ litigiosa sem culpa. 4.4. Partilha desigual. 4.5. Doaçãõ de bens na partilha. 4.6. Intervençãõ de terceiros na partilha. 4.7. Procedimento da partilha na separaçãõ judicial. 4.8. Procedimento da partilha no divórcio. 5. Conclusões. 6. Bibliografia.

1 EFEITOS JURÍDICOS DO CASAMENTO

Com o casamento, uniãõ civil ou religiosa com efeitos civis entre homem e mulher, institui-se a família, considerada, por Direito Natural e Público reconhecimento, a base da sociedade (CF, art. 226).²

1 Autor dos livros: *Separação e divórcio* (com AMORIM, Sebastião. 5. ed., São Paulo: LEUD, 1999); *Inventários e partilhas* (com AMORIM, Sebastião, 13. ed., São Paulo: Leud, 2000); *União estável* (4. ed., São Paulo: Paloma, 1999) e outras publicações nas áreas de Família e Sucessões.

2 O Código Civil qualifica de “legítima” a família oriunda do casamento (art. 229), pondo em situação de ilegítimas outras formas de uniãõ entre homem e mulher. Essa distinçãõ já não comporta sustento. Outras entidades familiares são hoje reconhecidas como dignas de proteçãõ do Estado e, por isso, igualmente “legítimas”: a “uniãõ estável” (CF/88, art. 226, § 3.º; Leis 8.971/94 e 9.278/96) e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (CF/88, art. 226, § 4.º).

Relevantes os efeitos jurídicos dessa união familiar, nos aspectos pessoal, social e patrimonial.³ Homem e mulher, assim reunidos em projeto de vida comum, adquirem novo *status* dentro da sociedade, passando de solteiros a casados. Se menores de 21 anos, emancipam-se (CC, art. 9.º, § 1.º, II). Assumem direitos e deveres recíprocos: vida em comum, fidelidade, assistência, guarda, sustento e criação dos filhos (CC, art. 231). Formam uma sociedade conjugal, em plano igualitário (CF, art. 226, § 5.º), cessadas as anacrônicas distinções entre ele, na “chefia” (CC, art. 233), e ela, como simples, mas polivalente, “colaboradora, companheira e consorte” (CC, art. 240).⁴

No plano material, passam os cônjuges a se relacionar conforme o regime de bens adotado. Pode haver comunicação dos bens havidos antes ou depois do casamento, formando um patrimônio comum, sob administração do casal, com restrições quanto à sua alienação, por exigência de mútuo consentimento (CC, arts. 235 e 242).

Além do direito à meação, o cônjuge se posiciona como virtual herdeiro, para a hipótese de falecimento do consorte. Terá direito: a) à herança, se não houver descendentes nem ascendentes; b) ou ao usufruto sobre parte dos bens, se o regime do casamento não era o da comunhão universal; c) ou à habitação no imóvel que lhes servia de residência, se adotado o regime da comunhão universal (CC, art. 1.611).

A situação jurídica se altera substancialmente, em parte ou no todo, conforme venha a ocorrer extinção da sociedade conjugal, pela separação

3 Essas conseqüências originárias do casamento distinguem-se, por sua natureza, em pessoais, sociais e patrimoniais. São pessoais quando referentes à conduta dos cônjuges por deveres de fidelidade, coabitação e mútua assistência. Sociais se caracterizam os efeitos atinentes à posição do cônjuge no meio familiar e comunitário, com alteração de seu estado civil e reflexos parentais ou de afinidade com os elementos do grupo (ressalvado que a afinidade na linha reta persiste mesmo com a dissolução do casamento que a originou – CC, art. 335). Por fim, verificam-se efeitos de caráter patrimonial, decorrentes do regime de bens que se instaura com o casamento e dos direitos na sucessão hereditária.

4 Ao proclamar que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher (art. 226, § 5.º), a Constituição repisa o princípio da isonomia no plano familiar, em reforço à vedação constitucional de qualquer espécie de preconceito (art. 3.º, inc. IV) e às garantias de igualdade previstas no artigo 5.º, *caput*, e seu inciso I. De igual forma são tratados como iguais os filhos, havidos ou não do casamento, ou por adoção (art. 227, § 6.º). Como frisamos em artigo sobre o tema, deu-se o coroamento da evolução legislativa, calcada no respeito à dignidade da pessoa humana e do ente familiar, no trato jurídico dos direitos e deveres entre os cônjuges e seus filhos, não mais diferenciados pela forma da união ou pela origem da descendência (Igualdade no casamento e na filiação. *Revista do Advogado* 58/34-41. Associação dos Advogados de São Paulo, mar. 2000).

judicial, ou término do casamento, pelo divórcio. Cessam determinados efeitos e outros se originam, em face da nova posição assumida pelos ex-cônjuges.

2 EFEITOS DA SEPARAÇÃO JUDICIAL E DO DIVÓRCIO

Com a sentença de separação judicial, extingue-se a sociedade conjugal, mas não assim o casamento. O vínculo conjugal permanece, impedindo que os cônjuges venham a contrair novas núpcias. Não obstante essa vinculação legal entre os separados, cessam os deveres de coabitação e de fidelidade recíproca, bem como o regime matrimonial de bens, como se o casamento fosse dissolvido (Lei 6.515/77, art. 3.º).

Esses efeitos ocorrem com o trânsito em julgado da sentença de separação. Podem retroagir, no entanto, à data da decisão que tiver concedido separação cautelar de corpos (Lei 6.515/77, art. 8.º). Operada a ruptura da convivência, já não cabe falar em domicílio uno e obrigação de fidelidade. Natural que também cesse o direito à comunhão dos bens, qualquer que seja o regime escolhido pelo casal, sobre o patrimônio acrescido pelo esforço isolado de cada um, sob pena de se ver o outro premiado com obtenção de participação societária, à moda de enriquecimento sem causa. Havendo reconciliação, porém, restaura-se o casamento nos mesmos termos em que foi instituído, incluído o regime de bens, ressalvados os direitos de terceiros (Lei 6.515/77, art. 46).

Com o divórcio, extingue-se também o vínculo conjugal. Esvai-se por completo o casamento, com todas as suas conseqüências jurídicas (Lei 6.515/77, art. 24). O restabelecimento da sociedade conjugal só será possível por novo casamento (Lei 6.515/77, art. 33), sem revalidação do regime de bens adotado anteriormente (os recasados poderão eleger outro regime).

Como principal efeito material da dissolução da sociedade conjugal, tem-se a necessária partilha dos bens. Apura-se a meação, no que couber, readquirindo, cada qual, a titularidade exclusiva dos seus bens, sem as peias da propriedade em comunhão.

No mesmo plano material, tem-se igualmente findo o direito sucessório entre os cônjuges, desde que transitada em julgado a sentença de separação judicial ou de divórcio direto, antes da morte de um deles (CC, art. 1.611).

Quanto à assistência material, que se classifica também no rol dos efeitos pessoais, mediante prestação de alimentos, fica condicionada ao consenso dos separados ou à decisão do juiz, calcada em regras impositivas a respeito de quem tenha sido o responsável pela separação (Lei 6.515/77, art. 19). No tocante aos filhos havidos do casamento, obrigam-se igualmente os separados ou divorciados, na medida dos respectivos recursos (Lei 6.515/77, art. 20).

Cuidaremos dos efeitos patrimoniais da separação judicial e do divórcio, com destaque para os efeitos materiais relacionados aos bens do casal, já que amplo o conceito de patrimônio, alcançando o dever de mútua assistência material e moral (alimentos) e também o direito ao uso do patronímico marital pela mulher (CC, art. 240; Lei 6.515/77, arts. 17 e 25, parágrafo único), dentro da acepção maior dos chamados direitos de personalidade.⁵

Por outro ângulo, apontando para as conseqüências do ato ilícito, a refugir do ponto específico desta exposição, caberia também falar na reparação civil atrelada à separação judicial, por danos materiais e morais. A grave violação de dever conjugal, além de justificar pedido de separação, pode caracterizar prática de ato ilícito, na ordem civil ou mesmo na órbita penal. Servem de exemplo os crimes de adultério, bigamia, assim como agressões físicas ou morais contra os cônjuges e os filhos do casal.

Nessas hipóteses, como em outras de ofensas que se revistam de excepcional gravidade, cabível será, além das sanções inerentes à separação judicial culposa, a reparação civil ao cônjuge ofendido, por danos materiais e morais.⁶

5 Em face de exposição conjunta do tema (conforme nota 1), atribuiu-se à Professora Doutora *Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira* tratar dos efeitos da separação judicial no que respeita ao dever de prestação dos alimentos entre os ex-cônjuges, ante o princípio da responsabilidade expresso no art. 19 da Lei 6.515/77 e sua interpretação diante do conceito de culpa. O presente trabalho, por isso, restringe-se à apreciação dos efeitos materiais da separação judicial e do divórcio no campo patrimonial relacionado à partilha dos bens.

6 O assunto tem sido de pouco trato na doutrina e de rara subida aos tribunais. Não pode ser desconhecido, porém, ante a aplicação dos princípios da responsabilidade extracontratual, no caso, por força do artigo 159 do Código Civil. Assim, para tornar mais clara a exemplificação, considere-se a hipótese de agressão do marido à mulher, com lesão que lhe acarrete dano estético. Além de motivada a separar-se, a mulher terá o direito de se ver ressarcida pela perda da capacidade física e pelo sofrimento espiritual que o infrator lhe causou.

A exposição desta relevante matéria foi deixada a painel próprio, no Congresso acima referido, com participação da Professora Doutora Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos Santos. *Reparação civil na separação e no divórcio*. São Paulo: Saraiva, 1999.

Já não será pouco discorrer sobre os efeitos materiais que a separação judicial e o divórcio trazem ao universo patrimonial dos separados ou des-casados, no que respeita aos bens trazidos ao casamento ou havidos por cada um dos cônjuges na constância da vida em comum.

Dependem esses efeitos do regime de bens adotado por força de pacto antenupcial ou da previsão da lei. Será relevante examinar, nesse contexto, sem omissão a outros tópicos de igual relevância:

- o momento em que efetivamente cessa o regime comunitário de bens, ainda antes do trânsito em julgado da sentença de separação judicial, desde que comprovada a separação de fato;
- se subsiste o privilégio da titularidade exclusiva da mulher quanto aos “bens reservados”, de que trata o artigo 246 do Código Civil;
- como fica a restrição ao direito de meação por parte do cônjuge que requer a separação judicial sem culpa – por ruptura da vida em comum por mais de um ano ou grave doença mental do outro cônjuge por mais de cinco anos –, ante o que dispõe o artigo 5.º, § 3.º, da Lei 6.515/77;
- a extravagante imposição legal do regime da separação de bens para homem com mais de 60 e mulher acima dos 50 anos de idade;
- os momentos judiciais em que se há de efetuar a partilha dos bens, na separação judicial e no divórcio, ou seja, se a providência é essencial à decretação da sentença ou se é possível relegar a partilha para depois da sentença.

São aspectos jurídicos que, não obstante regramentos do Código Civil e da legislação especial, ensejam alguma controvérsia exegética em face das inovações constitucionais trazidas pela Carta de 1988, com mudanças conceituais no Direito de Família e consagração do princípio igualitário dos cônjuges, nas relações jurídicas afetas ao casamento e à sua dissolução, tudo em respeito à dignidade da pessoa humana, dentro de uma sociedade firmada nos alicerces do justo e do solidário.

3 REGIME DE BENS NO CASAMENTO

O regime de bens integra o direito patrimonial da família, conceituando-se, no expressivo dizer de *Zeno Veloso*, no “estatuto patrimonial do casa-

mento, regulando os interesses pecuniários dos esposos, entre si, e com terceiros”.⁷

Trata-se de consequência necessária, inerente ao ato de casar, por escolha dos nubentes (escritura de pacto antenupcial) ou por imposição da lei (regime legal ou obrigatório). Daí sua classificação em regime convencional e regime legal, conforme a origem.

3.1 Espécies de regime de bens

A matéria é cuidada no Código Civil, em título especial entre os artigos 256 a 314. São previstas quatro espécies básicas de regime de bens: comunhão universal, comunhão parcial, separação e dotal. Referências esparsas se encontram em outros dispositivos do Código: 134, I – necessidade de escritura pública para o pacto antenupcial; 226 – regime obrigatório da separação de bens para o casamento com os impedimentos do artigo 183, XI a XVI; 230 – vigência do regime de bens a partir do casamento e sua irrevogabilidade.

Desses dispositivos decorrem os seguintes princípios:

- liberdade de escolha do regime de bens, salvo quando a lei estabelece o regime obrigatório;
- solenidade da celebração, mediante escritura pública, antes do casamento (pacto antenupcial);
- celebração sob condição suspensiva, uma vez que o regime somente passa a valer na data do casamento;
- irrevogabilidade, a significar impossibilidade de mudança, enquanto subsistente o casamento.

Quanto aos efeitos, dividem-se os regimes em comunitários e não comunitários, conforme haja ou não comunhão de bens entre os cônjuges. Consideram-se comunitários os regimes da comunhão universal (sobre os

7 VELOSO, Zeno. Regime matrimonial de bens. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de família contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 80. Anota o eminente mestre paraense que “sobretudo nas sociedades mais desenvolvidas, em que tanto o homem quanto a mulher, num plano de igualdade, trabalham e produzem, atuando nos vários setores da atividade econômica, o casamento, a par de estabelecer uma comunidade de vida, com as respectivas implicações pessoais, morais e espirituais, representa uma *associação financeira*”. Com efeito, para a consecução do seu projeto de vida em comum, os cônjuges somam esforços não apenas para conquista de patrimônio, mas também para o atendimento de suas necessidades básicas, despesas comuns, sustento e educação dos filhos, como um verdadeiro núcleo de produção econômica.

bens havidos antes e depois do casamento) e da comunhão parcial (sobre os bens adquiridos depois do casamento, ou “aqüestos”). Consideram-se não comunitários os regimes da separação absoluta de bens e o dotal.⁸

Na falta de pacto antenupcial, vigora o regime da comunhão parcial de bens (CC, art. 258, com regulamentação nos arts. 269 a 275).⁹

Em certos casos não há liberdade de escolha, pois o Código (art. 258, parágrafo único) impõe como obrigatório o regime da separação de bens do casamento: a) celebrado com os impedimentos do artigo 183, XI a XVI; b) do maior de 60 e da maior de 50 anos de idade; c) do órfão ou do menor sob tutela; d) de todos os que dependem de autorização judicial para casar.

3.2 Regime de separação obrigatória de bens para o maior de 60 e a maior de 50 anos

O regime obrigatório da separação de bens para o sexagenário ou a quinquagenária, previsto no artigo 258, parágrafo único, inciso II, do Código Civil, teria fundamento na pretensa restrição a casamentos por interesse, para evitar o chamado “golpe do baú”, supondo união de pessoa jovem com outra de mais avançada idade por mera cobiça de sua fortuna. Ocorre que a imposição daquele regime matrimonial alcança, igualmente, uniões entre homem com mais de 60 e mulher com mais de 50 anos, ou seja, ambos com maturidade suficiente para decidir sobre o destino dos seus bens. Só isso já bastaria para evidenciar a injusteza da restrição legal a suas vontades.

Mas o dispositivo se revela francamente hostil ao mandamento constitucional de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, dentre os quais avultam os direitos de liberdade e igualdade (CF, art. 5.º). E também ofende a regra da capacidade das pessoas, constituindo-se em inadmissível *capitis diminutio*. Afinal, o homem com mais de 60 e a mulher com mais de 50 anos de idade são plenamente capazes para quaisquer outros atos da vida civil, muitos deles bem superiores em responsabilidade à mera acordância sobre regime matrimonial de bens. Em suma, trata-se de flagrante discriminação aos cônjuges considerados, por antecipação, idosos e necessitados de proteção legal que, em verdade, lhes restringe a capacidade de agir. Sem falar

8 GOMES, Orlando. *Direito de família*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 103.

9 Modificação da Lei 6.515/77: antes o regime legal, na falta de convenção, era o da comunhão universal de bens. Volta-se à antiga regra das Ordenações do Reino, quando todos os casamentos, salvo acordo em contrário, se entendiam feitos por “carta de ametade”.

na absurda e injustificada diferenciação dos sexos por faixas etárias, sem qualquer razão científica ou social que justifique semelhante rebaixamento no trato jurídico à mulher. Com tal não se compadecem os princípios constitucionais do respeito à dignidade da pessoa humana e da igualdade de direitos (CF, arts. 1.º, III, 3.º, IV, 5.º, *caput*, e I, 226, § 5.º).

Nem haveria lugar para soluções intermediárias, como a simples igualação do limite de idade para os nubentes (assim previsto no projeto de Código Civil, art. 1.669, II), ou sua sujeição ao regime da comunhão parcial.¹⁰

Permaneceriam, ainda que mitigadas, as mesmas eivas de inconstitucionalidade que maculam o sistema vigente. Trata-se, como bem define *João Baptista Villela*, de restrição que reflete a “postura patrimonialista do Código e constitui mais um dos ultrajes gratuitos que a nossa cultura inflige à terceira idade”.¹¹

Para *Silvio Rodrigues*, cuida-se de restrição atentatória da liberdade individual, por isso que “a tutela excessiva do Estado, sobre pessoa maior e capaz, decerto é descabida e injustificável. Aliás, talvez se possa dizer que uma das vantagens da fortuna consiste em aumentar os atrativos matrimoniais de quem a detém. Não há inconveniente social de qualquer espécie em permitir que um sexagenário ou uma quinquagenária se casem pelo regime da comunhão, se assim lhes aprouver”.¹²

Esse também o direcionamento da jurisprudência, conforme se vê no acórdão da 2.ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, relatado por *César Peluso*, em reconhecimento de validade de doação entre concubinos que vieram a se casar, sendo o doador já sexagenário. O julgado deixou assente que o dispositivo que obriga ao regime de separação de bens, “refletindo concepções apenas inteligíveis no quadro de referências sociais de outra época, não foi recepcionado, quando menos, pela atual Constituição da República e, portanto, já não vigendo, não incide nos fatos em causa”. Ressalta que o sentido emergente da norma, restringindo direitos das pessoas em razão de determinada fase de vida, é de todo incompatível com as exigências éticas de respeito à sua dignidade, “à medida que, por via de autêntica

10 Neste sentido advoga *Zeno Veloso*, propondo que o projeto se altere para a submissão dos mais velhos ao casamento no regime da “comunhão de aqüestos”. Argumenta com o risco do “golpe do baú”, porque “os amores crepusculares tornam as pessoas presas fáceis de gente esperta e velhaca, que quer enriquecer por via de um casamento de conveniência” (*Op. cit.*, p. 120).

11 *Liberdade e família*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1980, n. 7, p. 35.

12 Direito civil, v. 6. In: *Direito de família*. 24. ed., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 165.

ficção jurídico-normativa, os reputa a ambos, homem e mulher, na situação típica de matrimônio, com base em critério arbitrário e indução falsa, absolutamente incapazes para definirem relações patrimoniais do seu estado de família”.¹³

Note-se que a Lei do Divórcio, no artigo 45, abriu uma exceção ao sistema restritivo do regime de bens dos mais velhos, ao dispor que este não se aplica na hipótese de casamento subsequente a uma comunhão de vida existente antes de 28 de junho de 1977, que haja perdurado por dez anos consecutivos ou da qual tenha resultado filhos. Nesse caso, os nubentes têm liberdade para escolha do regime de bens. Na omissão, prevalecerá para eles o regime da comunhão parcial, segundo a regra geral do artigo 258 do Código Civil.

Por fim, observa-se que a jurisprudência consagrada na Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal amainou o rigor da separação obrigatória de bens, ao editar que nesse regime se comunicam os aqüestos, o que, na prática, aproxima os seus efeitos daqueles resultantes do regime da comunhão parcial de bens.¹⁴

4 PARTILHA DE BENS

Com a separação judicial dissolve-se a sociedade conjugal e cessa o regime matrimonial de bens (Lei 6.515/77, art. 3.º). Por conseqüência, deve ser feita a partilha de bens (Lei 6.515/77, art. 7.º), mediante proposta dos cônjuges, homologada pelo juiz ou por este decidida (Lei 6.515/77, art. 7.º, § 2.º).

A decisão pode dar-se na própria sentença de separação, ou após, em juízo sucessivo, mas nos mesmos autos. Trata-se de requisito para a conversão da separação em divórcio, conforme se extrai dos artigos 31 e 43 da Lei 6.515 (não tendo sido decidida a partilha, a decisão do divórcio disporá sobre ela).

No divórcio direto, extinta não só a sociedade conjugal mas o próprio casamento, cessam todos os seus efeitos (Lei 6.515/77, art. 24), incluído o regime de bens, tornando exigível a realização da partilha.

13 TJSP, 2.ª Câmara de Direito Privado, Ap. 007.512-4/2, Rel. Des. Cesar Peluso, j. 18.08.1998, v. u., em *Boletim da AASP* 2082/788-j., São Paulo; *RT* 758/106.

14 Essa interpretação mais larga da súmula vem sendo questionada, ultimamente, por alguns julgados, inclusive do Superior Tribunal de Justiça, que exigem prova de colaboração na aquisição dos bens havidos durante o casamento para que se reconheça sua comunicação entre os cônjuges.

4.1 Cessaçãõ da comunhãõ de bens com a separaçãõ de fato

Os efeitos da separaçãõ judicial se operam a partir do trãnsito em julgado da sentençã que julgar a separaçãõ, ou a partir da decisãõ que tiver concedido separaçãõ cautelar. É como dispõẽ o artigo 8.º da Lei 6.515, a significar efeito retroativo na distinçãõ dos bens do casal, para fins de futuro partilhamento.¹⁵

Indo mais longe, pode-se afirmar que refogem à partilha os bens adquiridos individualmente pelos cõnjuges, sem mútua colaboraçãõ, apõs longo tempo de separaçãõ de fato do casal.

Entende-se por separaçãõ de fato a ruptura da vida em comum, em carãter prolongado e contínuo, que denote intençãõ de rompimento da vivênciã conjugal. Prolongando-se por mais de um ano, serve de motivo para separaçãõ judicial, independente de quem seja o cõnjuge culpado (Lei 6.515/77, art. 5.º, § 1.º). Se superior a dois anos, motiva o divórcio direto (Lei 6.515/77, art. 40).

Para *Ney de Mello Almada*, separaçãõ de fato é a “situaçãõ resultante da quebra da coabitaçãõ, praticada por um dos cõnjuges, ou por ambos, à revelia de intervençãõ judicial, e em carãter irreversível”.¹⁶

Ora, o regime da comunhãõ pressupõẽ efetiva convivênciã do marido e da mulher, fazendo presumir a colaboraçãõ na aquisiçãõ dos bens, se o regime era o da comunhãõ. Diante da separaçãõ de fato, cada um passando a agir isoladamente na prãtica do esforço para aumento do patrimõnio, nãõ faz sentido, a nãõ ser por puro rigor formal, exigir partilha dos bens dos separados de fato, especialmente quando já tenham constituído novas uniões.¹⁷

Como assinala *Sérgio Gischkow Pereira*, criticando a posiçãõ de resistênciã em admitir que cesse a regra da comunhãõ apõs prolongada e indiscutível separaçãõ de fato, “se o essencial desapareceu, ou seja, o amor, o respeito, a vida em comum, o mútuo auxílio, que sentido de justiça há em privilegiar o secundãrio, que é o prisma puramente financeiro, patrimonial, material, econõmico?”.¹⁸

15 ALVIM, Teresa Arruda (Entidade familiar e casamento formal: aspectos patrimoniais, RT 680/74) mostra que o artigo 8.º da Lei 6.515/77 diz respeito tanto à cessaçãõ de deveres de ordem pessoal quanto à cessaçãõ do regime de bens, fazendo com que estes efeitos ocorram desde a separaçãõ de corpos.

16 Separaçãõ de fato, *RJTJESP* (atual *JTJ*) 135/10.

17 STJ, REsp. 86.302 - RGS, 4.ª Turma, Rel. Min. *Barros Monteiro*, v. u., 17.06.1999, com mençãõ a outros precedentes no mesmo sentido. TJSP: ApCiv 041.784-4/1, 3.ª Cãm. de Direito Privado, Rel. Des. *Ênio Santarelli Zuliani*, v. u., 11.08.1998.

18 Tendênciãs modernas do direito de família, RT 628/30.

Essas lições foram bem lembradas em acórdão da 3.^a Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, Rel. Desembargador *Silvério Ribeiro*, ressaltando:

“... Não coaduna com os princípios de Justiça efetuar a partilha de patrimônio auferido por apenas um dos cônjuges, sem a ajuda do consorte, em razão de separação de fato prolongada, situação que geraria enriquecimento ilícito àquele que de forma alguma não teria contribuído para a geração de riqueza. O fundamental no regime da comunhão de bens é o *animus societatis* e a mútua contribuição para a formação de um patrimônio comum. Portanto, sem a idéia de sociedade e sem a união de esforços do casal para a formação desse patrimônio, afigurar-se-ia injusto, ilícito e imoral proceder ao partilhamento de bens conseguidos por um só dos cônjuges, estando o outro afastado da luta para a aquisição dos mesmos.”¹⁹

Na mesma linha de entendimento:

“Constatada a separação de fato de casal, ocorre a incomunicabilidade patrimonial dos bens adquiridos pelo esforço individual de cada cônjuge, sem a colaboração do outro. (...) No caso em tela, restou a salvo de controvérsias que a separação de fato do casal ocorreu há mais de vinte e cinco anos. Também incontroverso que a aquisição de um imóvel pelo apelante ocorreu em 1980, quando de há muito consumada tal separação de fato. Em tais circunstâncias, a jurisprudência tem reconhecido que, caracterizado o rompimento fático do vínculo, ocorre a incomunicabilidade patrimonial dos bens adquiridos pelo esforço individual de cada cônjuge, sem a colaboração do outro. Na espécie, adquirido o imóvel quando nada mais havia em comum entre o casal, é necessário temperamento ditado pelas circunstâncias, consoante adverte *Yussef Said Cabali* (cf. *Divórcio e separação*. 5. ed., São Paulo: RT, 2.^a tir., 1986, p. 451, nota 808). O citado autor foi o relator de hipótese semelhante à presente, em que se decidiu pela exclusão de imóvel de partilha, diante da constatação de que ele fora adquirido por um dos cônjuges mais de vinte anos depois da separação de fato. E também a decisão trazida à colação

19 TJSP, 3.^a Câm, ApCiv 188.670-1/4, j. 11.05.1993, *v. u.*

nas razões de apelação fornece o norte para o deslinde da controvérsia” (cf. *RJTJESP*, LEX, v. 114/102, Rel. Des. *Alves Braga*).

Ponderou-se na ocasião que:

“... Se o decurso de tempo gerou para os cônjuges o direito de postular a decretação da ruptura do vínculo conjugal, de fato desfeito pela longa separação e manifesta impossibilidade de reconciliação, não se há falar em comunhão de bens onde tudo se rompeu: dever de fidelidade, *afectio maritalis*, vida em comum, respeito mútuo, criação da prole. O regime de bens é imutável sim, mas, se o bem foi adquirido quando nada mais havia em comum entre o casal, repugna ao Direito e à Moral reconhecer comunhão apenas de bens e atribuir metade desse bem ao outro cônjuge.”²⁰

4.2 Bens reservados da mulher

Pela regra do artigo 246 do Código Civil, a mulher casada tem direito exclusivo de propriedade sobre os “bens reservados”, isto é, adquiridos com o produto do seu trabalho, salvo estipulação diversa em pacto antenupcial. Referidos bens não respondem pelas dívidas do marido, exceto se contraídas em benefício da família (parágrafo único do citado artigo), e são excluídos do regime da comunhão (CC, art. 263, XII). Foi uma forma de proteção à mulher, para compensar dispositivos que a colocavam em situação de inferioridade e subalternidade perante o marido, introduzindo-se a inovação no texto do Código Civil por força do chamado *Estatuto da Mulher Casada* (Lei 4.121/62).²¹

Silvio Rodrigues confessa ter hesitado em manter o texto sobre o assunto na última edição de seu livro, “isso porque o artigo 246 do Código Civil, que nele é comentado, representava um privilégio para a mulher casada, que obviamente foi revogado pelo § 5.º do artigo 226 da Constituição de 1988, que estabeleceu a igualdade dos cônjuges dentro do lar”.²²

20 TJSP, 7.ª Câm., ApCiv 170.028-1, Rel. *Campos Mello*, v. u., j. 05.08.1992, *RJTJESP* 141/82. Confirmando a tese: STJ, 4.ª Turma, REsp. 86.302/RGS, Rel. Min. *Barros Monteiro*, j. 17.06.1999, v. u.

21 Certa crítica de *Zeno Veloso*: “Se isto era justificável há mais de trinta anos, quando foi editado o referido ‘Estatuto da Mulher Casada’, atualmente, diante da emancipação econômica e sócio-jurídica da mulher brasileira, o bem reservado é um anacronismo e, a nosso ver, instituto extinto, incompatível com o princípio da igualdade entre os cônjuges enunciado pela Carta de 5 de outubro de 1988” (*Op. cit.*, p. 99; *idem*, com mais largueza, p. 147-157).

22 *Op. cit.*, p. 150.

Com efeito, já não se sustenta esse privilégio da reserva de bens em favor da mulher, quando a aquisição tenha ocorrido durante o tempo de vida em comum do casal.²³

Doutra sorte, ao admitirmos como válida a norma de favorecimento em razão do trabalho do cônjuge adquirente do bem, teríamos de estender, por incidência do princípio isonômico, o mesmo tratamento aos bens adquiridos pelo homem com o produto exclusivo do seu trabalho, o que viria redundar em prática instauração de regime único de separação de bens, nos casos de homem e mulher que se dediquem a trabalhos distintos, cada qual formando seu próprio patrimônio.

A jurisprudência sufraga a tese de que a disposição normativa instituidora do bem reservado não foi recepcionada pela vigente Constituição. Nesse tom, julgado da 6.^a Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, Relator Desembargador *Costa Manso*, citando comentários de *Yussef Said Cahali* sobre decisão do Egrégio Supremo Tribunal Federal que reconhecia tratamento preferencial e privilegiado à mulher que trabalha, com a seguinte observação crítica:

“Mas, tratando-se de decisão proferida em 1982, é bem de ver que seus fundamentos já não mais se sustentam diante do princípio da igualdade entre marido e mulher quanto aos direitos e deveres referentes à sociedade conjugal, consagrado no artigo 226, § 5.º, da Constituição de 1988, quando já se sustenta que teria sido extinto o benefício dos bens reservados da mulher casada.”

Do mesmo autor a argumentação adicional de que, ao se aceitar a incomunicabilidade de bens reservados da mulher casada, seria “inevitável admitir-se que não se comunicam, para os efeitos da partilha, os bens adquiridos exclusivamente pelo ex-marido quando da separação da ex-esposa”.²⁴

Arremata o acórdão que “essa, seguramente, não foi a intenção do legislador, de criar por via de indireta consequência direito semelhante à antiga reserva também para o marido, que, na constância da sociedade

23 Com efeito, o dispositivo não foi recepcionado pela Constituição, conforme demonstra LAZZARINI, Alexandre Alves. Bens reservados e a Constituição de 1988. In: ALVIM, Tereza Arruda (Coord.). *Direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais*. São Paulo: RT, 1993, p. 57.

24 *Divórcio e separação*. 6. ed., São Paulo: RT, t. II, p. 882-883.

conjugal, trabalha e produz rendimentos, especialmente quando confrontada esta situação com a mulher que se dedique exclusivamente às lides do lar”.²⁵

Diversa a solução, porém, se o casal já estiver separado de fato há longo tempo. Havendo separação de corpos, dá-se a retroação dos efeitos da sentença de separação judicial, conforme anotado acima (item 4.1).

Com efeito, embora o regime de bens cesse apenas com a separação judicial, cabível será a aplicação do princípio dos bens reservados para que não se comuniquem os bens adquiridos individualmente e com esforço próprio pelos cônjuges que já se encontrem separados de fato. Seria enriquecimento ilícito a comunicação, em tais circunstâncias, para o cônjuge que, devido ao rompimento da vida em comum, em nada tenha colaborado na aquisição do bem pelo outro.

A incomunicabilidade dos bens, nessas circunstâncias, mostra-se de rigor, fazendo incidir a norma do artigo 246 do Código Civil, mas com sua aplicação extensiva também ao homem, perante a igualdade dos direitos que a Constituição lhe garante em face da mulher.²⁶

4.3 Restrições à meação na separação litigiosa sem culpa

Nos casos de separação litigiosa fundada na separação de fato há mais de um ano ou em grave doença mental do outro cônjuge por mais de cinco anos (Lei 6.515/77, art. 5.º, §§ 1.º e 2.º), o cônjuge que requerer a separação sofre séria penalidade patrimonial: perda da meação sobre os bens trazidos pelo outro cônjuge ao casamento. É como dispõe o § 3.º do mesmo artigo: “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”.²⁷

A sanção tem aplicação restrita ao casamento sob o regime da comunhão universal, visto que nos demais regimes não se dá a comunicação sobre os bens trazidos pelos cônjuges individualmente. De qualquer forma,

25 TJESP, 6.ª Câm. de Direito Privado, ApCiv 210.975-1, Rel. *Costa Manso, v. u.*, j. 04.08.1994, *RJTJESP* 166/160.

26 Precedentes jurisprudenciais nessa linha: *RT* 561/69, 674/111; *RJTJESP* 100/256, 108/52, 114/102.

27 Esses dispositivos tiveram origem no direito francês, de onde também proveio o artigo 6.º da Lei 6.515/77 (“cláusula da dureza”, a impedir o decreto de separação judicial se causar prejuízo ao outro cônjuge ou aos filhos do casal). Mas naquele país a perda do direito à meação existe também na separação litigiosa por culpa (separação-sanção), fazendo mais coerente o sistema.

representa injustificável penalidade para o requerente da chamada separação sem culpa, nas modalidades de “separação falência” e de “separação remédio”. Talvez se compreenda, nesta última, proteção ao cônjuge sob grave enfermidade. Mas sem fundamento algum para a primeira hipótese, em que a falência do casamento possibilita a qualquer das partes reclamar o decreto de separação judicial em vista da separação de fato sem possibilidade de reconciliação.

Note-se que esse tipo de sanção não é previsto para a separação litigiosa por culpa, de que trata o artigo 5.º, *caput*, da Lei 6.515/77. De modo que se coloca a paradoxal consequência de punir eventual cônjuge inocente, pelo simples fato de pedir a separação judicial, enquanto o responsável pelo desate da vida em comum fica livre de qualquer perda na hora da partilha.²⁸

A penalidade não se aplica, também, ao requerente do divórcio direto, embora a causa de pedir seja da mesma natureza – separação de fato –, apenas com ampliação do prazo de um para dois anos.²⁹

Bem se vê a erronia em que incidiu o legislador, ao penalizar o requerente da separação não culposa, quando haveria de se ater à restrição patrimonial fundada na grave doença mental do outro cônjuge, e estender igual pena ao cônjuge condenado como responsável na separação fundada na culpa.³⁰

O Projeto de Código Civil (art. 1.575, §§ 1.º a 3.º) repete as mesmas disposições da Lei 6.515/77, com a erronia de reproduzir o texto antigo do artigo 5.º, § 1.º, que previa prazo de cinco anos de ruptura da vida em comum, depois reduzido para um ano.

4.4 Partilha desigual

Por partilha entende-se a atribuição igualitária dos bens aos cônjuges, na conformidade do regime de bens assumido no casamento. Mas nada impede que, havendo consenso, se proceda à partilha diferenciada, sem exata correspondência de valores.

²⁸ Figure-se a hipótese do cônjuge adúltero que abandone o lar conjugal. Nada sofrerá seu patrimônio no caso de separação por culpa, ainda que vencido. Mas se o cônjuge abandonado pedir a separação pela ruptura da vida em comum por mais de um ano, sem discussão de culpa, perderá a meação sobre os bens do outro que, embora tenha sido culpado, acabará por se beneficiar patrimonialmente.

²⁹ STF, RE 716.745-9, 1.ª Turma, j. 03.04.1989, RT 654/228, mencionando precedente na RTJ 111/765.

³⁰ Assim propõe Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos Santos, ajuntando que essas consequências patrimoniais deveriam alcançar todos os direitos atribuídos pelo regime de bens ou convenção com terceiros (*Op. cit.*, p. 120 e 158).

Palavras de *Zeno Veloso*:

“A nosso ver, não vulnera o princípio da imutabilidade do regime de bens a partilha dessemelhante ou desproporcional, conscientemente acordada entre os cônjuges em ação de separação judicial. Devem ser atendidos os interesses e conveniências dos separandos, afinal, pessoas capazes, que têm liberdade de dispor de seus bens, devendo ser homologado o acordo – se de algum vício não estiver maculado –, até e mesmo porque tal partilha vai ter eficácia quando a sociedade conjugal já estará extinta.”³¹

A atribuição dos bens acima do valor da meação pode ser a título gratuito (doação) ou oneroso, compensando-se com reposição em dinheiro ou sob forma de pensionamento.³²

Ao juiz caberá decidir se não estará havendo prejuízos a qualquer dos cônjuges, para fins de homologação do acordo (Lei 6.515/77, art. 34, § 2.º).

4.5 Doação de bens na partilha

Perfeitamente cabível e até bastante usual a doação de bens, por ocasião da partilha nos processos de separação ou de divórcio. Em geral, são contemplados os filhos do casal, como forma de lhes dar maior proteção, facultando-se a reserva de usufruto em favor de um ou de ambos os genitores.

Formaliza-se o ato de doação por escritura pública, mas nada obsta a que se inclua na proposta de partilha, que, uma vez homologada, admite execução por meio da carta de sentença (ou formal de partilha).

Também cabível a promessa de doação de bens, inserida em cláusula da partilha. Questiona-se a respeito dessa modalidade contratual, em vista de dispor sobre bens futuros e por vincular as partes a uma obrigação de fazer. Mas tem prevalecido o entendimento de sua licitude e validade, desde que homologada judicialmente, podendo executar-se, caso não cumprida volun-

31 *Op. cit.*, p. 95.

32 Por importar em transmissão de bens no que exceder ao direito de meação, essa forma de partilha faz incidir o correspondente imposto, de competência do Município, se a transmissão for onerosa, ou do Estado, se gratuita (doação). Confira-se o teor da Súmula 116 do STF: “Em desquite ou inventário, é legítima a cobrança do chamado imposto de reposição, quando houver desigualdades nos valores partilhados.”

tariamente pelos separados, mediante expedição de carta de adjudicação hábil ao registro imobiliário.³³

4.6 Intervenção de terceiros na partilha

A partilha dos bens do casal pode ocasionar prejuízos a terceiros, abrindo-lhes a oportunidade de intervenção no processo.

A hipótese é bem plausível em casos de vida em comum de um dos cônjuges com terceira pessoa, situação de união estável antes do casamento ou em união concubinária que gere sociedade de fato com direito a participação em determinados bens.

A formação de patrimônio nessa relação extramatrimonial habilita o terceiro, eventualmente prejudicado, a intervir na partilha de bens do casal para defesa dos próprios bens.³⁴

4.7 Procedimento da partilha na separação judicial

As disposições sobre partilha de bens, constantes dos artigos 7.º, 8.º, 34 e 40, § 2.º, da Lei 6.515/77, são complementadas pelo Código de Processo Civil, artigos 1.120 a 1.124. O parágrafo único do artigo 1.121, tratando da separação consensual, estabelece que, se os cônjuges não acordarem sobre a partilha dos bens, far-se-á esta, depois de homologada a separação, na forma estabelecida para o inventário judicial (CPC, arts. 982 a 1.045).

- 33 Ensina *Washington de Barros Monteiro* que não há razão para excluir tal promessa, pois “não contraria qualquer princípio de ordem pública e dispositivo algum a proíbe”, acrescentando que, em caso de inadimplemento, executa-se em conformidade com o artigo 639 do Código de Processo Civil (Curso de direito civil, v. 5. In: *Obrigações*. 25. ed., São Paulo: Saraiva, p. 118-119). Pela admissibilidade do registro da carta de adjudicação, em cumprimento à promessa de doação: LOPES, Tereza Ancona. *Família e casamento*. In: CAHALI, Yussef Said (Coord.). São Paulo: Saraiva, 1988, p. 645; RIZZARDO, Arnaldo. *Separação e divórcio*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de família contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 317-325; AMORIM, Sebastião; OLIVEIRA, Euclides de. *Separação e divórcio*. 5. ed., São Paulo: Leud, 1999, p. 128 e 270. Detida análise das posições pró e contra a promessa de doação e sua forma de cumprimento: CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e separação*. 8. ed., São Paulo: RT, 1995, t. 1, p. 204.
- 34 O Tribunal de Justiça de São Paulo apreciou caso dessa natureza, dando guarida à pretensão de terceiro: “Ostentando condição de sócia de fato do divorciando, com decisão com trânsito em julgado, determinando a partilha dos bens adquiridos com o esforço comum, a agravante está legitimada a impedir o prosseguimento da partilha dos bens do casal constituído por seu ex-concubino por inegável a dificuldade futura em escoimar daquele patrimônio a parcela que lhe pertença, ainda mais considerando que os imóveis estarão já com novas matrículas e eventualmente até mesmo submetidos a contratos onerosos, se não alienados. A habilitação à partilha é, pois, de rigor” (TJSP, 5.ª Câmara, ApCiv 236.358-1, Rel. *Jorge Tannus*, v. u., j. 15.12.1994, *RJTJESP* 168/215).

Em suma, ou a partilha se faz amigavelmente, por acordo homologado pelo juiz, ou fica relegada para a fase posterior à homologação judicial, na forma prevista para o inventário.

A mesma regra se aplica à separação judicial litigiosa, quando não haja acordo sobre a partilha dos bens, ainda não avaliados. Aplica-se a regra do artigo 1.121 do Código de Processo Civil, a menos que disponha, o juiz, de elementos para resolver a partilha na própria sentença. Foi como decidiu o Superior Tribunal de Justiça, por sua 4.^a Turma, Rel. o Ministro *Ruy Rosado Aguiar*:

“A partilha dos bens não poderia ter sido objeto do julgamento da ação de separação, pois sobre a repartição os cônjuges não haviam chegado a um consenso, nem o patrimônio fora devidamente avaliado. Nesse caso, impunha-se adotar o procedimento recomendado pelo artigo 1.121 do Código de Processo Civil. É certo que tal disposição está no capítulo reservado à separação consensual, mas é ‘intuitivo que idêntica norma terá de ser seguida, como tem sido, em se tratando de inventário decorrente de separação judicial’ (Cahali, *Divórcio e separação*, 4. ed., p. 453). Somente assim poderá ser atendida a regra do artigo 1.775 do Código Civil e a recomendação da doutrina: ‘A condição principal da boa partilha é a igualdade’ (Carvalho Santos, *CCB interpretado*, 13. ed., XXIV – 387). Isto posto, conheço em parte do recurso, por violação ao disposto nos artigos 1.121 do Código de Processo Civil e 1.775 do Código Civil, e nessa parte lhe dou provimento, para excluir da sentença a partilha dos bens do casal, que será realizada na forma da lei, assim como acima ficou explicitado.”³⁵

Embora determinada a observância do mesmo processo do direito sucessório, claro está que o inventário, na separação, é bem mais simples, por não envolver atribuição de quinhões a herdeiros, mas somente a meação devida a cada um dos cônjuges, na pendência do regime de bens havidos no casamento.

De outra parte, observe-se que a lei não estabelece forma única de inventário. Sendo as partes maiores e capazes, poderá ser adotado o rito simplificado do arrolamento, por transigência, ou quando seja reduzido o valor do patrimônio (CPC, arts. 1.031 a 1.038).

35 STJ, 4.^a Turma, REsp. 46.626-1/PI, Rel. Min. *Ruy Rosado de Aguiar*, v. u., j. 30.08.1994.

Será nomeado inventariante o ex-cônjuge que estiver na administração dos bens. Se omissa, a outra parte poderá ser investida no cargo. Apresentada a declaração de bens, proceder-se-á à citação do interessado (ou à intimação do patrono, se já constituído nos autos).

De rigor, também, a intimação da Fazenda Pública, por seu interesse fiscal. Na meação não incide imposto, mas pode haver atribuição de valores desiguais, que exija reposição; sobre essa diferença incidirá o tributo.

Apurado o valor dos bens, por documentos ou avaliação, segue-se o julgamento da partilha. A conciliação, sempre possível e desejável a qualquer tempo, poderá ser tentada em audiência de conciliação que, sendo positiva, ensejará mera decisão homologatória.

Partilha efetuada em desconformidade com a lei, ou eivada de vício de consentimento, possibilita ação anulatória (CPC, art. 1.029). De outra parte, a omissão de bens à partilha permite se requeira a sobrepartilha (CPC, art. 1.040), ou, conforme o caso, ação de sonogados (CC, art. 1.780).

Após o trânsito em julgado da decisão, expede-se a carta de sentença (ou formal de partilha), a ser levada ao registro imobiliário (Lei 6.015/73, art. 167, 14).

Nessa fase de partilha posterior à sentença de separação judicial, não intervém o órgão do Ministério Público, uma vez que é finda a questão de Estado, só restando matéria de ordem patrimonial entre os separados. Ressalva-se a hipótese de subsistirem interesses de incapazes, sejam os próprios separados ou terceiros beneficiados na partilha (doação de bens a filhos menores).

4.8 Procedimento da partilha no divórcio

Exaure-se o processo de divórcio com a desconstituição do vínculo conjugal. Outras questões, postas em meio ao pedido, ou na contestação, podem ser decididas em conjunto, como efeitos do decreto dissolutório, regulando as relações entre os divorciados, nas esferas pessoal e patrimonial, bem como suas relações com os filhos.

Nesse contexto, coloca-se como obrigatória a partilha dos bens, já que findos todos os efeitos do casamento (Lei 6.515/77, art. 24), liberando-se os divorciados para nova união conjugal.

Resta ver em que momento se faz necessário esse acerto patrimonial, ou seja, se imprescindível ao decreto de separação ou se possível sua realização após a sentença, como permitido no processo de separação judicial.

Cuidando-se de divórcio indireto, que se dá por conversão da separação judicial, há disposição legal expressa de que a partilha se realize antes da

sentença, colocando-se como pressuposto para o decreto de divórcio (Lei 6.515/77, art. 31). Caso não formalizada no processo de separação, a partilha deverá constar do pedido de conversão para que a sentença de divórcio disponha sobre ela (Lei 6.515/77, art. 43).

Também para o divórcio direto consensual se exige cláusula de partilha dos bens. Muito embora o artigo 40, § 2.º, da Lei 6.515/77 remeta o procedimento às regras dos artigos 1.120 a 1.124 do Código de Processo Civil, faz consignar, dentre os requisitos da petição, que “a partilha dos bens deverá ser homologada pela sentença de divórcio” (inciso IV do citado art. 40). Não há como se relegar, pois, para a fase executória.

Mas não existe previsão legal a respeito no caso de divórcio direto, que apenas tem contemplação genérica de sujeição ao procedimento ordinário. Entende-se, por isso, que a partilha dos bens possa ser deixada para depois da sentença, processando-se nos mesmos autos, à moda do processo de separação judicial, aqui aplicável o artigo 1.121, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

A matéria suscitou divergências jurisprudenciais, mas resultou pacificada pelo Superior Tribunal de Justiça com a edição da Súmula 197: “O divórcio direto pode ser concedido sem que haja prévia partilha de bens”.

Por fim, uma observação crítica ao enunciado da súmula, em vista do seu caráter genérico, com aparente abrangência de todas as hipóteses de divórcio direto. Na verdade, há de se restringir ao divórcio direto litigioso, pois no consensual a petição já deve incluir a partilha para homologação na sentença de divórcio, conforme clara exigência do artigo 40, § 2.º, inciso IV, da Lei do Divórcio.

5 CONCLUSÕES

O princípio da liberdade contratual na escolha do regime matrimonial de bens (CC, art. 256) sofre restrições em determinados casos, decorrentes de impedimentos matrimoniais ou da qualidade das pessoas, obrigando ao regime da separação de bens (CC, art. 258, parágrafo único).

Nesse contexto, a imposição do regime de separação de bens no casamento de homem com mais de 60 e mulher com mais de 50 anos de idade revela-se francamente hostil ao mandamento constitucional de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana (art. 5.º), por importar restrição à sua capacidade como sujeito de direitos e obrigações na ordem civil, além de afrontar repisadas normas de tratamento igualitário (arts. 5.º, I, e 226, § 5.º).

Uma vez extinta a sociedade conjugal, pela separação judicial ou pelo divórcio, cessam os efeitos jurídicos do casamento no plano material, realizando-se a partilha dos bens de acordo com o regime adotado.

Como retroagem os efeitos da separação judicial à data da decisão concessiva da separação de corpos (Lei 6.515/77, art. 8.º), considera-se findo o regime da comunhão de bens entre os cônjuges desde o momento em que cessada a vida em comum, com a separação de fato, pela curial razão de que a regra da comunicação, com presunção de colaboração na formação do patrimônio comum, somente tem lugar com a efetiva convivência dos cônjuges.

Desmerece sustento o privilégio dos bens reservados da mulher (CC, art. 246), quando a aquisição de bens em regime comunitário tenha ocorrido durante a convivência do casal, nem é caso de se estender o mesmo benefício ao homem que adquire bens com o produto exclusivo do seu trabalho, sob pena de se desvirtuar o regime matrimonial em vigor.

Constitui injustificada sanção patrimonial a perda do direito à meação do outro cônjuge pelo requerente da separação judicial sem culpa (Lei 6.515/77, art. 5.º, § 3.º), especialmente no caso de ruptura da vida em comum por mais de um ano, quando é certo que semelhante penalidade não é prevista para a separação culposa nem para o divórcio direto por ruptura da vida em comum por mais de dois anos.

Embora a partilha de bens seja tipicamente igualitária, nada impede, nem constitui ofensa ao regime de bens, a partilha em cotas diferenciadas, com ou sem reposição pecuniária, ressalvada a incidência fiscal na transmissão dos bens excedente à meação.

Lícita a cláusula de doação de bens pelos cônjuges a terceiros, geralmente os filhos, com ou sem reserva de usufruto. Tratando-se de promessa de doação não cumprida, pode efetivar-se por providência judicial de adjudicação dos bens, extraindo-se a correspondente carta para o registro imobiliário.

Conquanto a ação de separação judicial seja de natureza estritamente pessoal, admite-se a intervenção de terceiros na fase de partilha dos bens, quando se demonstre legítimo interesse decorrente de eventual participação na aquisição do patrimônio, como se dá em casos de convívio extramatrimonial de um ou de ambos os cônjuges.

Procede-se à partilha antes ou depois da sentença de separação judicial. Mas a partilha é imprescindível para que se efetue a conversão da separação judicial em divórcio. Também se exige no divórcio direto consensual. Já no divórcio direto litigioso, a partilha pode ser realizada após a sentença, conforme jurisprudência cristalizada na Súmula 197 do Superior Tribunal de Justiça.

6 BIBLIOGRAFIA

- ALMADA, Ney de Mello. Separação de fato, *RJTJESP* (atual *JTJ*) 135/10.
- ALVIM, Teresa Arruda. Entidade familiar e casamento formal: aspectos patrimoniais, *RT* 680/74.
- AMORIM, Sebastião Luiz; OLIVEIRA, Euclides Benedito. *Separação e divórcio*. 5. ed., São Paulo: Leud, 1999.
- CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e separação*. 6. ed., São Paulo: RT.
- FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. *Efeitos materiais da separação judicial e do divórcio quanto a alimentos*. Tese apresentada no II Congresso de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM, 27.10.1999.
- GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1976.
- LAZZARINI, Alexandre Alves. Bens reservados e a Constituição de 1988. In: ALVIM, Tereza Arruda (Coord.). *Direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais*. São Paulo: RT, 1993.
- LOPES, Tereza Ancona. *Família e casamento*. In: CAHALI, Yussef Said (Coord.). São Paulo: Saraiva, 1988.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 25. ed., São Paulo: Saraiva.
- SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Reparação civil na separação e no divórcio*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de família contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- PEREIRA, Sérgio Gisckow. Tendências modernas do direito de família, *RT* 628/30.
- RIZZARDO, Arnaldo. Separação e divórcio. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de família contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- RODRIGUES, Silvio. Direito civil. In: *Direito de família*. 24. ed., São Paulo: Saraiva, 1999, v. 6.
- VELOSO, Zeno. Regime matrimonial de bens. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de família contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- VILLELA, João Baptista. *Liberdade e família*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1980, n. 7.

CONJUGALIDADE: DESCASAMENTO, RECASAMENTO E FIM DO AMOR

Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira

Advogada

Mestra em Direito das Relações Sociais pela UEL/PR

Doutora em Direito Civil pela PUC/SP

Professora do Departamento de Direito Público da UEL

Sumário

1. Efeitos materiais no pensamento clássico. 2. Descasamento e obrigação alimentar. 2.1. Natureza jurídica da obrigação alimentar. 3. Descasamento e culpa. 3.1. O passado. 3.2. O presente. 4. Conclusão. 5. Bibliografia.

1 EFEITOS MATERIAIS NO PENSAMENTO CLÁSSICO

O descasamento tradicionalmente produzia, como efeito material, igualmente clássico, a partilha do patrimônio.

Yussef Cahali, nas primeiras edições da notável obra *Divórcio e separação*, ainda abordava, em capítulo apartado, tão-somente a partilha do patrimônio considerada como efeito material.

Assim era, e esta direção de pensamento dominava parte expressiva da doutrina pátria. Somente após alguns movimentos evolutivos do Direito de Família é que a pensão alimentícia passou, definitivamente, para o rol das patrimonialidades.

Vigia a regra do artigo 320 do Código Civil (revogado), que impunha, como condição fundamental: “no desquite judicial sendo a *mulher inocente e pobre*, prestar-lhe-á o marido a pensão alimentícia, que o juiz fixar”.

A Lei do Divórcio, em seu artigo 54, revogou o artigo 320 do Código Civil, dispondo no artigo 19 que “o cônjuge responsável pela separação judicial prestará ao outro, se dela necessitar, a pensão que o juiz fixar”.

Assim o artigo 19 da lei reproduz, em substância, a disposição do artigo 320 do Código Civil, apenas substituindo a adjetivação emprestada à pessoa do cônjuge culpado, agora erigido em cônjuge responsável.

Na crítica cahaliana, em nome de um escrúpulo pueril, mudaram-se as palavras, mas conservou-se o primitivo conceito.¹ Vale dizer: o secular conceito de culpa estava e continuava incrustado nas texturas estruturais da concessão ou não da pensão alimentícia. A proposição “mulher honesta” permanecia de forma subliminar.

Neste final de milênio, a estreita visão econômica do patrimônio atende à ruptura imposta pelos padrões morais, sociais e legais, para alargar a interpretação clássica. Desponta o patrimônio moral do indivíduo. A teoria da moralidade impregnou o frio campo das riquezas amoadadas, que então e necessariamente reconhece a legitimidade do patrimônio maior do indivíduo, expresso, no mais das vezes, de há muito, pelos direitos fundamentais.

Segundo a observação das mudanças verificadas, necessário se torna reconceituar patrimônio, no passado tido e reconhecido de forma unívoca em sua dimensão financeira.

Defende o Doutor *José Maria Trepas Cases*, em tese de doutoramento, recentemente sustentada junto à Universidade de São Paulo, e aprovada com distinção, que “admitida esta posição, o patrimônio seria composto de elementos ativos e elementos passivos, sendo que estes primeiros estariam divididos em: *direitos disponíveis e direitos indisponíveis*.”

“Ao finalizar a propositura da *teoria irrestritiva ou imaterial*, verifica-se que seus elementos constitutivos alteram o atual conceito de patrimônio. Propõe-se, então, uma nova conceituação que assimile as alterações introduzidas pelo novo pensamento, onde: *Patrimônio é o conjunto de relações jurídicas de uma pessoa ou ente, destinadas a um fim determinado, dotadas ou não de valoração econômica*” (sem destaque no original).²

O Direito de Família deverá ancorar, distintamente, novas tutelas protetivas de patrimônio, através da adequada dimensão jurídica.

1 CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e separação*. 8. ed., São Paulo: RT, 1995, t. 2.

2 CASES, José Maria Trepas. *Teoria irrestritiva ou imaterial do patrimônio*, p. 90 e 104.

2 DESCASAMENTO E OBRIGAÇÃO ALIMENTAR

Por estar sendo focada, com exclusividade, a questão da materialidade pensionada, não será abordada, nesta fase, a partilha do patrimônio, tema reservado ao Doutor *Euclides Benedito de Oliveira*.

2.1 Natureza jurídica da obrigação alimentar

Reafirmando a melhor doutrina, fundamental se torna pontuar a natureza jurídica da obrigação alimentar, que pode derivar da lei, de ato de vontade *sensu lato*, de sentença condenatória por reparação de dano causado por ato ilícito e em decorrência de união estável.

Na obrigação alimentar decorrente da lei, os alimentos são aqueles bastantes para atender às necessidades com alimentação, vestuário, educação. Devem atender ainda, como indica o melhor direito alienígena, à saúde.

Esta obrigação não expressa *de per se* qualquer natureza indenizatória, antes reafirma o purismo da obrigação alimentar, considerada etimologicamente como derivada de *alimentum*, significando nutrir.

Numa das definições possíveis, alimentos são prestações para a satisfação das necessidades de quem não pode provê-las por si.³

Contudo, tanto o Direito Comparado como o Direito pátrio sinalizam para uma possível natureza mista da obrigação alimentar, com o que não há por que concordar, a não ser por vício ou tendência de ecletismo.

O ponto curial de tal posicionamento justifica, na medida possível, residir *na obrigação alimentar um caráter alimentar e um fundamento indenizatório*.

Marty e *Raymond*, citados por *Yussef Said Cahali*, explicam que, quanto ao seu fundamento, a pensão é propriamente uma indenização levada à responsabilidade do cônjuge culpado para a reparação do prejuízo causado por sua culpa; mas esse dano tem um caráter peculiar, que consiste na privação do direito de assistência e socorro de que poderia prevalecer-se o cônjuge inocente, se o divórcio não tivesse dissolvido o casamento: o melhor meio para a reparação desse prejuízo é o de conferir ao requerente do direito alimentar tanto quanto possível correspondente àquilo que ele poderia auferir se o casamento tivesse perdurado, e é por isso que, se o fundamento da pensão é indenizatório, seu caráter é alimentar, como aquele da obrigação de socorro.

3 FACHIN, Edson Luiz. *Elementos críticos do direito de família*: curso de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 268.

Com o maior respeito, deve ser anotado que a argumentação é louvável, mas o fundamento apresenta-se desfocado, conduzindo, igualmente, a uma conclusão também desfocada.

A natureza, o caráter e o fundamento da pensão devida ao cônjuge são, por preceito legal, *direito alimentar*. Assim, o fundamento está presente na necessidade de um dos cônjuges; o caráter daí decorrente só pode ser o alimentar.

O exercício exegético sob estudo é considerado como intelectualmente delicado. Por analogia, aponta resultado idêntico àquele decorrente da reparação por ato ilícito, em que vindo um dos cônjuges a falecer, em regra o varão, o cônjuge viúvo e filhos, por exemplo, receberão pensão alimentícia, equivalente ao tempo de vida estimado, e conseqüente obtenção de benefício laboral que o falecido perceberia, se vivo fosse. É preciso cautela.

Defender que o melhor meio para a reparação do prejuízo causado pela separação está em conferir ao requerente o direito alimentar é inadequado. Sobrepor ao direito alimentar moldura indenizatória é equívoco, ou pior, ideologia falsa em desfavor do cônjuge inocente, que em verdade não recebe um *plus* indenizatório, como apregoadado. Recebe, sim e tão-somente, alimentos necessários ao sustento.

Os tribunais reiteram e até especificam o destino do *quantum* alimentício. Não são conhecidas – ou são raras – decisões que determinem indenizações em paralelo com o *quantum* apurado a título de direito alimentar. Desta forma, por crença, convicção ou, o que é mais grave, por equívoco imperdoável da melhor hermenêutica deste século que termina, definiu-se a mais nobre ou mais pobre ficção jurídica acerca do fundamento indenizatório do direito alimentar.

Finalmente exsurge, com nitidez, o caráter tipicamente alimentário da pensão, arredando, em definitivo, o caráter indenizatório que os alimentos não tinham e nem poderiam ter, como afirmado pelo STF no passado, e referido na decisão trazida à colação no próximo item.

Robustece a afirmação contundente, reconheço, decorrente da nova leitura do direito alimentar, quando vezes incontáveis apresenta-se e, nesta hora, de forma correta escudado *no pressuposto, requisito e fundamento da necessidade do alimentando. Invoca um direito quem dele é sujeito e necessita de tutela*. Indeniza-se aquele que sofre um prejuízo, um dano. A pensão alimentícia prestada ao cônjuge, até onde se conhece, não chegou a “cobrir dois santos”. O *quantum*, o valor da pensão, sempre foi modelo de “pano curto”, como diz o dito popular, em verdade sem nada indenizar.

3 DESCASAMENTO E CULPA

A história só vai em frente. A teoria deve conscientizar as decisões tomadas pela nova época. Ela deve propulsar medidas necessárias, para remediar, na medida do possível, os danos com efeito alienante causados à natureza humana. Na medida do possível, pois a incerteza acerca do que é correto indica que nenhum espírito universal propela a história no rumo de sua salvação. O momento correto para rupturas há muito vencidas pode ser perdido, a história pode enveredar por descaminhos.⁴

Quando a teoria é recepcionada como aquela que deve conscientizar decisões, medidas necessárias, indicar o momento para rupturas, resta destacado pelo relevo da investigação científica aquilo que há de fundamental, relativamente às céleres mutações sociojurídicas e culturais.

3.1 O passado

A concessão da pensão alimentícia sempre esteve atrelada à caracterização da culpa que, estando presente, arreda qualquer possibilidade de prestação.

Os alimentos eram concebidos como indenização, ainda seguindo uma postura compensatória. A culpa recíproca expressou a inviolabilidade da subsistência da pensão em favor dos cônjuges.

O STJ consagrou este viés interpretativo. A reconhecida autoridade do ministro *Otávio Gallotti*, a seu tempo, autorizava a expressão do voto seguinte:

“O dever de mútua assistência decorre originalmente da sociedade conjugal e, em caso de separação judicial não consensual (art. 5.º, *caput*, da Lei 6.515/77), só subsiste em favor do cônjuge necessitado, a quem não se possa irrogar a responsabilidade pela separação. A declaração de reciprocidade de culpas não caracteriza essa isenção de responsabilidade, denota a sua existência e exclui, para ambos os cônjuges, o direito de percepção de alimentos.”

Penso ser esta a melhor interpretação do artigo 19. Com efeito, os alimentos pagos por um cônjuge ao outro ou são resultado de convenção ou têm origem na culpa de um dos cônjuges, hipótese em que têm caráter indenizatório.⁵

4 MÜLLER, Friedrich. *Igualdade e normas de igualdade*, 1978. Arquivo: Egalite. Doc. Trad. Peter Naumann em 1997, p. 11.

5 RTJ 98/803. *Apud* CAHALI, Yussef Said. *Op. cit.*

3.2 O presente

O tempo era outro. A indisfarçável inserção cultural e histórica daquele corpo legislativo conferia e ainda confere o estreito liame entre o Código Civil e a estrutura social do país, espelhado no desenho jurídico dos três pilares fundamentais da ordenação privada: a família, a apropriação e o trânsito jurídico assentado nos contratos.⁶ *Luiz Edson Fachin* fala, evidentemente, de nossa codificação civilista do início do século, mas pretende-se um deslocamento, para alcançar também a Lei do Divórcio e, por igual, a Lei de Alimentos.

Sendo a família um dos três pilares fundamentais dos interesses privados, tornou-se indispensável a revisão de valores, conceitos e estruturas.

O Direito da Família, gradativamente, desprende-se da rigidez do eixo dogmático que congelou certas concepções por décadas longas, obscurecidas pelo dogma da repressão sexual.

Yussef Cahali nos ensina:

“A causa jurídica da pensão assim devida encontra-se no próprio casamento, que subsiste à separação, e não em qualquer outra; é na condição de cônjuge que o marido deve alimentos à mulher durante a separação de corpos (...) é em virtude dos arts. 212 e 214 do CC francês, e em cumprimento do dever de assistência que se institui entre os cônjuges aquela obrigação (...) *de que resulta que a pensão pode perfeitamente ser concedida ao cônjuge culpado, àquele contra o qual a separação de corpos foi pronunciada, no pressuposto, bem entendido, de encontrar-se aquele em necessidade.*”⁷ (sem destaque no original).

Gradativamente, o critério de aferição da culpa, para concessão ou não de alimentos, vai cedendo espaço para a não-culpa ou, conforme a dicção legal, necessidade de alimentos.

Afirma com percuciência *Rodrigo da Cunha Pereira* que não se deve falar em culpa na discussão da concessão de alimentos.⁸

O nobre e singular presidente do I e deste II Congresso Brasileiro de Direito de Família, *Rodrigo da Cunha Pereira*, indicava, já em 1995, a imperiosa ordem: afastar, de todo, a secular idéia de culpa dos pressupostos de admissão de alimentos.

⁶ FACHIN, Luiz Edson. *Op. cit.*, p. 300-301.

⁷ CAHALI, Yussef Said. *Op. cit.*, p. 964.

⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e união estável*, p. 114.

On line com *Rodrigo Pereira*, a dogmática crítica fachiniana pontifica nessa travessia de milênio:

“A solução legislativa é criticável. O termo ‘responsável’ pode conduzir a absurdos, estando assentado na vetusta idéia de culpa, e que, gradativamente, no sistema brasileiro vem sendo abandonada. Fixado numa perspectiva axiológica, à luz dos princípios, deverá prestar alimentos aquele que puder fazê-lo se (e enquanto) o outro parente necessitar. Esta pode ser a razoável dicção dos alimentos conjugais. Sem razão alguma em nosso ver a afirmação segundo a qual ‘o direito ao pensionamento pressupõe a inocência do cônjuge pela ruptura da união matrimonial’.”⁹

São chegados novos tempos. Assim, outro tanto, a família, impregnada de novos valores, exige que outras realidades e necessidades surjam como fatores determinantes de mutações do *status* pretérito.

A propósito, *Gustavo Tepedino* anota, com peculiar agudeza, as sensíveis modificações registradas, no que tange à concepção da família, a partir do texto constitucional vigente. Segundo o autor:

“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.”¹⁰ (sem destaque no original).

O traço distintivo entre entidade familiar e entidade matrimonial impõe tratamento adequado, considerando família e casamento em seus respectivos planos normativos.

Na dicção tepediana, “a unidade da família, à luz da Constituição, não mais se identifica com a unidade do casamento”, não há como associar a

9 FACHIN, Luiz Edson. *Op. cit.*, p. 278.

10 TEPEDINO, Gustavo. O papel da culpa na separação e no divórcio. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Repensando o direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 203.

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”.¹¹

Os juristas referidos expressam a concepção pós-moderna em matéria alimentária. Com a superação da culpa, o pensionamento entre cônjuges, na moldura jurídica, retorna à tela em que, em verdade, sempre esteve, pintado pela codificação positiva e exposto na cor uniforme do dever de mútua assistência, previsto no artigo 231, inciso III, do Código Civil.

A dissolução da sociedade conjugal por culpa do cônjuge desenha-se no plano da infração *aos deveres matrimoniais*. Ao dever corresponde a prestação; dada a não-prestação, deve haver a sanção. Evidentemente, a sanção correspondente, *in casu*, é a própria separação judicial. A relação jurídica nas texturas da não-prestação tem seu ponto terminal, nos limites expressos, pela ordem jurídica. Inadequado ampliar o *locus* sancionatório, como quis e ainda pretende o legislador divorcista e parte da doutrina, para alcançar a supressão dos alimentos.

Leitura atenta das decisões judiciais permite constatar as diversas tendências jurisprudenciais, ora reafirmando, ora atenuando a expressão do elemento culpa, em relação à concessão de alimentos.

O STJ, por exemplo, em julgado de 1989 consignava: “São indevidos alimentos na ocorrência de culpa recíproca (art. 19 da Lei 6.515/77). Recurso conhecido e provido (3.^a turma, Ac. 1989/00/0085-8 – DJ 20.11.1989, p. 17.294)”.¹²

O colendo Tribunal reafirmava, vez mais, a questão da culpa recíproca acolhida de maneira uniforme pelos julgadores pátrios, como causa definitiva na exclusão, igualmente recíproca, sem pensionamento entre cônjuges.

A culpa recíproca, espécie de culpa compartilhada, parece expressar uma certa “proporcionalidade da culpa”, representando fundamento seguro a indicar o desmerecimento recíproco de pensionamento entre cônjuges. A jurisprudência nacional, ao aquilatar a ponderação da culpa em dupla direção, procura evidenciar uma postura de suposto equilíbrio, como argumento representativo de uma justa decisão, extraído desta espécie de “culpa compartilhada”.

A atribuição da culpa unilateral e, com a conseqüente exclusão de alimentos, encontra nos fundamentos da culpa recíproca estrutura farta,

¹¹ *Idem*, p. 204.

¹² <http://www.stj.gov.br>.

supostamente lógica, apta a justificar igual consideração de adequação das decisões dos tribunais.

Assim não o é. Cabe a reafirmação de que as relações jurídicas em questão são distintas, como, igualmente, distintos os deveres jurídicos de cada uma. À infração aos deveres matrimoniais deve corresponder a consequência que daí decorre: em uma palavra, a separação judicial que se impõe. A prestação alimentícia tem por fundamento a necessidade do alimentando, escudada no mútuo dever de assistência entre cônjuges, não devendo ser alcançada pelo cego talante da lei.

Romper com a prestação alimentícia fundada na exclusão por culpa de um dos cônjuges é ilógico, injusto e incorreto.

Inexiste nexo causal real. Há apenas *conexidade legal*, imposta por disposição pretérita de lei, que descreve mal aquelas relações, atribuindo aos valores morais relevo excessivo, quiçá ampliando o campo da culpa e adentrando, desmedidamente, os domínios da moralidade de três décadas passadas, para condenar à falta de alimentos aquele que deles necessita.

Devem ser levadas em conta as causas que motivam a necessidade de alimentos, muitas vezes geradas pelo, *agora e só agora*, cônjuge inocente. Demais disso, a relação jurídica em sede de alimentos é outra, tanto que pleiteados em ação própria ou, no máximo, cumulada com a ação de separação.

A mesma corte anteriormente mencionada, em decisão prolatada anos depois (1995), sinaliza nova postura ao interpretar:

“Se, antes mesmo da sentença na separação judicial, as partes requerem o divórcio direto, nos termos do art. 40 da Lei 6.151/77, é irrelevante a disposição daquela reconhecendo a culpa da mulher, para efeitos de alimentos (REsp. 1995/0028061-2 – DJ 26.08.1996, p. 29.681).”¹³

Tratando-se de divórcio direto, não se exige prova da causa do pedido, não sendo objeto de discussão a causa da separação de fato. O acórdão, referido bem por esses fundamentos, arreda o reconhecimento da culpa da mulher para efeitos de alimentos. Contudo, não deixa de sinalizar, ainda que escudado nas circunstâncias do caso concreto, um certo abrandamento em relação à apuração da culpa.

13 <http://www.stj.gov.br>.

No mesmo ano, o TJSP decidia:

“Separação judicial contenciosa – culpa da mulher. Posse e guarda dos filhos. Alimentos. Nome do cônjuge mulher considerada culpada. Não havendo fundamento que justifique a posse e guarda dos filhos menores, esta deve ser concedida à mãe. O fato da mesma ter sido considerada culpada para a ruptura do matrimônio por si só não justifica tal situação. Ao fixar os alimentos o juiz deve observar o princípio da proporcionalidade consagrado em nossa legislação civil, admitindo o *binômio necessidade e possibilidade*, aliado aos elementos circunstanciais que consolidam tal fixação. Deve a sentença, ao considerar o cônjuge mulher culpada, determinar o cumprimento da determinação legal em relação a modificação do nome de casada e a mudança do CPF. Provimento parcial do recurso (ApCiv 1996. 001.3165, registrado em 27.11.1996. Fls. 43.533/43.559. 6.^a Câmara Cível).”¹⁴ (sem destaque no original)

Julgado dessa lavra, além de consagrar a desconsideração da culpa referentemente à guarda dos filhos (existem vários acórdãos em igual sentido), inaugura igual desconsideração, agora em relação aos alimentos, mantendo, lamentavelmente, a modificação do nome de casada, com o que, evidentemente, não se pode concordar. Contudo, o tema não será aprofundado nesta oportunidade. A decisão consagra a admissão do critério necessidade, recomendando ainda a verificação da possibilidade, enfatizando o relevo da invocação, pelo juiz, do princípio da proporcionalidade, ao fixar os alimentos.

O grande equívoco está na subjetivação dos fundamentos e natureza jurídica dos alimentos.

Critérios de necessidade devem merecer absoluta objetivação para, de vez, desfazer a imbricação vetusta que insiste, equivocadamente, em manter o subjetivismo próprio da culpa como requisito para a concessão ou não de alimentos.

As estruturas legais e morais estão em permanente processo de renovação. Com a separação dos conceitos de família e casamento, pelo texto constitucional, resta possível avançar um pouco mais, para escapear descasamento por culpa e direito alimentário.

14 <http://www.tj.rj.gov.br>.

Finalizando, anotamos o acerto do direito alienígena, quando adota o pensionamento aprazado, determinando a pensão com base no critério de necessidade aliado à capacitação de mão-de-obra do alimentando para o mercado de trabalho, como, por exemplo, se conduz o direito alemão.

4 CONCLUSÃO

- a) A natureza jurídica da pensão alimentícia não tem duplo caráter. Trata-se de direito alimentar e não de indenização;
- b) manter a culpa como critério de concessão da pensão alimentícia é incurrir, erroneamente, a idéia de que o culpado está sendo sancionado duas vezes;
- c) a *culpa* não deve integrar os requisitos de concessão da pensão alimentícia, mas ser substituída pelo *critério de necessidade*;
- d) os alimentos têm por fundamento a necessidade do alimentando e o caráter exclusivo de direito alimentar decorrente do dever de mútua assistência;
- e) a pensão alimentícia, sempre que possível, deverá ser aprazada, objetivando possibilitar ao cônjuge que dela necessita conquistar condição (via laboral) de auto-sustento.

Em conclusão derradeira, pode ser afirmado, em sede de pensão alimentícia na separação ou divórcio, que o mito da culpa está desmistificado; o fundamento, bem localizado; o direito alimentar, bem colocado.

São estas as considerações possíveis.

5 BIBLIOGRAFIA

- CASES, José Maria Trepas. *Teoria irrestritiva ou imaterial do patrimônio* (s.d.).
- CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e separação*. 8. ed., São Paulo: RT, 1995, t. 2.
- FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família*: curso de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- MÜLLER, Friedrich. *Igualdade e normas de igualdade*, 1978. Arquivo: Egalite. Doc. Trad. Peter Naumann em 1997.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e união estável*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Jurisprudências. Consultado pela Internet em 16 de fevereiro de 2000. <http://www.stj.gov.br>.

TEPEDINO, Gustavo. O papel da culpa na separação e no divórcio. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Repensando o direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Jurisprudências. Consultado pela Internet em 16 de fevereiro de 2000. <http://www.tj.rj.gov.br>.

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS CONVIVENTES

Nicolau Eládio Bassalo Crispino

Professor de Direito Civil da Fundação Universidade Federal do Amapá - UNIFAP

Doutorando em Direito pela Universidade de São Paulo

Procurador de Justiça do Amapá

Diretor do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público/AP

Sumário

1. Considerações iniciais. **2.** Conceito de responsabilidade civil. **3.** Requisitos para existência da responsabilidade civil. **4.** Espécies de responsabilidade civil. **5.** A obrigação de indenizar na união estável. **5.1.** Casos de direito previdenciário. **5.2.** Indenização por serviços prestados. **5.3.** Obrigação alimentar. **5.4.** Os direitos e deveres entre os concubinos. Descumprimento. Responsabilidade. **6.** Conclusão. **7.** Bibliografia.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A responsabilidade civil dentro do Direito de Família é assunto que promove, e sempre promoveu, acirrados debates em torno da sua possibilidade jurídica, ainda mais quando se procura falar das obrigações oriundas da união estável.

Já houve tempo em que não se podia pleitear qualquer espécie de direito entre os companheiros que tivesse origem em razão do próprio concubinato, pois o casal representava uma mera união que, por vários motivos, entre os quais o próprio preconceito, não era admitida como fonte de obrigações entre seus membros.

Atualmente, a situação é diversa. A união estável há algum tempo vem gozando de proteção jurídica digna. A concubina faz jus a alimentos, é admitida na cadeia sucessória de seu companheiro e pode até se valer de um rol de direitos e deveres concernentes a esta espécie de família. Tais direitos e deveres são recíprocos, vale dizer, referem-se também ao concubino.

Mas, ao lado disso, surge a dúvida de ser possível falar em dano praticado por um companheiro contra o outro. Por outro lado, poder-se-ia, na união estável, mencionar a aferição de dano, seja ele de que espécie for (moral ou material), entre os próprios companheiros?

São dúvidas que tentaremos esclarecer neste pequeno ensaio, mostrando algumas de suas características, discutindo alguns casos concretos e identificando a sua possibilidade jurídica. É o que procuraremos demonstrar a seguir.

2 CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL

Buscando a origem do vocábulo, alguns autores, como *Álvaro Villaça Azevedo*¹ e *Maria Helena Diniz*,² afirmam que o termo “responsabilidade” deriva do verbo latino *respondere*, de *spondeo*, o qual correspondia à antiga “obrigação contratual do direito quirritário, romano, pela qual o devedor se vinculava ao credor nos contratos verbais, por intermédio de pergunta e resposta (*spondesne mihi dare Centum? Spondeo*, ou seja, prometes me dar um cento? Prometo)”.³

Portanto, a idéia de responsabilidade está sempre vinculada àquela de responder por alguma coisa.

A responsabilidade civil, segundo *Serpa Lopes*, “significa a obrigação de reparar um prejuízo, seja por decorrer de uma culpa ou de uma outra circunstância legal que a justifique, como a culpa presumida, ou por uma circunstância meramente objetiva”.⁴

Ao definir a responsabilidade civil, *Caio Mário da Silva Pereira*, após deter-se nas diversas definições ofertadas por outros doutrinadores, leciona que ela “consiste na efetivação da reparabilidade abstrata em relação a um sujeito passivo da relação jurídica que se forma. Reparação e sujeito passivo compõem o binômio da *responsabilidade civil*, que então se enuncia como o *princípio que subordina a reparação à sua incidência na pessoa do causador do dano*”.⁵

1 AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral das obrigações*, 1999, p. 272.

2 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, 1993, v. 7, p. 28.

3 AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Op. cit.*

4 LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*, 1995, v. 5, p. 160.

5 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1992, n. 8, p. 11.

Analisando o instituto, *Álvaro Villaça Azevedo* aduz que “responsabilidade civil é a situação de indenizar o dano moral ou patrimonial, decorrente de inadimplemento culposo, de obrigação legal ou contratual, ou imposta por lei.”⁶

Desse modo, ante as definições acima transcritas, afirmamos que a responsabilidade civil corresponde ao dever de determinado sujeito de reparar o prejuízo sofrido por outrem, em razão de um acordo anteriormente firmado, ou por imposição de lei.

A responsabilidade civil está sempre vinculada à idéia de reparar o dano causado. Sabemos, é claro, que em determinados casos, mesmo havendo o prejuízo causado, não há a imputação do dever de indenizar.

No tocante à reparabilidade de dano entre conviventes, pode-se aplicar a mesma definição até aqui analisada, como veremos mais adiante.

3 REQUISITOS PARA EXISTÊNCIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Há uma grande dificuldade em estabelecer quais os requisitos essenciais para a configuração da responsabilidade.⁷

Mas, enfrentando tal obstáculo, *Maria Helena Diniz* expõe que três são os elementos necessários para a configuração da responsabilidade: **1.** uma ação ou omissão; **2.** um dano patrimonial ou moral; e **3.** o liame entre os dois primeiros.⁸

A ação do agente caracteriza-se por um ato ilícito ou mesmo por um ato lícito, desde que, neste caso, a responsabilidade esteja fundada no risco e não na culpa propriamente dita.

No presente trabalho, interessa-nos, fundamentalmente, a responsabilidade civil com base na prática de ato ilícito, ou seja, com fundamento na culpa em sentido amplo, a qual abrange tanto a culpa em sentido estrito como o dolo do agente.

Ressalte-se que a regra geral que norteia a teoria da responsabilidade civil consiste na determinação de que o causador do dano o repare de acordo com o que se encontra insculpido no artigo 159 do Código Civil.

6 AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Op. cit.*, p. 273.

7 *Maria Helena Diniz* nos ensina que a caracterização desses requisitos é difícil, em função da grande imprecisão doutrinária. *Op. cit.*, p. 30.

8 *Idem.*

4 ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL

Basicamente, a responsabilidade civil se divide em duas grandes espécies: a responsabilidade contratual e a extracontratual.

A primeira corresponde à imposição de reparabilidade do dano em razão da existência de um acordo prévio entre as partes. Ocorre quando determinadas pessoas estabelecem algum acordo de vontade, regendo determinada conduta entre elas. Este contrato passa a valer como verdadeira lei entre as partes e o seu descumprimento por qualquer delas faz surgir o direito de pleitear indenização por aquele que se tornou lesado ante este inadimplemento.

Ao lado desta, existe a chamada responsabilidade extracontratual, também chamada de responsabilidade aquiliana. Esta, por sua vez, tem origem em um ato ilícito, causador de prejuízo.

Enquanto na responsabilidade contratual há um vínculo anterior entre o credor e o devedor, na responsabilidade delitual tal vínculo poderá não existir.

Da responsabilidade aquiliana, segundo leciona *Álvaro Villaça*, advêm duas outras subespécies, “a responsabilidade delitual ou por ato ilícito, que resulta da existência deste fora do contrato, baseada na idéia de culpa, e a responsabilidade sem culpa, fundada no risco”.⁹

Na primeira subespécie, deve-se aferir se o causador do dano agiu com dolo ou com culpa na prática danosa. Em relação à segunda, verifica-se apenas o acontecimento de determinado fato, previsto em lei, que enseje reparação.

Além dessas duas espécies, *Maria Helena Diniz* enumera a responsabilidade civil, de acordo com o seu próprio fundamento. Segundo este critério, a responsabilidade civil se divide em subjetiva e objetiva. A primeira existe em função “da culpa ou dolo, por ação ou omissão, lesiva a determinada pessoa.”¹⁰ Já na segunda, não se leva em conta se a conduta daquele que causou o dano é culposa ou dolosa, baseando-se o dever de indenizar apenas no risco.

5 A OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR NA UNIÃO ESTÁVEL

A união estável goza hoje de uma considerável proteção legislativa, tanto constitucional quanto infraconstitucional, representada não só pelas

9 AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral das obrigações*, 1999, p. 276.

10 DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, p. 93-94.

duas leis federais advindas após a Constituição de 1988 como também por vários textos legais que procuram tratar, com a devida importância, desta união, geradora que é de uma grande parcela dos lares brasileiros.

Entretanto, como dissemos acima, nem sempre foi assim. Já houve tempo em que a mera união de fato entre o homem e a mulher não trazia nenhuma garantia aos direitos inerentes a cada um deles, oriundos da própria relação que o casal formava.¹¹

Apenas para exemplificar, o Código Civil brasileiro pouco menciona a união concubinária, e em quase todos os dispositivos em que há referência a tal união, verificamos restrições à concubina.¹²

Mas, ao lado do Código Civil, foi surgindo uma legislação mais humana, menos preconceituosa, que amparava a concubina nos acidentes de trabalho e que lhe conferia benefícios previdenciários, por exemplo.

Entretanto, com o advento da Constituição de 1988, foi a união estável alçada ao patamar de relação jurídica formadora da família brasileira, ao lado da união matrimonial, o que fez com que merecesse maior atenção dos legisladores, doutrinadores e tribunais brasileiros.

Com isso, surgiram outras leis que trouxeram novas diretrizes a essas uniões concubinárias. Tais leis foram: a Lei 8.971, de 29 de dezembro de 1994, e a Lei 9.278, de 10 de maio de 1996.

5.1 Casos de Direito Previdenciário

Como leciona *Rodrigo da Cunha Pereira*, foi no Direito Previdenciário que a concubina começou a encontrar normas que lhe estabeleceram certas indenizações. Antes mesmo da promulgação do Código Civil, havia o Decreto 2.681, de 1912, que tratava da responsabilidade civil das estradas de ferro, no qual havia previsão de indenização por morte do companheiro.

Este foi o marco inicial das indenizações de Direito Previdenciário a que faz jus a concubina. E hoje a companheira – ou o companheiro – pode figurar, pacificamente, como dependente do segurado, de acordo com o Regulamento dos Benefícios da Previdência Social.

11 *José de Aguiar Dias* comenta julgado proferido, no ano de 1942, em Cambuquira/MG, em que o Juiz negou qualquer tipo de indenização à concubina, que havia casado no religioso e possuía alguns filhos. O ex-Ministro não concordou totalmente com a referida decisão (publicada na *Revista Forense* 92/735). *Da responsabilidade civil*. 9. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1994, v. 5, p. 74.

12 Como exemplo, vejamos os artigos do Código Civil: 248, IV, 1.177, 1.719 e 363, I. Este último dispositivo, um pouco diferente dos demais.

As leis previdenciárias, desde a primeira década de nosso século, sempre procuraram tratar o concubinato de maneira semelhante ao matrimônio, concedendo direitos tanto à concubina quanto à mulher casada.

O Professor *Rodrigo da Cunha Pereira* cita alguns julgados em que há direito à indenização pela morte do concubino, a benefícios acidentários e a prêmio de seguro.¹³

Porém, essas indenizações oriundas do Direito Previdenciário, acidentário, ou mesmo relativas a prêmios de seguros por morte ou invalidez, não são de responsabilidade civil por ato delitual de um companheiro contra o outro. Na verdade, caracterizam-se, de um modo genérico, pela responsabilidade de uma terceira pessoa indenizar, por ato lícito do companheiro, em favor do seu dependente, que nos exemplos dados é a sua companheira.

Há a imposição objetiva ao indenizador em reparar pela morte, invalidez ou outro fato que gere o Direito.

5.2 Indenização por serviços prestados

O papel da jurisprudência nacional foi fundamental no reconhecimento da união estável como uma das formas da família brasileira. Ante a ausência de leis que cuidassem com maior afinco da proteção das relações concubinárias, os tribunais nacionais realizaram função extremamente importante no início da proteção de que hoje goza esta relação de fato.

Até o advento da Lei 8.971/94, havia doutrinadores nacionais que relutavam em achar possível a concessão de alimentos entre os concubinos. Como lembra *Rodrigo da Cunha Pereira*, no intuito de substituir a obrigação alimentar que ainda não vinha sendo aceita pelos juristas, vieram alguns tribunais a conceder uma indenização pelos serviços prestados pela concubina, no lar do casal, durante a existência da união.¹⁴

13 O Professor *Rodrigo da Cunha Pereira*, em sua obra *Concubinato e união estável*. 5. ed., 1999, quando trata do concubinato e previdência social, traz à baila inúmeros julgados que confirmam este papel dos tribunais nacionais. Súmula 35 do STF: “Em caso de acidente do trabalho ou de transporte, a concubina tem direito de ser indenizada pela morte, se entre eles não havia impedimento para o matrimônio”; Súmula 122 do antigo TFR: “A companheira, atendidos os requisitos legais, faz jus à pensão do segurado falecido, quer em concorrência com os filhos do casal, quer em sucessão a estes, não constituindo obstáculo a ocorrência do óbito antes da vigência do Dec-lei 66, de 1966” (p. 100).

14 O Professor *Rodrigo da Cunha Pereira* também transcreveu alguns arestos que reportam esta primeira tendência jurisprudencial. *Op. cit.*, cap. 10, p. 85-86.

Era vexatório à concubina, depois de tantos anos dedicados ao lar e à família, dando todo o carinho e apoio ao companheiro, submeter-se à humilhação de buscar uma indenização por serviços prestados a ele, por ocasião da dissolução do concubinato.

Contudo, foi essa a fórmula encontrada pelos tribunais pátrios para não deixar a concubina, após o rompimento da união estável, completamente desamparada e sem a possibilidade de começar nova vida, desprovida do apoio do ex-companheiro.

Obviamente, tal indenização sofrida pelo companheiro também não representava reparação em virtude de ato ilícito por ele praticado. Poder-se-ia até dizer que a mencionada indenização tinha a finalidade de compensar a participação que a concubina teria no crescimento, sob todos os aspectos, do casal e, mais precisamente, do ex-companheiro, que, ao final, era compelido a cumprir tal obrigação.

Assim, tinha-se a finalidade de tentar amenizar a situação de penúria em que se encontrava a vida da concubina, que, após o decorrer de tantos anos de dedicação e amor ao companheiro, bem como à família dali originada, ficava desamparada, ao alvedrio da sorte, principalmente por não se ter preocupado em formar patrimônio próprio para o seu sustento.

5.3 Obrigação alimentar

Com o advento da Lei 8.971/94, veio a obrigação legal de alimentar o companheiro necessitado. O artigo 1.º desta lei estabelece que “a companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de cinco anos, ou dele tenha prole, poderá valer-se do disposto na Lei 5.478/68, enquanto não constituir nova união e desde que prove a necessidade”.

Este dispositivo veio admitir a obrigação alimentar entre os companheiros, tirando qualquer dúvida que pudesse existir na doutrina nacional quanto à possibilidade desta obrigação.

Ressalte-se, ainda, que a obrigação alimentar entre os concubinos não se encontra fundamentada no pressuposto básico da responsabilidade civil, qual seja, a reparação de um dano, por quem a ele deu origem.

A obrigação alimentar ora estudada não surge em virtude da existência de um dano causado entre o alimentando e o alimentado. Antes de surgir o dever de um companheiro prestar alimentos ao outro, pressupõe-se uma relação entre ambos, o que não quer dizer que esta obrigação alimentar

se origine do fato do alimentando ter causado prejuízo material ou moral ao alimentado.

As duas legislações referidas acima, ao tratarem da obrigação alimentar, confirmaram o entendimento doutrinário de que o convivente demandante de alimentos deve provar a sua necessidade aos mesmos. Diz o *caput* do artigo 1.º da Lei 8.971/94 que a companheira, para demandar os alimentos, deve provar a necessidade. Neste sentido, a Lei 9.278/96, no seu artigo 7.º, também estabelece, como requisito essencial para a prestação alimentar do companheiro demandado, a prova de necessidade do companheiro demandante.

A prestação alimentar deve sempre ser concedida sob a égide do binômio necessidade/possibilidade de que fala a doutrina, com fundamento no artigo 400 do Código Civil, o qual estabelece que “os alimentos devem ser fixados na proporção da necessidade do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada”.

E mesmo em relação à união estável não se pode afastar o entendimento de que a prestação alimentícia deve sempre obedecer à regra de ser ela necessária e possível, o que já vem sendo confirmado pelos tribunais nacionais.¹⁵

Ao pleitear alimentos, o companheiro necessitado deve fazer prova cabal da existência da relação estável entre o requerente e o requerido, prova esta essencial para a concessão da referida obrigação.¹⁶

Outro aspecto fundamental na obrigação alimentar é a questão da culpabilidade na ruptura do relacionamento familiar.

Pela determinação contida no artigo 19 da Lei do Divórcio, Lei 6.515/77, os alimentos somente serão prestados pelo cônjuge que deu causa à dissolução da sociedade conjugal.

Entendemos que esta mesma regra deve ser aplicada à concessão de alimentos entre companheiros; isso quer dizer que apenas o companheiro que tenha sido considerado culpado na ruptura da união estável é que poderá ser responsável pelo pagamento de pensão alimentícia ao outro que dela necessitar.

15 Como exemplo, cito um julgado publicado na *Revista Jurisprudência Brasileira* 173/277, São Paulo: Juruá, 1994, no qual o Desembargador Relator deixa de imputar alimentos ao concubino, ante a ausência de prova da possibilidade de o varão suportar o ônus de tal obrigação (ApCiv 178.409-1/5, TJSP, j. 02.12.1992).

16 Conforme podemos verificar na opinião de YARSHELL, Flávio Luiz. Tutela jurisdicional dos conviventes em matéria de alimentos. *Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família*. São Paulo: RT, 1996, v. 3, p. 56.

Zeno Veloso, ao tratar dos alimentos na união estável, leciona dessa forma, estabelecendo um paralelo entre a regra do artigo 19 da Lei do Divórcio e a prestação alimentícia para a companheira carecedora de tal provimento.¹⁷

Comentando o artigo 7.º da Lei 9.278/96, Álvaro Villaça afirma que o mesmo “trata de prestação de assistência material, de caráter alimentar, em caso de rescisão contratual, que deve ser paga pelo concubino culpado ao inocente, quando este necessitar desse pensionamento”.¹⁸

O Tribunal de Justiça de São Paulo assim já decidiu. Em julgado de 1996, houve a denegação de alimentos, ante a ausência de prova de culpa do requerido na ação de alimentos, quando da ruptura do concubinato.¹⁹

Ao lado da idéia da necessidade de aferição de culpa na dissolução para a prestação alimentar, há o entendimento de que, para a indenização de alimentos, não se deve procurar a responsabilidade pela ruptura da união, mas ater-se apenas ao binômio necessidade/possibilidade.²⁰

Além de tudo isso, a prestação alimentar na união estável tem por fundamento o dever de mútua assistência entre os companheiros. A Lei 9.278/96 estabeleceu, em seu artigo 2.º, que são direitos e deveres iguais dos conviventes:

- I – respeito e consideração mútuos;
- II – assistência moral e material recíproca;
- III – guarda, sustento e educação dos filhos comuns.

Hoje, com o advento da aludida lei, os companheiros, ao se unirem para formar uma família, devem observar os referidos ditames legais a eles impostos.

17 VELOSO, Zeno. *União estável*. Belém: Cejup, 1997, p. 21.

18 AZEVEDO, Álvaro Villaça. Com a promulgação da Lei 9.278, em 10 de maio de 1996, está em vigor o Estatuto dos Concubinos. *Revista Literária de Direito*. São Paulo: Editora Literária de Direito, maio/jun. 1996, p. 21.

19 Ementa: “Alimentos – Ação movida por ex-concubina, que se qualifica como casada – inaplicabilidade do benefício previsto na Lei 8.971/94, que exige que os companheiros sejam solteiros, viúvos, desquitados ou divorciados – Ausência de prova de culpa do requerido pela ruptura do concubinato – Recurso provido.” AC 13.008-4/1, Rel. Des. César Lacerda, j. 06.11.1996, DJ/SP, 10.01.1997, p. 15. *Repertório IOB de Jurisprudência* 06/97, caderno 3, p. 109.

20 João Baptista Villela defende esta posição no n. 23 de seu artigo Alimentos e sucessão entre companheiros: apontamentos críticos sobre a Lei 8.971/94. *Revista IOB*, 1995. Também é defendido por outros doutrinadores, como Rodrigo da Cunha Pereira. *Op. cit.*

Se há muito o concubinato caracterizava-se por uma mera união de fato, sem regras norteadoras próprias, atualmente há normas que impõem determinadas condutas entre os companheiros, condutas estas que se assemelham àquelas impostas aos cônjuges.

Falamos sempre em concubina que se encontra abandonada pelo seu companheiro, mas nada impede que o companheiro possa pleitear esse mesmo direito a alimentos, desde que preencha os requisitos acima demonstrados.

5.4 Os direitos e deveres entre os concubinos. Descumprimento. Responsabilidade

A Lei 9.278/96, que regulamentou o § 3.º do artigo 226 da Constituição brasileira, trouxe os direitos e deveres recíprocos entre os concubinos.

O citado diploma legal, como vimos destacando, inovou no relacionamento concubinário. Atualmente, os conviventes, na união estável, são obrigados a observar regras semelhantes àquelas inerentes ao contrato matrimonial.²¹

Antes da promulgação da Constituição de 1988, havia autores que entendiam não existirem deveres impostos aos conviventes em sede de concubinato, ante a perfeita liberdade que havia entre ambos.²²

Entretanto, nos dias de hoje, a situação é diversa. Autores brasileiros, como *Álvaro Villaça*, *Rui Geraldo Camargo Viana* e *Zeno Veloso*,²³ são categóricos em afirmar que estes deveres impostos aos concubinos retratam a situação atual em que os mesmos se encontram.

Em razão da existência desses deveres impostos aos conviventes, como poderíamos resolver os casos de descumprimento?

Caso algum dos companheiros venha a descumprir um desses deveres, pode o outro pleitear a dissolução da sociedade concubinária, devendo aquele que for responsável pela desunião do casal responder por uma possível prestação alimentícia.

21 Sobre o assunto, ver o artigo de nossa lavra: A união estável e os direitos e deveres recíprocos dos companheiros. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo* 92/121, Serviço Técnico de Imprensa, 1997.

22 *Aliomar Baleeiro*, citado por *Washington de Barros*, juntamente com este último, entendia dessa forma. In: MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1994, v. 2, p. 22. Ressalte-se que tal pensamento é bem antigo, datando de antes da Constituição de 1988.

23 VILLAÇA, Álvaro. *Do concubinato ao casamento de fato*. Belém, 1987; VIANNA, Rui G. Camargo. *Família e filiação*. São Paulo, 1996; VELOSO, Zeno. *União estável*. Belém, 1997. Ressalte-se que a posição do citado Professor *Villaça* antecedeu à própria Constituição vigente.

Isso não quer dizer que, havendo o descumprimento de um desses deveres impostos no artigo 2.º da Lei 9.278/96, por parte de um dos companheiros, automaticamente deve ele responder por uma conseqüente indenização pelo suposto prejuízo causado ao outro.

Se o homem faltar com o respeito à sua mulher, levando ao rompimento do casal, por exemplo, não quer dizer que este fato, por si só, venha possibilitar indenização por parte do companheiro em favor da companheira.

O inadimplemento a dever, constante dos incisos do artigo 2.º da Lei 9.278/96, não deverá ensejar, imediatamente, responsabilidade civil daquele que o descumpriu, em favor do outro que não contribuiu para esse fato.

Entretanto, isto não significa que devemos afastar a idéia de responsabilidade civil entre os conviventes. Ante a prática de um ato ilícito de um companheiro contra o outro, o autor do dano não poderá ficar imune ao ressarcimento de um possível prejuízo causado ao seu companheiro, em virtude deste ato.

Mesmo que tal ação venha a pôr em risco a sociedade concubinária, colocando em xeque a união estável existente entre o casal, vindo até a ser dissolvida, a nosso ver, causando qualquer espécie de dano, deve o seu autor ser responsabilizado por este prejuízo.

Aguiar Dias aduz que a doutrina e a jurisprudência negam a reparação de dano pela simples ruptura do concubinato, mas há casos que, pela situação em que a concubina se encontrava após a separação, mereceram uma preocupação maior por parte do julgador.²⁴

O Professor *Aguiar Dias*, comentando um antigo julgado de Minas Gerais, que não concedeu nenhum direito à concubina abandonada pelo concubino, ficando completamente desamparada, mostra um certo descontentamento com esta decisão. Por seus argumentos, ela mereceria alguma forma de indenização, já que, após longos anos de casamento religioso, foi abandonada pelo seu companheiro. Este último, pessoa abastada, deixou a companheira, mulher ignorante, sem o seu sustento, juntamente com os filhos do casal.²⁵

Ainda na primeira metade do nosso século, o citado mestre já entendia que, em determinados casos, a concubina poderia ser credora de indenização por danos por ela sofridos em função de atos praticados pelo seu ex-companheiro.

²⁴ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 9. ed., v. I, p. 74.

²⁵ Este julgado, de 1942, foi comentado por DIAS, Aguiar. *Revista Forense* 92/735.

Sendo assim, cremos que o simples fato da ruptura não enseja reparação de danos por parte de um dos companheiros em favor do outro. No entanto, nada impede que, no momento da dissolução, tenha um dos companheiros praticado um ato ilícito que venha a causar prejuízo moral ou material ao outro, mesmo que este ato seja o motivo da ruptura da união. Se assim ocorrer, deve este dano ser ressarcido.

Moura Bittencourt, ao analisar as dissoluções das uniões concubinárias de longa duração, admite a possibilidade de reparação de dano moral, mas desde que o ato ilícito seja praticado por um terceiro.²⁶ Entendemos que tal reparabilidade deve se originar de qualquer ato ilícito, seja de terceiro, seja ainda praticado por qualquer dos dois concubinos.

Ainda neste mesmo pensamento, *Maria Helena Diniz* leciona que “o concubinato, em si mesmo, não fundamenta nenhum direito do amante repudiado, mas nada obsta que pleiteie uma indenização pelo rompimento de concubinato que lhe tenha causado prejuízo de ordem moral ou patrimonial.”²⁷

Para dar sustentação fática para este pensamento, imaginemos duas situações.

Suponhamos que uma mulher que tenha vivido em concubinato com determinado homem, sem motivo algum tenha sido bastante surrada por ele, chegando a se separar em virtude desse espancamento. Esta surra ocorreu de uma forma tal que lhe causou deformidade permanente em toda a sua face. Mesmo tendo este fato sido o motivo da dissolução do casal, não poderia ela receber indenização pelo dano moral sofrido?

Nesse mesmo sentido, imaginemos determinada mulher que, após tantos anos de convívio com seu companheiro, venha a injuriá-lo de tal forma que impossibilite a vida em conjunto, mormente em uma cidade pequena ou média, onde quase todos os habitantes se conhecem. Será que este homem, sofrendo imensamente com o que a sua companheira fez, não poderia pleitear uma espécie de indenização pelo prejuízo moral por ele vivenciado? Será que, somente pelo fato desta injúria ter sido o verdadeiro motivo da dissolução da união estável, ele não poderia ver o seu provado dano moral ressarcido?

Entendemos que nesses dois casos acima exemplificados, caracterizados os danos vividos por eles, podem os mesmos vir a pleitear a indenização devida.

26 BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Concubinato*. 2. ed., São Paulo: Leud, n. 241, p. 160.

27 DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, p. 115.

Os tribunais brasileiros já se têm manifestado a respeito da responsabilidade civil entre conviventes, com posições divergentes.

Em São Paulo, o Tribunal de Justiça entendeu não ser possível a caracterização do ilícito civil de sedução com promessa de casamento, de que fala o inciso III do art. 1.548 do Código Civil, em favor de mulher separada, mãe de dois filhos, que manteve relacionamento sexual livre com o homem com quem vivia.²⁸

Quanto à contaminação pelo vírus da AIDS de um companheiro pelo outro, o Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu ser possível a indenização por dano moral e patrimonial para aquele que foi contaminado pelo outro.²⁹

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul decidiu não caber, em favor da concubina, nem indenização por serviços prestados, muito menos por danos morais praticados pelo concubino. No primeiro ponto, em razão de tais serviços serem decorrentes do dever de mútua assistência, e no segundo, em virtude da “inviabilização da relação afetiva” ser da ordem natural da vida.³⁰

Segundo este Tribunal, não podemos falar em indenização por danos morais no momento da ruptura da vida em união estável. Contudo, se formos imaginar desta forma, chegaremos à conclusão de que qualquer dano moral sofrido por um companheiro praticado pelo outro, no momento da dissolução do concubinato, não deve ser ressarcido.

Não concordamos com a generalidade decorrente dessa decisão do Tribunal gaúcho, pois, assim sendo, estar-se-á deixando de lado o mandamento constitucional de indenizar dano moral sofrido, insculpido no inciso X do artigo 5.º da Constituição brasileira. O dano moral, mesmo o praticado por um companheiro contra o outro, ainda que este ato seja o causador da ruptura da união estável, deve ser ressarcido.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, em julgado recente, decidiu que “é inadmissível a rejeição liminar, sob a alegação de falta de supedâneo jurídico, de ação indenizatória proposta contra ex-companheiro por mulher que por ele foi abandonada após engravidar, perder o emprego e em consequência abortar involuntariamente, pois no caso existe adequação jurídica, interesse e legitimidade, eis que articula uma pretensão amparada pelo direito e pela moral”.³¹

28 Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo. *LEX*, 1995, v. 165, p. 86.

29 ApCiv 248.641-1/8 – Barretos/SP, Rel. Des. *Quaglia Barbosa*, j. 23.04.1996.

30 ApCiv 596.076.232 – Pelotas/RS, 7.ª Cam. Civ., j. 16.10.1996.

31 Ap. 066.960-4/8, 2.ª Câ., j. 23.02.1999, Rel. Des. *Énio Santarelli Zuliani*, publicado na RT 765/191.

Os tribunais nacionais ainda não firmaram posição definitiva e segura quanto à possibilidade ou não de indenização por ato ilícito de companheiro, durante a vigência da união estável. Há divergências, as quais os Magistrados, no futuro, diante do caso concreto, saberão estudar, analisar, e tratar do modo que a atualidade exige.

Mas devemos fixar a idéia de que para o caso de responsabilidade civil por ato delituoso de um companheiro são aplicáveis todas as regras, fundamentos e princípios que regem a responsabilidade civil geral.

Isto se deve, a nosso ver, à necessidade de aplicar o princípio fundamental da responsabilidade civil, de que todo e qualquer prejuízo deve ser reparado.

Desse modo, as indenizações advindas da prática de ato danoso de um companheiro contra o outro não necessitam da criação de uma nova modalidade de reparação civil, com legislação própria e regras diferenciadas. Estes ressarcimentos devem ser tratados pelos próprios fundamentos da responsabilidade civil em geral.

6 CONCLUSÃO

A união estável, como entidade familiar consagrada constitucionalmente, possui, em nossos dias, um sistema capaz de trazer instrumentos jurídicos suficientes para amparar os companheiros quando deles necessitarem.

As obrigações alimentares, antes compensadas pelas indenizações por serviços prestados, requeridas pela companheira que, ao ficar sozinha, depois de uma longa vida em comum, encontrava-se desamparada, hoje são praticamente incontestáveis. No entanto, é necessário haver prova irrefutável da existência da união duradoura, preenchidos os requisitos da necessidade/possibilidade, ao lado da responsabilidade na ruptura da união.

A responsabilidade civil entre os conviventes deve seguir os mesmos fundamentos de direito comum. O dano praticado por um dos conviventes contra o outro não pode ficar sem o conseqüente ressarcimento.

Se este dano, seja ele de que espécie for, praticado por qualquer dos companheiros, não puder ser indenizado por quem tenha lhe dado origem, cairá por terra o fundamento principal da responsabilidade civil, qual seja, do ressarcimento do dano sofrido.

Eximir a indenização do dano moral praticado pelo homem contra sua ex-companheira, apenas pela afirmação de que a “inviabilização de relações

humanas, notadamente de relações afetivas na vida comum, é da ordem natural das coisas”,³² significa deixar o causador do dano suficientemente crente de que estas e outras ações contra a sua companheira ficariam sempre impunes.

7 BIBLIOGRAFIA

- AZEVEDO, Álvaro Villaça. Com a promulgação da Lei 9.278, em 10 de maio de 1996, está em vigor o Estatuto dos Concubinos. *Revista Literária de Direito*. São Paulo: Editora Literária de Direito, maio/jun. 1996.
- _____. *Do concubinato ao casamento de fato*. Belém, 1987.
- _____. *Teoria geral das obrigações*. 7. ed., São Paulo: RT, 1999.
- BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Concubinato*. São Paulo: Leud, 1985.
- CRISPINO, Nicolau Eládio Bassalo. A união estável e os direitos e deveres recíprocos dos companheiros. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. Serviço Técnico de Imprensa, 1997, v. 92.
- DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 9. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1994, v. I.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993, v. 7.
- LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*. 4. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995, v. V.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1994, v. 2.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e união estável*. 5. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- VELOSO, Zeno. *União estável*. Belém: Cejup, 1997.
- VIANA, Rui Geraldo Camargo. *Família e filiação*. São Paulo, 1996.
- VILLELA, João Baptista. Alimentos e sucessão entre companheiros: apontamentos críticos sobre a Lei 8.971/94. *Revista IOB* 7, 1995.
- YARSHELL, Flávio Luiz. Tutela jurisdicional dos conviventes em matéria de alimentos. *Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família, aspectos constitucionais, civis e processuais*. São Paulo: RT, 1996, v. 3.

32 Trecho do voto do relator da ApCiv 596.076.232 – Pelotas/RS, j. 16.10.1996, da 7.ª Câm. Civ. do TJE/RS.

Julgados

- BRASIL, Juízo Municipal de Cambuquira/MG. Juiz Jorge Beltrão. 09.09.1942. *Revista Forense* 92/735, 1942.
- BRASIL, Tribunal de Justiça de São Paulo. ApCiv 13.008-4/1. Rel. Des. César Lacerda, j. 06.11.1996. *Repertório IOB de Jurisprudência* 06/97, caderno 3.
- BRASIL, Tribunal de Justiça de São Paulo. ApCiv 066.960-4/8, 2.^a Câ. Martinópolis/SP. Rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani, j. 23.02.1999. *Revista dos Tribunais* 765/191.
- BRASIL, Tribunal de Justiça de São Paulo. ApCiv 178.409-1/5 – Mirandópolis/SP. Rel. Des. Jorge Almeida, j. 02.12.1992. *Jurisprudência Brasileira* 173/277, Curitiba, Juruá, 1994.
- BRASIL, Tribunal de Justiça de São Paulo. ApCiv 214.166-1/SP. Rel. Des. Renan Lotufo, j. 20.09.1994. *LEX* 165/86, 1995.
- BRASIL, Tribunal de Justiça de São Paulo. ApCiv 248.641-1/8 – Barretos/SP. Rel. Des. Quaglia Barbosa, j. 23.04.1996. *Boletim AASP* 2008/04-M.
- BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. ApCiv 596.076.232 – Pelotas/RS, j. 16.10.1996.

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS CÔNJUGES

Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos Santos

Mestra e Doutora em Direito Civil pela Universidade de São Paulo
 Professora Titular de Direito Civil na Fundação Armando Álvares Penteado
 Professora Adjunta de Direito Civil na Universidade Presbiteriana Mackenzie
 Advogada

Sumário

1. O Direito de Família na travessia do milênio. **2.** Casamento: aplicabilidade e eficácia dos princípios da responsabilidade civil. **3.** Casamento e sua regulamentação jurídica. **4.** Deveres conjugais e igualdade. **5.** Descumprimento dos deveres conjugais e respectivas conseqüências. **5.1.** Conseqüências do descumprimento de dever conjugal explicitamente previstas em lei. **5.2.** Conseqüência perfeitamente aplicável no Direito brasileiro. **6.** Considerações finais. **7.** Bibliografia.

1 O DIREITO DE FAMÍLIA NA TRAVESSIA DO MILÊNIO

Enormes e profundas modificações se operaram na família no decorrer do último milênio.

No plano dos fatos, a igualdade entre homens e mulheres se impunha, a isonomia entre os filhos se fazia indispensável, a tutela de todas as relações familiares, oriundas ou não de casamento, se exigia.

No entanto, o ordenamento jurídico permanecia em descompasso com as evoluções ocorridas na família.

Assim, aquele conjunto de normas ordenado para possibilitar a coexistência social, no campo do Direito de Família, estava voltado a um sistema social e familiar ultrapassado.

Doutrina e jurisprudência tentavam acompanhar as evoluções nas relações familiares.

Mas a outra forma de expressão do Direito – a legislação –, apresentava, com um retardo enorme, uma ou outra adaptação aos novos tempos.

Exemplifique-se com a chefia da sociedade conjugal, atribuída ao marido mesmo após o Estatuto da Mulher Casada, da década de 1960, Estatuto este que teve a maior valia na retirada das mulheres casadas do elenco de pessoas relativamente capazes; com a impossibilidade de reconhecimento da filiação extraconjugal, a não ser diante do desfazimento da sociedade conjugal do genitor adúltero; com a absoluta impossibilidade de reconhecimento da filiação incestuosa; com a negação do direito a alimentos aos conviventes.

A Constituição da República de 1988, nossa Lei Maior, consagrou os princípios da absoluta igualdade entre pessoas casadas, da total isonomia entre filhos, independentemente de sua origem, da proteção à união estável e à família monoparental (arts. 226 e 227).

Finalmente o ordenamento legal, no plano constitucional, alcançou as evoluções sociais.

Porém, na legislação infraconstitucional ainda permanecem dispositivos que conflitam flagrantemente com os princípios constitucionais e que não foram recepcionados pela Lei Maior, o que se verifica especialmente na matéria do casamento. É preciso, por isso, analisar com toda a cautela as normas da legislação ordinária sobre Direito de Família, com vistas à verificação de sua vigência.

Aquelas evoluções sociais e familiares, atendidas no plano constitucional, pautam-se nos valores fundamentais da igualdade e da liberdade, na preservação dos direitos fundamentais da pessoa, ou direitos da personalidade, na denominação utilizada no âmbito do Direito Civil.

No entanto, ao lado desses valores e como pedra angular de sua preservação está o senso de responsabilidade que deve nortear os membros de uma família, para que esta seja centro de preservação do ser humano e não meio de destruição da pessoa e daquele núcleo essencial da nação.

Com base nessa idéia foi desenvolvida a tese defendida e aprovada pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, intitulada *Reparação civil na separação e no divórcio*, publicada pela Editora Saraiva, que contém mais detalhamentos sobre a matéria exposta neste artigo.¹

1 SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Reparação civil na separação e no divórcio*. São Paulo: Saraiva, 1999.

2 CASAMENTO: APLICABILIDADE E EFICÁCIA DOS PRINCÍPIOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

As relações conjugais são repletas de aspectos: sentimentais, religiosos, pessoais e patrimoniais, envolvendo duas pessoas num projeto grandioso, preordenado a durar para sempre.

Mas nem sempre isso acontece. O sonho acaba, o amor termina; o rompimento é inevitável, cabendo ao Direito oferecer instrumentos para reequilibrar a situação pessoal e patrimonial dos cônjuges.

Dentre esses instrumentos, destaca-se a aplicação dos princípios da responsabilidade civil ou reparação civil de danos nas relações de casamento.

Se um acidente de trânsito, mesmo que provoque um pequeno prejuízo, gera ao culpado o dever de repará-lo, se a propaganda enganosa fomenta a reparabilidade de danos acarretados aos consumidores, se o extravio de bagagem em transporte aéreo enseja a indenização pelos prejuízos ocasionados ao passageiro, se até mesmo a pessoa jurídica é alvo de resguardo da honra objetiva, com direito à reparação dos danos a esse direito da personalidade, qual seria a razão para a inadmissibilidade do direito do cônjuge à indenização pelos danos oriundos de violação por seu consorte de dever conjugal?

Não há qualquer motivo que impeça a indenização por danos morais e materiais ocasionados por violação a dever do casamento.

O Direito de Família, que regula as relações dos cônjuges, não está num pedestal inalcançável pelos princípios da responsabilidade civil.

Pensamento diverso, o de colocar o casamento num plano superior, na verdade deixa de oferecer proteção aos cônjuges, impedindo-lhes a utilização do melhor e mais eficaz instrumento jurídico existente para assegurar condições existenciais da vida em sociedade: a reparação civil de danos.

Além disso, os deveres dos cônjuges – dentre os quais se destaca a proteção e o respeito aos direitos da personalidade do consorte, como o direito à vida, à integridade física, à honra, à liberdade de pensamento e sua expressão, de crença e de exercício profissional – seriam transformados em meras recomendações, sem as devidas conseqüências por sua infração, a favorecer o seu inadimplemento.

“O texto que obriga uma pessoa a fazer ou não fazer alguma coisa tem, normalmente, caráter absoluto. É oponível por toda a vítima da inobservância desse texto. É oponível a todo o autor dessa violação. Toda a violação a

dever matrimonial acarreta uma responsabilidade entre os consortes”, já pregava o jurista *Savatier*, na primeira metade do século XX.²

São inúmeras as situações em que violações a deveres do casamento acarretam danos às pessoas envolvidas nessas relações.

Apenas alguns exemplos, extraídos de decisões dos tribunais, referentes ao casamento e à união estável – eis que também nesta forma de família os mesmos princípios da responsabilidade civil são aplicáveis:³ o abandono material e moral do marido que, em razão de acidente, fica paraplégico; a acusação infundada em demanda judicial, com imputação injuriosa de prática de adultério, que não restou provada; a simulação de gravidez pela mulher, que obtém, por meio desse pretexto, ordem judicial para a saída forçada do marido do domicílio conjugal; a contaminação da convivente pelo vírus da AIDS de que era portador seu companheiro, o qual tinha consciência da doença e mantinha relação sexual com a consorte, sem tomar as devidas cautelas de uso de preservativo; o abandono da consorte, após seu engravidamento, perda de emprego e aborto.

Bem se vê que os lesados nessas circunstâncias, dentre tantas outras, merecem a devida indenização pela reparação de danos morais e materiais, a compensar-lhes as angústias e perdas sofridas e a servir de desestímulo à prática de outros atos semelhantes pelo lesante.

É inegável que os princípios da responsabilidade civil aplicam-se em todas as relações jurídicas, independentemente de sua origem e dos sujeitos nelas envolvidos.

3 CASAMENTO E SUA REGULAMENTAÇÃO JURÍDICA

No Direito, o casamento é regulamentado desde a sua preparação e celebração (formalidades e impedimentos matrimoniais, validade e invalidade, anulação e nulidade), em seus efeitos pessoais e patrimoniais (deveres, direitos, regime de bens), até a sua ruptura pela separação ou divórcio, e mesmo após seu rompimento, em que se destaca a pensão alimentícia.

Regulamentação em excesso? O casamento realmente necessita de toda essa regulamentação? Se a família precede ao Estado, seria dispensável tanta regulamentação para que um núcleo familiar se constitua e sobreviva?

2 SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile en droit français*. 12. ed., Paris: LGDJ, 1951, t. I, p. 11.

3 SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Responsabilidade civil dos conviventes*, Síntese/IBDFAM, ano 1, n. 3, out./nov./dez. 1999, p. 24-39.

Em certos aspectos, acreditamos que existe uma regulamentação excessiva, como a imutabilidade do regime de bens, a vedação à separação consensual antes de completar-se dois anos de casamento,⁴ a restrição do divórcio direto à hipótese de separação de fato por dois anos.

No entanto, em outros aspectos é indispensável o estabelecimento de regras de conduta aos cônjuges, tendo em vista assegurar a manutenção do núcleo familiar, que é a base da sociedade e, por conseguinte, da nação, bem como a integridade física e moral de seus membros. É também indispensável que outras regras sejam estabelecidas, com vistas à resolução dos conflitos entre os cônjuges.

Dentre essas regras indispensáveis estão aquelas que estabelecem os deveres conjugais, como a fidelidade recíproca e a mútua assistência – dever de respeitar e proteger o cônjuge –, bem como a absoluta igualdade no casamento quanto aos deveres conjugais.

Pode-se imaginar o caótico cenário que se instalaria se não fossem estabelecidos certos efeitos jurídicos ao casamento. Nossa sociedade, formada sobre base familiar monogâmica, perderia, mesmo que parcialmente, essa característica, possibilitando formações familiares poligâmicas. Outras conseqüências desastrosas adviriam, como já ocorreram quando não era estabelecida a absoluta igualdade entre os cônjuges, com a imposição da lei ditada pelo mais forte, sempre em prejuízo do mais fraco.

É também indispensável que o ordenamento jurídico, para o cumprimento de suas finalidades, estabeleça as conseqüências do rompimento do casamento, com vistas ao reequilíbrio da situação dos cônjuges.

Ainda, é imprescindível que o ordenamento jurídico estabeleça as conseqüências do descumprimento dos deveres conjugais, sob pena de tais deveres assumirem característica de meras recomendações, como antes já acentuamos, sem qualquer sanção por sua violação, a favorecer o seu inadimplemento.

4 DEVERES CONJUGAIS E IGUALDADE

Para a manutenção da verdadeira harmonia no casamento, é preciso que os cônjuges sejam tratados pelo ordenamento jurídico com absoluta igualdade.

4 Essas idéias estão expressas nas “Sugestões ao Projeto de Código Civil: direito de família”, realizadas por *Álvaro Villaça Azevedo* e *Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos Santos*. RT 730/32 e 731/18.

Foi de grande relevância, nesse sentido, o estabelecimento pela Constituição da República de 1988 do princípio da isonomia no casamento.

Embora nossas Constituições sempre tenham reconhecido o princípio de que a lei deve ser igual para todos, a legislação ordinária por longos anos estabeleceu regras marcadas pela desigualdade entre os homens e as mulheres no casamento.⁵

A título de exemplo, sob a égide da Constituição de 1824, o marido tinha o direito de castigar sua mulher, a ponto de poder matá-la se a encontrasse em adultério (*Ordenações Filipinas*, Livro V, Títulos XXXVI, § 1.º, e XXXVIII). O adultério da mulher ocorria diante de uma única relação sexual fora do casamento. Por outro lado, o marido, que não podia sofrer a mesma punição, somente era havido como adúltero se sua concubina fosse teúda e manteúda.⁶

Com a promulgação do Código Civil brasileiro,⁷ que é de 1916, as mulheres casadas foram consideradas “pessoas relativamente incapazes”, ao lado dos menores púberes, dos pródigos e dos silvícolas (art. 6.º); ao marido foi atribuída, com exclusividade, a chefia da sociedade conjugal (art. 233), e o pátrio poder sobre os filhos também cabia ao varão (art. 240).

Somente em 1962, com o *Estatuto da mulher casada*,⁸ iniciou-se o movimento legislativo de equiparação entre o homem e a mulher no casamento, aliviando as desigualdades, sem, no entanto, tê-las suprimido completamente. Desse modo, as mulheres casadas foram excluídas do elenco das pessoas relativamente incapazes (art. 6.º, CC), mas ao marido continuou a caber a chefia da sociedade conjugal, embora devesse exercê-la com a colaboração da mulher (art. 233, *caput*). A mulher adquiriu a titularidade do pátrio poder, que antes era exclusivamente do marido, mas seu exercício continuou a caber ao pai, sendo a mãe apenas colaboradora nesse mister (art. 380, *caput* e parágrafo único). A título de exemplo, ao homem continuou a caber a administração dos bens do casal e o poder de fixar o local do

5 A Constituição de 1824, artigo 179, XIII, estabelecia que “a lei será igual para todos, quer proteja e quer castigue (...)”. A Constituição de 1891, artigo 72, § 2.º, também dispôs: “Todos são iguais perante a lei (...)”. A Constituição de 1934, art. 113, § 1.º, estatuiu: “Não haverá privilégios, nem distinções, por motivo de sexo (...)”. As Constituições de 1937 e 1946, artigos 122, § 1.º e 141, § 1.º, respectivamente, dispuseram: “Todos são iguais perante a lei (...)”. A Constituição de 1967, artigo 150, § 1.º, ditou: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo (...)”, princípio que foi confirmado pela Emenda 1, de 1969, artigo 153, § 1.º.

6 Lei de 20.10.1823, que determinava a aplicação das Ordenações Portuguesas.

7 Lei 3.071, de 01.07.1916.

8 Lei 4.121, de 27.08.1962.

domicílio da família; por outro lado, o homem continuou obrigado a sustentar a família.

A justificar a prevalência do homem sobre a mulher nas relações conjugais, bem como os “favores” que a legislação infraconstitucional dava à esposa, dizia-se que a harmonia no casamento depende de uma unidade diretiva, dizia-se que o homem era a pessoa mais adequada para exercer essa direção, e ainda é dito, em nossos dias, que a direção unificada evita a instabilidade, de modo que problemas cotidianos devem ser resolvidos pela preponderância de um dos consortes.

A prevalência masculina pode aparentar a existência de harmonia ou de estabilidade, mas é somente por meio da absoluta igualdade entre cônjuges que se encontra terreno fértil para o alcance da harmonia e da estabilidade real num casamento. A família não pode ser equiparada a uma empresa, em que há necessidade de uma única direção. Eventuais conflitos na gestão somente trazem à tona os problemas que permeiam a convivência conjugal, cabendo aos cônjuges buscarem o entendimento e a composição ou recorrerem ao Poder Judiciário para a solução do conflito.

Verifica-se, assim, a relevância da Constituição da República de 1988, a qual, além dos princípios gerais de que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (...)” e que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações (...)”, estatuídos no artigo 5.º, *caput* e inciso I, estabeleceu expressamente que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”, no artigo 226, § 5.º.

No entanto, passada mais de uma década da promulgação da Constituição da República, as disparidades ainda constam da legislação infraconstitucional, que não recebeu as alterações necessárias.

Em face dessa inércia legislativa, os efeitos jurídicos do casamento precisam ser examinados com a devida atenção e adaptação aos novos princípios de Direito da Família ditados pela Constituição da República de 1988.

Lembre-se que a referida norma constitucional não foi condicionada a lei ordinária posterior e é completa e definida quanto à hipótese e à disposição.

Ao estabelecer que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”, o artigo 226, § 5.º, da Constituição da República contém completa definição da hipótese – direitos e deveres oriundos do casamento – e da disposição – igualdade entre os sexos.

Assim, essa norma constitucional é auto-aplicável ou auto-executável.

Além disso, como ensina *J. H. Meirelles Teixeira*, “não se poderia admitir, dentro de um mesmo ordenamento jurídico em que é suprema a Consti-

tuição, normas em sentido oposto, sancionando princípios, valorações, finalidades diversas, quando uma dessas normas se apresentar como norma constitucional”.⁹

Todas as regras da legislação ordinária que conflitam com o princípio de igualdade conjugal não mais vigoram.

Nem poderia ser de outro modo, eis que a falta de normas adequadas, constatada nos anos já passados da entrada em vigor da Constituição da República de 1988, sem que a legislação ordinária tenha se dedicado à modificação dos dispositivos contrários àquele princípio de igualdade, é inconstitucional e não pode servir de apoio à manutenção e vigência das disparidades entre os cônjuges.

Assevere-se que pensamento diverso importaria numa “inversão de valores”, com a superposição da legislação ordinária às regras constitucionais.¹⁰

Assim, a outorga de direitos e deveres iguais aos cônjuges tornou-se eficaz desde a promulgação da Constituição da República de 1988, malgrado a legislação infraconstitucional permaneça omissa desde então.¹¹

Dentre esses deveres destacam-se aqueles de cunho pessoal.

A fidelidade é o dever de lealdade, sob os aspectos físico e moral, de um dos cônjuges para com o outro, quanto à manutenção de relações que visem à satisfação do instinto sexual dentro da sociedade conjugal. Nesse conceito não é apenas o adultério, relação carnal fora do casamento, que caracteriza descumprimento desse dever. Todo ato que tenha em vista satisfazer aquele instinto, como o namoro do cônjuge com terceira pessoa, é havido como infração ao dever de fidelidade, mesmo sem chegar à cópula carnal, que, por sinal, é de difícil prova.

A coabitação é o dever de relacionamento sexual entre os cônjuges durante a sua convivência no lar conjugal, na definição de *Álvaro Villaça Azevedo*, que vai muito além da simples moradia em comum. Vê-se, assim, que os cônjuges têm o dever de relacionar-se fisicamente, por razões da própria natureza humana, eis que a prática sexual é uma necessidade fisiológica ou vital.¹²

A assistência imaterial baseia-se no amor, que se presume existir entre os cônjuges, razão pela qual pode parecer impossível delimitar seu conteúdo

9 TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 339-343.

10 SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 2. ed., São Paulo: RT, 1982, p. 82.

11 SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Reparação civil na separação e no divórcio*, p. 63-70.

12 AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Dever de coabitação: inadimplemento*. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 196-197.

no plano jurídico.¹³ Porém, é exatamente a idéia de afeição contida nesse dever que acarreta sua extrema relevância, eis que nele se manifesta a coincidência desse sentimento com a comunhão de esforços na luta da vida.¹⁴ Em suma, a mútua assistência imaterial tem como conteúdo a observância recíproca da conduta própria de duas pessoas que se amam.¹⁵

Esse dever sempre foi conceituado como a recíproca prestação de cuidados, atenção e apoio nas fases críticas, ocasionadas por enfermidades, pela idade avançada, por problemas familiares, profissionais e financeiros, como também nos momentos felizes da existência e no cotidiano, ligado ao trabalho, à educação dos filhos e à vida social.¹⁶

Todos aqueles cuidados, apoios, atenções significam proteção aos bens da personalidade do cônjuge, como acentuamos em trabalho intitulado *Dever de assistência imaterial entre cônjuges*.¹⁷

Quando o cônjuge presta cuidados ao consorte enfermo ou de idade avançada, está oferecendo proteção à sua vida ou à sua integridade física. Ao consolá-lo pela morte de ente querido, está protegendo seu direito à integridade psíquica. Quando o defende nas adversidades com terceiros, está protegendo sua honra.

Por isso conceituamos a assistência imaterial como o dever de proteger os direitos da personalidade do cônjuge – vida, integridade física, honra etc.

No entanto, esse dever não pode conduzir ao controle abusivo de um dos cônjuges sobre o outro, razão pela qual lhes é imposto também o dever de respeito, que, igualmente, tem por objeto os bens da personalidade.

Verifiquemos alguns desses direitos da personalidade, e a proteção e o respeito que devem guardar os cônjuges quanto a esses direitos.

A vida é o bem supremo do homem, sem o qual descabe a existência e o desfrute de outros bens, devendo o cônjuge preservar seu companheiro das

13 RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 18. ed., São Paulo: Saraiva, 1993, v. VI, p. 129; CHAVES, Antonio. *Lições de direito civil: direito de família*. São Paulo: RT, 1975, v. II, p. 16.

14 CAHALI, Yussef Said. Abandono do cônjuge. In: *Enciclopédia Saraiva de Direito I/143*.

15 MAZZINGHI, Jorge Adolfo. *Derecho de familia*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1971, t. I, p. 90.

16 BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 2. ed., Rio de Janeiro: Francisco Alves, v. II, p. 107; ESPÍNOLA, Eduardo. *A família no direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Gazeta Judiciária, 1954, p. 222; PONTES DE MIRANDA, F. C. *Direito de família*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1917, p. 97; GOMES, Orlando. *Direito de família*. 11. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 137 e 138; PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. 11. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997, v. V, p. 107; MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 33. ed., São Paulo: Saraiva, 1996, p. 120.

17 SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Dever de assistência imaterial entre cônjuges*. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 109.

agressões praticadas pelo próprio titular desse direito, ao tentar praticar suicídio, das ofensas de terceiros e dos fatos da natureza, isto é, das doenças. A tentativa de morte é o sinal mais evidente de desamor, ao qual se equipara a falta de cuidados essenciais para impedir a transmissão de doenças contagiosas e letais, como a AIDS.

Idêntico respeito e proteção aplica-se à integridade física e psíquica, à incolumidade do corpo e da mente. A sevícia, nome dado em Direito de Família à lesão corporal, ocorre independentemente de sua gravidade, eis que um único tapa importa em descumprimento do dever de respeitar a integridade física do consorte.

A honra tem dois aspectos: subjetivo e objetivo. No primeiro, define-se como a auto-estima ou consciência da própria dignidade e, no segundo, como a consideração social. A ofensa à honra pode ser real, quando praticada por meio de gestos ou atos, e verbal, quando perpetrada por palavras. Classifica-se, ainda, como direta e indireta, esta última decorrente de comportamento que afeta por via oblíqua a dignidade do cônjuge, em virtude da solidariedade de honras existente no casamento. Exemplos de ofensa indireta a esse bem da personalidade são a toxicomania, a embriaguez habitual, o vício do jogo, a prática de crime.

A liberdade, poder de fazer ou não fazer aquilo que se quer, dentro dos limites fixados no ordenamento jurídico, em suas várias formas de expressão, pensamento, crença e prática religiosa, escolha e exercício de atividade profissional, relacionamento social, familiar etc., também deve ser respeitada pelo cônjuge. Observe-se que dentre aqueles limites estabelecidos no ordenamento jurídico está a restrição quanto à liberdade sexual, em razão da fidelidade que devem guardar os cônjuges; no entanto, tal liberdade deve ser preservada e respeitada no que se refere à escolha e à prática de atividades sexuais entre os consortes, eis que o *jus ad copulam* não acarreta o *jus in corpus*.

E o segredo, a impedir que certas manifestações de um dos cônjuges sejam conhecidas ou divulgadas pelo outro, também deve ser respeitado no casamento, por maior que seja a intimidade que se instala nessa relação. Não pode o cônjuge, por exemplo, violar a correspondência do consorte.

A assistência material importa o auxílio econômico necessário à subsistência do cônjuge, a constante contribuição para os encargos do casal, compreendendo a prestação de alimentos naturais e civis, ou seja, de recursos à alimentação propriamente dita, à saúde, à habitação, ao vestuário, ao transporte e ao lazer. Esse dever engloba a obrigação alimentar, mas não se condiciona, como esta última, aos pressupostos de possibilidades do deve-

dor e necessidades do credor, estabelecidos no artigo 400 do Código Civil, submetendo-se, isto sim, à posição social e econômica dos cônjuges e sendo exigível em todos os momentos do casamento. Dissolvida a sociedade conjugal, mesmo que somente no plano dos fatos, a assistência material passa a ser prestada ao cônjuge necessitado, a título de pensão alimentícia.

Os direitos e deveres de cunho patrimonial também devem ser havidos em regime de igualdade, de forma que a direção e chefia da sociedade conjugal passou a ser conjunta e, por conseguinte, são deveres e direitos de ambos a representação legal da família, a fixação do domicílio conjugal, a administração dos bens comuns e a manutenção da família.

Indagação que, desde logo, se apresenta é a de saber se diante do ditame constitucional de igualdade existe a obrigatoriedade de ambos os consortes exercerem os atos que dizem respeito à chefia da sociedade conjugal ou se cada um deles pode exercê-los unilateralmente.¹⁸

Em face da ausência de regulamentação por lei ordinária, posterior à Constituição da República de 1988, sobre o modo pelo qual devem ser praticados os atos diretivos da sociedade conjugal, devemos tomar por base os textos legais existentes e adaptá-los ao princípio constitucional da plena igualdade.

Isso porque, embora a sociedade conjugal não se equipare a uma sociedade comercial, assim como nesta última os poderes dos sócios são expressos no respectivo contrato social, no casamento os deveres e direitos dos cônjuges são regulados em lei.

Há certos atos cuja prática é condicionada pela lei civil à outorga conjugal, tanto do marido quanto da mulher, sendo eles os seguintes: “alienar, hipotecar ou gravar de ônus real os bens imóveis, ou direitos reais sobre imóveis alheios”; “pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens e direitos”; “prestar fiança”; “fazer doação, não sendo remuneratória ou de pequeno valor, com os bens ou rendimentos comuns” (arts. 235, incs. I a IV, e 242, incs. I a III).

Desse modo, ao exigir a outorga marital ou uxória, o Código Civil enumera expressamente os atos cuja prática deve ser conjunta ou de ambos os cônjuges.

Os demais atos, para os quais a lei civil não exige a outorga conjugal, podem ser exercidos unilateralmente. Por exemplo, a celebração de contrato de locação de um imóvel, na posição de locador ou locatário, tanto pode

18 Veja PEREIRA, Sergio Gishkow. Algumas reflexões sobre a igualdade dos cônjuges. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Direitos de família e do menor*. 3. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 124.

ocorrer por iniciativa de um dos cônjuges, homem ou mulher, como pela iniciativa de ambos.

Parece-nos que esta é a única exegese possível, sendo que, em caso de divergência entre os cônjuges, caberá o recurso ao Poder Judiciário para a solução do conflito.

Como se verifica, a imposição de deveres aos cônjuges, especialmente daqueles vistos, tem a finalidade de assegurar a harmonia no casamento e o alcance pelos consortes da tão almejada felicidade.

5 DESCUMPRIMENTO DOS DEVERES CONJUGAIS E RESPECTIVAS CONSEQÜÊNCIAS

Uma vez descumpridos esses deveres, alguma conseqüência é estabelecida pelo Direito?

Por outras palavras, se um dos cônjuges pratica um ato ilícito, causando dano a seu consorte, deve responder por isso?

O Direito de Família estaria num pedestal inalcançável pelos princípios da responsabilidade civil?

Se algum de nós ao dirigir seu veículo abalroa o veículo de outrem, causando-lhe um mero risco, deve reparar os danos acarretados. Pois bem, se um dos cônjuges, com sua conduta, descumpre dever conjugal, como o de respeitar os direitos da personalidade de seu consorte, transmitindo-lhe uma doença, como a AIDS, deve ficar indene da aplicação dos princípios da responsabilidade civil?

Para tais perguntas somente pode ser encontrada uma resposta: os princípios da responsabilidade civil aplicam-se perfeitamente às relações conjugais.

5.1 Conseqüências do descumprimento de dever conjugal explicitamente previstas em lei

Possibilidade de perda da guarda dos filhos (art. 10 da Lei 6.515/77): conseqüência inadequada, porque a guarda de filhos deve ser fixada sob o princípio dos altos interesses das crianças e adolescentes, e não sob inspiração da inocência ou culpa de seus pais na separação judicial.

Perda do direito de utilização do nome pela mulher (art. 17 da Lei 6.515/77): também conseqüência inadequada, eis que se é havida como

culpada perde esse direito até mesmo diante de necessidade profissional de utilizar-se do sobrenome marital, o que acarretará prejuízos em seu sustento e por conseguinte na ajuda que poderia dar quanto à subsistência dos filhos; apenado, por conseguinte, será o próprio marido, que ficará com encargo maior no sustento dos filhos.

Conservação do direito a alimentos pelo inocente e perda desse direito pelo culpado (art. 19 da Lei 6.515/77): o recebimento de pensão alimentícia, por si só, não repara os danos sofridos pelo consorte lesado com o descumprimento de dever conjugal pelo outro cônjuge, por não compensar o sofrimento ou dano moral do ofendido. Além disso, a pensão alimentícia baseia-se em pressupostos que não estão presentes na responsabilidade civil: necessidades do credor e possibilidades do devedor. Pode, ainda, ser revista a qualquer tempo, em razão da ausência daqueles pressupostos, de casamento ou constituição de união estável pelo cônjuge credor. Quanto à perda do direito a alimentos pelo culpado, é evidente que somente tem a característica de sanção, ínsita na responsabilidade civil, diante da necessidade de pensão alimentícia, pois, caso contrário, essa punição é marcada pela inocuidade.

5.2 Conseqüência perfeitamente aplicável no Direito brasileiro

Sempre lembrando *René Savatier*, “o texto que obriga uma pessoa a fazer ou não fazer alguma coisa tem, normalmente, caráter absoluto. Ele é oponível por toda a vítima da inobservância desse texto. Ele é oponível a todo o autor dessa violação”.¹⁹

A lei, ao estabelecer deveres aos cônjuges, obriga-os à prática de certos atos e à abstenção de outros. Uma vez violados esses deveres, com a ocorrência de danos, surge o direito do ofendido à reparação, em razão do preenchimento dos pressupostos da responsabilidade civil – ação, dano e nexa causal –, assim como ocorre diante da prática de ato ilícito em outras relações jurídicas.

Vê-se, portanto, que não é a idéia de culpa que fundamenta nossa tese, mas sim a da reparação civil, pela prática de ato ilícito que acarreta dano a outrem.

O direito do cônjuge à reparação funda-se no artigo 159 do Código Civil, pelo qual “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”.

19 SAVATIER, René. *Op. cit.*

O casamento tem natureza contratual – elemento volitivo presente na celebração, duração e dissolução –, o que acarreta a aplicação das regras da responsabilidade civil contratual à sua dissolução.

A dissolução da sociedade conjugal pode ocorrer pela rescisão – extinção culposa resultante do descumprimento de dever dos cônjuges –, pela resilição – extinção sem culpa e voluntária, de caráter unilateral ou bilateral –, e pela resolução – extinção sem culpa e involuntária, decorrente da morte.

É especificamente na extinção oriunda de violação a dever dos cônjuges que surge a possibilidade de aplicação dos princípios da responsabilidade civil.

Aqui observamos que os princípios da responsabilidade civil deveriam aplicar-se às relações conjugais independentemente da idéia de culpa nos rompimentos matrimoniais.

Mas, no sistema atual das causas de separação, a aplicação dos princípios da responsabilidade civil só encontra abrigo na separação culposa (art. 5.º da Lei 6.515/77), eis que é exclusivamente nesta espécie de separação que cabe a apuração de descumprimento de dever conjugal.

Bem diferente, neste aspecto, a matéria da união estável, em que não é preciso recorrer a formas preestabelecidas de dissolução para buscar a reparação.²⁰

Assim, embora de *lege data* busquemos sempre avanços, devemos nos ater às normas em vigor para sustentar a aplicabilidade imediata de inovações.

Neste passo, cite-se a análise de *Rolf Madaleno* sobre acórdão a respeito do tema, procurando corrigir os rumos errôneos de julgado que deixou de apontar a razão da inaplicabilidade dos princípios da responsabilidade civil, especificamente a natureza da causa (divórcio direto), e enveredou por caminho em que lhe faltou o devido embasamento.²¹

Observe-se que os deveres dos cônjuges nascem do contrato de casamento, embora sejam estabelecidos em lei, de forma que sua violação acarreta a responsabilidade contratual.²²

Esses deveres impõem certos comportamentos aos cônjuges, cujo descumprimento consciente do qual resulte dano acarreta a responsabilidade

20 SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Responsabilidade civil dos conviventes*, artigo citado.

21 MADALENO, Rolf. Divórcio e dano moral. *Revista Brasileira de Direito de Família* 2/58-67, Síntese/IBDFAM, ano 1, jul./ago./set. 1999.

22 Também em outros contratos, como de compra e venda, locação, doação, há deveres regulados em lei, cujo descumprimento dá origem à responsabilidade contratual.

dade do faltoso, sem que seja necessária a demonstração do dolo ou vontade deliberada de causar o prejuízo e tampouco da negligência ou imprudência do inadimplente, por tratar-se de responsabilidade civil contratual, em que a culpa, em sentido amplo, é presumida, por ter um terreno predefinido.

Lembramos que a construção da culpa em matéria de separação judicial não se deve propriamente ao artigo 5.º da Lei 6.515/77, em que está estabelecido que o grave descumprimento de dever conjugal que acarrete a insuportabilidade da vida em comum dá causa à separação.

No entanto, é necessária a consciência do faltoso, ou a voluntariedade na violação do dever, já que na responsabilidade civil a ação deve conter certos elementos internos: discernimento e liberdade, acentuando-se que a vontade do agente diz respeito à prática do ato e não a seus efeitos nocivos.²³ A debilidade mental, por exemplo, acarreta a falta de consciência e a impossibilidade de aplicação dos princípios da responsabilidade civil.

Em matéria de dano, lembramos que para ser reparável deve ser certo, fundado em fato preciso e não em mera hipótese, sendo que o dano futuro, desde que suscetível de avaliação razoável, também é indenizável.

Recordamos, também, que há duas espécies de dano: moral, que atinge os direitos da personalidade do lesado, configurando-se na dor moral ou física sofrida pela vítima, cuja indenização tem caráter compensatório ao sofrimento do lesado e de desestímulo ao lesante, e material, que se configura no prejuízo econômico ou pecuniário, cuja reparação tem caráter ressarcitório ou de recomposição da situação do lesado.

E não podemos, neste passo, deixar de referir as lições do saudoso Professor *Carlos Alberto Bittar*, nas quais, em matéria de dano moral, a responsabilidade surge do “fato da violação”, a dispensar a perquirição da subjetividade do lesante e do lesado, bem como a prova do prejuízo em concreto.²⁴

Em terreno contratual aplica-se o disposto no artigo 1.060 do Código Civil, pelo qual “ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato”.

Portanto, os danos reparáveis em dissolução de casamento, no sistema vigente, são aqueles decorrentes direta e imediatamente da violação de dever dos cônjuges; prejuízos indiretos ou mediatos, resultantes da dissolução do

²³ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Responsabilidade civil*. 8. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 70.

²⁴ BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 3. ed., São Paulo: RT, 1999, p. 214-218.

matrimônio, mas sem ligação certa e direta com a inexecução do dever, não são indenizáveis.²⁵

Os danos indiretos ou mediatos e não indenizáveis podem ser exemplificados com as disparidades econômicas que a dissolução do casamento gere entre os cônjuges, o sofrimento que tal rompimento lhes acarrete. E não são indenizáveis por falta de previsão legal expressa, como existe no Direito francês: a *prestation compensatoire* – instituto que o Direito brasileiro já deveria ter acolhido.

São exemplos de danos diretos ou imediatos e indenizáveis aqueles decorrentes da transmissão de doença contagiosa ao cônjuge, da sevícia ou lesão corporal, da injúria, da infidelidade, da toxicomania, do vício do jogo, porque esses atos ou condutas constituem violação ao dever de respeito ou mútua assistência entre os cônjuges. Tais danos são morais – por atingirem os direitos da personalidade do lesado à vida, à integridade física e à honra – e podem também ter natureza material, como no caso de transmissão de doença contagiosa, que gera prejuízos econômicos, com tratamento médico e, a depender de sua gravidade, com a diminuição ou eliminação da capacitação da vítima para o trabalho.

Falamos em danos futuros e como exemplo citamos julgado proferido na França, que condenou a mulher a reparar os prejuízos acarretados ao marido por tê-lo abandonado quando ele se encontrava com as duas pernas amputadas, em face do que passou a depender de terceiras pessoas para sobreviver.

Em nosso Direito já encontramos julgados sobre a reparação civil nas relações conjugais.

Em acórdão proferido pela 4.^a Câmara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo, foi o marido condenado a pagar indenização à mulher por tê-la acusado infundada e injuriosamente na demanda de separação judicial, atribuindo-lhe a prática de adultério, que não restou provada, e causando-lhe dano moral.²⁶

Consta do julgado acima referido que o cônjuge “agiu de má-fé, ao distorcer os fatos, insinuando a prática de adultério por sua mulher e faltando com a verdade ao noticiar a presença de um homem desconhecido, em sua casa, em companhia dela, quando as provas demonstraram tratar-se de pessoa amiga da família e do próprio réu e que ali não estava só, mas

25 SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Reparação civil na separação e no divórcio*, p. 170-175.

26 ApCiv 220.943-1/1, j. 09.03.1995, Rel. *Olavo Silveira*.

acompanhado por outras pessoas”. Embora não se tenha produzido prova de “efeito material resultante do dano moral verificado”, foi dada procedência ao pedido indenizatório, em razão da “dor moral” sofrida pela consorte, decorrente da ofensa à sua “honra e dignidade”. Dever descumprido no caso foi a mútua assistência imaterial, em face do desrespeito à honra da mulher, mesmo que considerada somente em seu aspecto subjetivo – auto-estima.

Outra decisão judicial que condenou um dos cônjuges a indenizar o consorte pela violação de dever conjugal encontra-se no acórdão proferido pela 6.^a Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo,²⁷ que julgou pedido de reparação de danos morais deduzido pelo marido, em razão de simulação de gravidez por parte de sua mulher.

Nele se verifica, no plano dos fatos, que ambos os cônjuges eram médicos, trabalhavam no mesmo consultório e, quando se iniciaram as desavenças conjugais, a esposa apresentou-se perante o marido e a sociedade com uma falsa gravidez, chegando a obter o afastamento do consorte do lar conjugal, sob este simulado argumento.

Tal atitude da consorte foi havida como “agressão à dignidade pessoal” do marido, “ofensa que constitui dano moral, que exige compensação indenizatória pelo gravame sofrido”. A difusão, por motivos escusos, de um estado de gravidez inexistente provocou “um agravo moral que requer reparação, com perturbação nas relações psíquicas, na tranqüilidade, nos sentimentos e nos afetos” do cônjuge, “alcançando, desta forma, os direitos da personalidade agasalhados nos incs. V e X, do art. 5.^o, da Constituição Federal”. Mais uma vez o dever descumprido foi a assistência imaterial, pelo desrespeito à honra do marido nos aspectos da reputação social e da auto-estima.

Observe-se que, em razão do caráter especial do contrato de casamento e de seus elevados objetivos – a formação de família –, não deve ser admitida a compensação de culpas ou a noção de culpas concorrentes. Por outras palavras, o inadimplemento de um determinado dever por um dos cônjuges não compensa a culpa do outro pelo descumprimento do mesmo ou de outro dever resultante do casamento. Mal seria se o fato de um dos cônjuges ser infiel permitisse ao outro a prática do mesmo ato; se o fato de um dos cônjuges injuriar o outro justificasse que este também praticasse injúrias. Se ocorrer a violação por ambos, é caso de decretação de culpas recíprocas, com eventual condenação de ambos à reparação civil, que poderá, esta sim, a depender de seus valores, ser compensada.

27 ApCiv 272.221.1/2, j. 10.10.1996, Rel. *Testa Marchi*.

Ainda lembramos que a prestação de alimentos, após a dissolução do casamento, tem caráter assistencial e não indenizatório, condicionando-se aos pressupostos da necessidade do credor e da possibilidade do devedor, podendo ser extinta a qualquer tempo, de modo que a condenação do convivente ao pagamento de pensão alimentícia e de indenização pelos danos acarretados pelo descumprimento de dever oriundo do casamento não se constitui em *bis in idem*.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora se reconheça a moderna tendência que atribui à separação e ao divórcio o caráter de “remédio”, não se pode olvidar que se trata de um “remédio heróico”, eis que, se põe fim a certos conflitos conjugais, pode causar muitos prejuízos, de ordem moral e material, que não devem ficar sem reparação.

Dizer que nenhuma indenização suprirá os males acarretados pela separação, pelo ato ilícito praticado pelo cônjuge, é retroceder à malfadada época em que se dizia que “a dor não tem preço, é imoral compensar a dor com dinheiro, não há como ressarcir o dano moral”, ou seja, é voltar a um passado indesejável que negava a reparabilidade dos danos morais. Além disso, tal pensamento nega a ampla indenizabilidade dos danos morais, decorrentes de violação a direito da personalidade, ditada pela Constituição da República (especialmente art. 5.º, incs. V e X).

No Direito brasileiro, diante da legislação vigente e projetada, é descabida qualquer interpretação que impeça a aplicação dos princípios e regras sobre a responsabilidade civil à dissolução culposa da sociedade conjugal. Realmente, é desejável que os tribunais acolham as demandas cujos pleitos indenizatórios referem-se aos danos decorrentes do grave descumprimento de dever conjugal, o que, se não constituir um freio aos rompimentos matrimoniais, aliviará a situação do cônjuge lesado.

Ressaltamos, retomando o pensamento exposto no trabalho *Reparação civil na separação e no divórcio*,²⁸ que a aceitação do princípio da reparabilidade de danos nas relações conjugais importa a aproximação entre a Moral e o Direito, desejável em todos os seus ramos e em especial no Direito de Família.

28 SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Op. cit.*

7 BIBLIOGRAFIA

- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Dever de coabitação: inadimplemento*. São Paulo: Bushatsky, 1976.
- _____. ; SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. Sugestões ao Projeto de Código Civil: direito de família. RT 730/11-49 e 731/11-47.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 2. ed., Rio de Janeiro: Francisco Alves, v. II.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 3. ed., atualizada por Eduardo Carlos Bianca Bittar. São Paulo: RT, 1999.
- CAHALI, Yussef Said. Abandono do cônjuge. In: *Enciclopédia Saraiva de Direito I*.
- CHAVES, Antonio. *Lições de direito civil: direito de família*. São Paulo: RT, 1975, v. II.
- ESPÍNOLA, Eduardo. *A família no direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Gazeta Judiciária, 1954.
- GOMES, Orlando. *Direito de família*. 11. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- MADALENO, Rolf. Divórcio e dano moral. *Revista Brasileira de Direito de Família* 2/58-67, Síntese/IBDFAM, ano 1, jul./ago./set. 1999.
- MAZZINGHI, Jorge Adolfo. *Derecho de familia*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1971, t. I.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 33. ed., São Paulo: Saraiva, 1996.
- PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. 11. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997, v. V.
- _____. *Responsabilidade civil*. 8. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- PEREIRA, Sergio Gishkow. Algumas reflexões sobre a igualdade dos cônjuges. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Direitos de família e do menor*. 3. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1993.
- PONTES DE MIRANDA, F. C. *Direito de família*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1917.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 18. ed., São Paulo: Saraiva, 1993, v. VI.
- SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Reparação civil na separação e no divórcio*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- _____. *Dever de assistência imaterial entre cônjuges*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.
- _____. Responsabilidade civil dos conviventes. *Revista Brasileira de Direito de Família* 3, Síntese/IBDFAM, ano 1, out./nov./dez. 1999.

- SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile en droit français*. 12. ed., Paris: LGDJ, 1951, t. I.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 2. ed., São Paulo: RT, 1982.
- TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

UNIÃO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO

Álvaro Villaça Azevedo

Doutor em Direito
 Professor Titular de Direito Civil
 Regente de Pós-Graduação e ex-Diretor da Faculdade
 de Direito da Universidade de São Paulo
 Professor Titular de Direito Romano, de Direito Civil
 e ex-Diretor da Faculdade de Direito
 da Universidade Mackenzie, em São Paulo
 Professor Titular de Direito Romano
 e Diretor da Faculdade de Direito da Fundação
 Armando Álvares Penteado em São Paulo
 Advogado e ex-Conselheiro Federal
 e Estadual da Ordem dos Advogados do Brasil
 Parecerista e Consultor Jurídico

Sumário

1. Casamento inexistente. **2.** Parceria registrada na legislação estrangeira. **3.** União estável inexistente. **4.** Análise do Projeto Marta Suplicy e de seu Substitutivo na Câmara dos Deputados.

1 CASAMENTO INEXISTENTE

Nossa sociedade assiste, presentemente, ao fenômeno da convivência, sob o mesmo teto ou não, de pessoas do mesmo sexo, por tempo duradouro.

Nem se cogite, nessa hipótese, de que se pudesse falar em casamento, como regulado pelo Código Civil, ainda que, por qualquer erro ou inadvertência, venha o ato da união a registrar-se no cartório. Isso porque, pelo mesmo Código, o casamento, embora sem qualquer determinação expressa de que se realize entre homem e mulher, de acordo com suas rigorosas exigências, não pode prescindir de tal circunstância, indispensável à sua própria existência.

Todo o sistema regulador do casamento civil acolhe a diversidade de sexo como seu pressuposto existencial.

Esse posicionamento decorre, principalmente, da expressa menção, no Código Civil, aos direitos e deveres do marido (arts. 233 a 239) e da mulher (arts. 240 a 255), sendo estes, portanto, os sujeitos da relação jurídica matrimonial. A todo momento, nesse estatuto civil, existem referências a cônjuges ou a marido e mulher.

Importante decisão, do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, por sua 1.^a Câmara, unanimemente, em 16 de novembro de 1982, sendo Relator o Desembargador *Paulo Tinoco*,¹ deve ser lembrada, neste passo, segundo a qual “é ato inexistente o casamento de duas pessoas do sexo feminino”, e não nulo. Admite esse decisório que deve existir a declaração de inexistência do casamento, pois existiu o ato, não o casamento, daí porque “o ato é nulo”, considerando ato “a realização, formalidade e registro feito nos livros cartorários”. A seu turno, roborou o Desembargador *Oliveira Leite*, em seu voto, que a sentença contém impropriedade, principalmente porque declarou nulo casamento inexistente.

Correta, a nosso ver, a posição acolhida nesse acórdão, porque o pressuposto da diversidade de sexo no casamento não é defeito, sanável ou insanável, desse contrato solene matrimonial, mas requisito essencial de sua própria existência.

Daí poder o juiz declarar a inexistência do casamento, independentemente de ação tendente a esse reconhecimento. Assim julgou a 6.^a Câmara do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, sendo Relator o Desembargador *Roque Komatsu*,² em 21 de agosto de 1986. Assenta-se, nessa decisão, que “inexistente é o casamento levado a efeito por pessoas do mesmo sexo, tendo sido utilizado falso registro de nascimento para a consumação do ato”.

Tenha-se presente, nesta oportunidade, a lição de *K.-S. Zachariae*,³ que criou a teoria do ato inexistente, distinguindo entre condições essenciais e de validade do casamento e demonstrando que a falta de um só desses elementos essenciais provoca a inexistência do matrimônio, não de sua nulidade. Tal ocorre quando o casamento existe em aparência, quando, por exemplo, um dos nubentes não está em condição física de declarar sua vontade de contraí-lo. Aliás, o artigo 146 do Código Civil francês é claro ao assentar que “não há casamento se não existe consentimento” (“*Il n’y a pas de mariage lorsqu’il n’y a point de consentement*”).

1 RT 572/189.

2 RT 615/47.

3 *Le droit civil français*. Trad. da 5. ed., em alemão. Paris: Auguste Durand, 1854, t. 1, p. 166, § 108, nota 3, p. 169-172.

Explicando as mesmas hipóteses de inexistência de casamento, salienta *Marcel Planiol*⁴ a identidade de sexo, a falta de celebração perante o oficial do estado civil e a falta absoluta de consentimento.

Pondera, a seu turno, *Pontes de Miranda*⁵ que “uma união, ainda solenemente feita, entre duas pessoas do mesmo sexo, não constitui matrimônio, porque ele, é, por definição, contrato do homem e da mulher, *virii et mulieris coniunctio*, com o fim de satisfação sexual e de procriação. Advirta-se, porém, que a conformação viciosa ou a mutilação dos órgãos sexuais não torna impossível a existência do casamento (Pacifichi-Mazzoni. *Istituzioni di diritto civile italiano*, VII, 12), se o sexo pode ser reconhecido e se distingue do sexo do outro cônjuge. A ignorância de defeito físico irremediável ou de moléstia grave e transmissível entra na classe dos impedimentos dirimentes relativos: concerne, portanto, à validade, e não à existência do casamento. Se, no caso de conformação viciosa, predomina o sexo igual ao do outro cônjuge, está expressa a figura da igualdade sexual, e, *ipso facto*, inexistente o casamento. Dar-se-á o mesmo em caso de indistinção sexual, *quia coniuge non habet sexum* (Zachariae, *De droit civil français*, I, 171; aliás era bem de esperar-se que o formulador da teoria dos atos inexistentes não escapasse o caso do ‘cônjuge sem sexo’”).

Menciona, em seguida, interessante caso de nossa jurisprudência, “o julgado do Tribunal Civil e Criminal do Distrito Federal (21 de outubro de 1895, O.D., 68, 540) que, na vigência do Decreto 181, de 24 de janeiro de 1890, considerou inexistente o casamento contraído entre duas pessoas do mesmo sexo, julgado em que se houve por imprescindível a ação contra tal casamento. A terminologia, aliás, no acórdão, não é rigorosa. Também nele se comete grave erro de doutrina, qual o de se reputar *matrimonium non existens* o casamento contraído entre uma pessoa de sexo firme e outra de estado intersexual, hermafrodita, quer andrógino quer *ginandro*. Se o sexo preponderante é o mesmo da parte normal, o casamento é inexistente; se o sexo preponderante é diferente do sexo da parte normal, ou há dúvida sobre a preponderância, tal casamento apenas é anulável por defeito físico irremediável. O acórdão não atendeu à distinção, e daí o perigo na sua consulta”.

É certo, desse modo, que o ato inexistente nem chega a ingressar no mundo jurídico; todavia, embora ele exista no plano fático, às vezes torna-se

4 *Traité élémentaire de droit civil*. 4. ed., Paris: Libr. Générale de Droit & de Jurisprudence, 1906, t. 1, p. 339-341.

5 *Tratado de direito de família*. 3. ed., São Paulo: Max Limonad, 1947, v. I, p. 296-297.

necessário o ajuizamento de ação para desconstituir seus efeitos ou para impedir a produção destes, em decorrência dessa situação de fato, de mera aparência.

2 PARCERIA REGISTRADA NA LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA

Como vem sendo informado, amplamente, muitos países já admitem o casamento entre pessoas do mesmo sexo.⁶

Informa *Federico R. Aznar Gil*⁷ que alguns países europeus, como Dinamarca, Noruega e Suécia, já aprovaram leis que equipararam, praticamente, as uniões homossexuais ao casamento heterossexual, com algumas restrições, como é o caso da proibição das adoções.

Na Dinamarca, desde 1984, essa matéria vem sendo estudada por comissões e, a partir de 1986, foram concedidos alguns direitos patrimoniais às uniões civis homossexuais, que foram legalizadas em 1989, reconhecendo-se, assim, os “casamentos entre pessoas do mesmo sexo”.

A lei dinamarquesa número 372, de 1.º de junho de 1989, da parceria homossexual registrada, que teve início de vigência em 1.º de outubro do mesmo ano, prescreve, em seu item 1, que “duas pessoas do mesmo sexo podem ter sua parceria registrada”. Cuidando desse registro, no item 2, estabelece “a parte 1, seções 12 e 13 (1) e cláusula 1 da seção 13 (2) da Lei sobre Formação e Dissolução de Casamento devem ser aplicadas, igualmente, para o registro de parceiros”, que só será possível se ambos ou um dos parceiros tiverem residência permanente na Dinamarca e nacionalidade dinamarquesa.

Essa lei foi de iniciativa do Parlamento dinamarquês, que colocou a Dinamarca como primeiro país a adotar essa espécie de legislação.

Esclareça-se que a mesma lei, em seu item 2 (3), deixou o procedimento desse registro a ser regulamentado pelo Ministério da Justiça, o que parece, não ocorreu, até o presente.

6 Le contrat d'union civile et sociale. *Rapport de législation comparée*, Divisão de estudos de legislação comparada do Serviço dos Negócios europeus do Senado Francês, Senat, outubro de 1997, com 16 páginas; VIEIRA, Tereza Rodrigues. O casamento entre pessoas do mesmo sexo, no direito brasileiro e no direito comparado. *Repertório IOB de Jurisprudência*, n. 14/96, 3/12240, jul. 1996, p. 255-250, especialmente p. 252; GIL, Federico R. Aznar. Las uniones homosexuales ante la legislación eclesiástica, especialmente item 2.b – Legislación europea. *Revista Española de Derecho Canónico*. Universidad Pontificia de Salamanca, jan./jun. 1995, 138/157-190, v. 52, publicações de revistas e de jornais, em geral.

7 *Op. cit.*, p. 161.

Quanto aos efeitos legais desse registro, assenta-se, em destaque, que a parceria registrada deve produzir os mesmos efeitos legais que o contrato de casamento, devendo ser aplicadas aos parceiros as mesmas disposições que se aplicam aos esposos, com exceção da Lei de Adoção, que não se aplica aos parceiros; também não se aplica a estes a cláusula 3 da seção 13 e 15 da Lei de Incapacidade e Guarda, bem como as disposições de outras leis dinamarquesas que se refiram a um dos cônjuges e de tratados internacionais, a não ser que concordem os outros países participantes.

Quanto à dissolução da parceria, aplicam-se similarmente as partes, ali indicadas, da Lei de Formação e Dissolução do Casamento e da Lei de Administração da Justiça.

A Lei de Formação e Dissolução do Casamento, a Lei de Herança, o Código Penal e a Lei de Tributos Hereditários foram emendadas, com a introdução da parceria registrada, pela Lei 373, de 1.º de junho de 1989, com início de vigência em 1.º de outubro de 1989.

Destaque-se, neste passo, a emenda às Seções 9 e 10 da citada Lei do Casamento. Na Seção 9, para constar que “uma pessoa que tenha contratado, anteriormente, casamento ou que participe de uma parceria registrada, não pode contrair casamento enquanto o casamento ou a parceria anterior existir”. Na Seção 10, cuida-se de questão patrimonial, que proíbe a contratação de casamento por quem tenha sido casado ou parceiro, antes da divisão da propriedade conjunta, ou do início dela, perante a Corte. Só não se aplica tal disposição se os interessados se uniram sob regime de separação total de bens ou quando uma isenção de divisão for concedida, em casos especiais, pelo Ministro da Justiça.

Preceito semelhante é o da Lei de Herança, que determina a divisão dos bens comuns antes de novo casamento ou registro de parceria (item 2).

No tocante ao Código Penal dinamarquês, emendou-se sua Seção 208, para constar como crime a contratação de parceria registrada por quem já for casado ou parceiro (prisão até três anos), dentre outras especificações com alterações de penalidades.

A Noruega acompanhou a Dinamarca, aderindo a essa situação em 1993, quase em situação idêntica, pela Lei 40, de 30 de abril, que teve início de vigência em 1.º de outubro desse mesmo ano. A lei norueguesa, entretanto, permite que os parceiros possam partilhar da “autoridade parental” (poder familiar ou pátrio poder), o que a lei dinamarquesa proíbe.

O Parlamento sueco, a seu turno, reconheceu o *partenariat*, desde 1.º de janeiro de 1995, quando teve início a vigência da Lei de 23 de junho de

1994, oficializando a união entre pessoas do mesmo sexo. A autora da Lei de Parceria, na Suécia, foi *Barbro Westerholm*. Todavia, em 1995, já estavam oficializadas quase mil uniões. Destaque-se, entretanto, que o Consulado da Suécia, em Paris, não está autorizando uniões homossexuais. Registre-se, porém, que na França, em 1993, concedeu-se a homossexual o direito de beneficiar-se do seguro social de seu parceiro.

Essa lei sueca baseou-se em trabalhos da comissão parlamentar, constituída em 1991, contendo quase os mesmos dispositivos da lei dinamarquesa; entretanto, a lei sueca possibilita a intervenção do juiz para o registro da união, facultativamente, mas exige, obrigatoriamente, essa intervenção em caso de ruptura da mesma união.

Deve-se mencionar que, dos países escandinavos, só a Finlândia não aderiu à legislação da união registrada de pessoas do mesmo sexo. Houve um projeto de lei, junto ao Parlamento finlandês, em maio de 1996, que foi rejeitado em setembro de 1997.

Na Holanda, em 1991, foram criados registros em alguns municípios, possibilitando que fossem registradas uniões homossexuais, como aconteceu em algumas cidades norte-americanas, como São Francisco,⁸ sendo certo que, em 16 de abril de 1996, elaborou-se projeto de união entre pessoas de mesmo sexo, com 70% da opinião pública a favor.

Dá-nos conta o CFEMEA⁹ de que, na Holanda, houve o “casamento” oficial de dois casais de lésbicas, tornando-se, em fevereiro de 1998, “os primeiros casos de casamento civil legal entre parceiros do mesmo sexo” nesse país, cuja lei que permite a união civil entre homossexuais teve início de vigência em 1.º de janeiro de 1998.

“Um dos casamentos foi da cantora *Sugar Lee Hoper* e a companheira dela. A união legal entre *gays* na Holanda não é exatamente o mesmo que um casamento. Os parceiros não podem adotar crianças, nem as lésbicas podem ser artificialmente inseminadas.”

Essa lei encontra suas origens no projeto de lei do Ministro da Justiça, adotado pelo Parlamento holandês em julho de 1997, que permite aos casais homossexuais, que não podem se casar, bem como aos casais heterossexuais, que não querem se casar, registrar sua união.

⁸ GIL, Federico R. Aznar. *Op. cit.*, p. 161-162.

⁹ *Jornal do Centro Feminista de Estudos e Assessoria* 61/2. Brasília: CFEMEA, fev. 1998, ano VI.

A lei holandesa, diferentemente das escandinavas, não apresenta qualquer registro obrigatório no tocante à nacionalidade dos parceiros.

Na Islândia, o Parlamento adotou um projeto do Governo, em 4 de junho de 1996, possibilitando a duas pessoas do mesmo sexo registrarem sua união, tendo tido a lei início de vigência em 27 desse mesmo mês e ano.

Essa lei islandesa guarda as mesmas disposições da lei dinamarquesa, possibilitando, também, que os parceiros possam partilhar a “autoridade parental”.

Registre-se, neste passo, que, desde 15 de dezembro de 1973, por decisão da *American Psychiatric Association* e, depois, de outras organizações internacionais, a homossexualidade foi excluída do rol das doenças mentais, também nas publicações da Classificação Internacional de Doenças.

Desde 1991, a Anistia Internacional considera violação dos direitos humanos a proibição da homossexualidade.

3 UNIÃO ESTÁVEL INEXISTENTE

Do mesmo modo, ainda que se cogite de mera convivência, no plano fático, entre pessoas do mesmo sexo, não se configura a união estável.

Realmente, desde que foram considerados efeitos ao concubinato, até o advento da Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal, sempre a jurisprudência brasileira teve em mira o par andrógino, o homem e a mulher.

Com a Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988, ficou bem claro esse posicionamento de só reconhecer, como entidade familiar, a união estável entre o homem e a mulher, conforme o claríssimo enunciado do parágrafo 3.º do seu artigo 226.

Tenha-se presente que os casos de uniões homossexuais submetidos ao Poder Judiciário têm sido poucos.

Muito citada foi a decisão do Juiz *José Bahadian*, da 28.ª Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro, na ação promovida contra o espólio de um pintor e iniciada em 17 de maio de 1988. Nesse processo, reconheceu-se direito do companheiro sobrevivente, em razão do falecimento do outro, após 17 anos de convivência, à metade do patrimônio por eles amealhado. Patentou-se, então, a existência de sociedade de fato entre os conviventes e de um patrimônio criado por seu esforço comum. Esta a decisão de primeiro grau.

Pondere-se, neste caso, que esse direito à metade do patrimônio do companheiro falecido estava assegurado por testamento deste, assinado em 1985 e revogado por outro testamento, firmado pelo testador quando já estava interna-

do, em estado grave, no Memorial Hospital de Nova York. Conforme atestaram algumas testemunhas, ele já não estaria de posse da plena capacidade de entendimento dos fatos; tudo conforme ampla divulgação da mídia, à época.

Em grau de apelação, no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em 8 de agosto de 1989, unanimemente, por sua 5.^a Câmara Cível, sendo Relator o Desembargador *Narcizo A. Teixeira Pinto*,¹⁰ decidiu-se esse caso, como demonstra a ementa oficial:

“Ação objetivando o reconhecimento de sociedade de fato e divisão dos bens em partes iguais. Comprovada a conjugação de esforços para formação do patrimônio que se quer partilhar, reconhece-se a existência de uma sociedade de fato e determina-se a partilha. Isto, porém, não implica, necessariamente, em atribuir ao postulante 50% dos bens que se encontram em nome do réu. A divisão há de ser proporcional à contribuição de cada um. Assim, se os fatos e circunstâncias da causa evidenciam uma participação societária menor de um dos ex-sócios, deve ser atribuído a ele um percentual condizente com a sua contribuição.”

Como visto, nesse julgado, reconheceu-se, tão-somente, a sociedade de fato entre sócios, e não união livre como entidade familiar. Deixou claro esse acórdão que a mesma Câmara, em outra decisão, em que foi Relator o Desembargador *José Carlos Barbosa Moreira*, evidenciou que:

“O benefício econômico não se configura apenas quando alguém auferir rendimentos, senão igualmente quando deixa de fazer despesas que, de outra maneira, teria de efetuar’ (ApCiv 38.956/85). E assim deve ser, porque o esforço comum, que caracteriza a sociedade de fato, pode ser representado por qualquer forma de contribuição: pecuniária ou através da doação de bens materiais ou ainda por meio de prestação de serviços. Este, sem dúvida, o sentido que o Código Civil Brasileiro, ao definir o contrato de sociedade, empresta à locução ‘combinar esforços ou recursos para lograr fins comuns’ (art. 1.363). Como é de primeira evidência, a expressão ‘esforços ou recursos’ abrange todas as formas ou modalidades de contribuições para um fim comum.”

10 *Jurisprudência brasileira cível e comercial*. Curitiba: Juruá/União Livre, 1994, n. 173, p. 206-209.

E se conclui nesse mesmo decisório que, “por maior que tenha sido a contribuição do apelado à obra do pintor, não se pode conceber que tenha sido equivalente à que deu o próprio criador dos quadros. E, não tendo sido iguais as cotas de contribuição, não podem ser iguais, como pretende o recorrido, os quinhões na partilha. A participação na divisão deve ser proporcional à contribuição para criação ou aquisição dos bens”.

Daí a redução do percentual estabelecido na sentença, de 50% para 25% do patrimônio adquirido pelo esforço comum.

Também o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, por sua 2.^a Câmara, em 3 de dezembro de 1996, sendo Relator o Juiz *Carreira Machado*,¹¹ decidiu que “a união de duas pessoas do mesmo sexo, por si só, não gera direito algum para qualquer delas, independentemente do período de coabitação”.

Nesse caso, ainda, foi negada indenização por dano moral, reivindicada pelo companheiro sobrevivente, junto ao pai do falecido, vítima de AIDS, malgrado tivesse esse sobrevivente “assumido assistência ao doente, expondo-se publicamente, em face da omissão” desse genitor, “a quem não pode ser atribuída culpa pela enfermidade” contraída por seu filho.

Lembra, a seu turno, *Rainer Czajkowski*¹² que existe, em torno do tema “uniões homossexuais”, “uma forte carga negativa, de ordem moral e mesmo religiosa na sua avaliação”; portanto, para que isso seja evitado, “na medida em que o relacionamento íntimo entre duas pessoas do mesmo sexo pode ter efeitos jurídicos relevantes, é mais razoável que se faça uma abordagem jurídica e técnica da questão, e não uma análise moral, porque esta última, além de ser excessivamente subjetiva, concluirá pela negativa de qualquer efeito útil”.

Pondere-se, neste ponto, que, provada a sociedade de fato entre os conviventes do mesmo sexo, com aquisição de bens pelo esforço comum dos sócios, está presente o contrato de sociedade, reconhecido pelo art. 1.363 do Código Civil, independentemente de casamento ou de união estável. Sim, porque celebram contrato de sociedade as pessoas que se obrigam, mutuamente, a combinar seus esforços pessoais e/ou recursos materiais para a obtenção de fins comuns.

11 RT 742/393.

12 Reflexos jurídicos das uniões homossexuais. *Jurisprudência brasileira*. Juruá, 1995. In: *Separação e Divórcio II*, v. 176, p. 95-107, especialmente p. 107.

Registre-se, neste ponto, a celeuma em torno de uma decisão unânime do Superior Tribunal de Justiça, de sua 4.^a Turma, sendo Relator o Ministro *Ruy Rosado de Aguiar*,¹³ que, na verdade, não atribuiu direito de herança a homossexual, mas reconheceu direito à partilha de bens adquiridos, pelos parceiros, em decorrência de sua colaboração comum.

Do mesmo modo, foi normal a decisão unânime da Câmara Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, sendo Relator o Desembargador *Dirceu de Mello*,¹⁴ de 31.07.1997, quando se entendeu deferir a guarda de criança a homossexual, constatando-se que essa circunstância, naquele momento, não era obstáculo à medida, dada a provisoriedade da natureza da guarda, que pode ser revogada a qualquer momento, ante qualquer desvirtuamento na formação psicológica da criança. Entendeu-se que era dificultoso, à época, colocar a criança sob os cuidados de uma família substituta.

Enquanto a união homossexual não for reconhecida como apta à constituição de família, o que nos parece prematuro, os parceiros devem acautelarem-se com a realização de contratos escritos, que esclareçam a respeito de seu patrimônio, principalmente demonstrando os bens que existem, ou venham a existir, em regime de condomínio, com os percentuais estabelecidos ou não. Se for o caso, para que não esbarrem suas convenções no direito sucessório de seus herdeiros, devem realizar testamentos esclarecedores de suas verdadeiras intenções. Podem os parceiros, ainda, adquirir bens em nome de ambos, o que importa condomínio, em partes iguais.

4 ANÁLISE DO PROJETO MARTA SUPPLY E DE SEU SUBSTITUTIVO NA CÂMARA DOS DEPUTADOS

A ex-Deputada Federal *Marta Suplicy* apresentou o Projeto de Lei 1.151, de 1995, que objetiva disciplinar a “união civil entre pessoas do mesmo sexo”.

Como bem pondera a autora desse projeto,¹⁵ não se pode mais negar a existência de relações homossexuais e as diferentes formas de expressão da sexualidade, no Brasil e em outros países, sendo necessário “garantir direitos de cidadania sem discriminar as pessoas devido à sua orientação sexual”.

13 OLIVEIRA, Euclides Benedito de. Direito de herança entre homossexuais causa equívoco. *Tribuna do Direito*, abr. 1998, p. 12.

14 Julgados do Tribunal de Justiça. *Lex* 198/121.

15 O sol e a peneira. *Revista Manchete*. Rio de Janeiro: Bloch, 06.07.1996, p. 98.

E continua dizendo que seu projeto “não se refere ao casamento, nem propõe a adoção de crianças ou a constituição de família. Simplesmente possibilita às pessoas homossexuais que vivem juntas o direito a herança, previdência, declaração comum de imposto de renda e nacionalidade. Basicamente, direitos jurídicos para pessoas que pagam impostos e hoje são ignoradas pela sociedade... A sociedade nos educa para a heterossexualidade como sendo esta a única forma correta e aceita de viver a sexualidade”.

Instalou-se uma Comissão Especial na Câmara dos Deputados para apreciar esse projeto, presidida pela Deputada *Maria Elvira*, tendo como relator o Deputado *Roberto Jefferson*.

Prestando depoimento junto a essa Comissão, *Luiz Edson Fachin* sugeriu a substituição do termo “união” por outro mais adequado. O relator dessa Comissão entendeu correta essa sugestão, substituindo a palavra “união” por “parceria”.

Esse jurista paranaense,¹⁶ escrevendo sobre a convivência de pessoas do mesmo sexo, em outubro de 1996, conclui seu artigo, ponderando:

“Humanismo e solidariedade constituem, quando menos, duas ferramentas para compreender esse desafio que bate às portas do terceiro milênio com mais intensidade. Reaprender o significado de projeto de vida em comum é uma tarefa que incumbe a todos, num processo sacudido pelos fatos e pela velocidade das transformações. Em momento algum pode o Direito fechar-se feito fortaleza para repudiar ou discriminar. O medievo jurídico deve sucumbir à visão mais abrangente da realidade, examinando e debatendo os diversos aspectos jurídicos que emergem das parcerias de convívio e de afeto. Esse é um ponto de partida para desatar alguns ‘nós’ que ignoram os fatos e desconhecem o sentido de refúgio qualificado prioritariamente pelo compromisso sócio-afetivo.”

Nessa trilha, passaremos à análise dos artigos do Projeto de Lei 1.151, de 1995, da Câmara dos Deputados, e de seu Substitutivo, adotado pela Comissão Especial, datado de 10 de dezembro de 1996.

16 FACHIN, Luiz Edson. Aspectos jurídicos da união de pessoas do mesmo sexo. RT 732/47-54, especialmente p. 52-53.

Partiremos dos artigos do aludido Substitutivo, que melhorou a redação do Projeto originário, acrescentando alguns dispositivos de real importância.

Assim, no artigo 1.º, assegura-se a duas pessoas do mesmo sexo o reconhecimento de sua “parceria civil registrada”, objetivando, principalmente, a salvaguarda de seus direitos de propriedade e de sucessão hereditária.

Essa parceria constitui-se mediante registro em livro próprio nos Cartórios de Registro Civil de Pessoas Naturais (art. 2.º), com a apresentação dos documentos dos interessados enumerados no parágrafo 1.º: declaração de serem solteiros, viúvos ou divorciados; prova de capacidade civil absoluta, por meio de certidão de idade ou prova equivalente; e escritura pública de contrato de parceria civil. O parágrafo 2.º incluído no Substitutivo repete a necessidade de que se registre a parceria, conforme *caput* do mesmo artigo. O parágrafo 3.º estabelece a impossibilidade de alteração do estado civil dos contraentes, na vigência do contrato de parceria.

Esse parágrafo 3.º é de extremo rigor, porque corrobora que o pretendido registro, em livro próprio, no Cartório de Registro Civil, mencionado no *caput* do artigo, não é só para valer contra terceiros,¹⁷ mas cria, perigosamente, um novo estado civil, que não pode ser alterado sem a extinção do contrato de parceria civil registrada. Esse estado civil nem os conviventes possuem, na união estável, que é reconhecida constitucionalmente como forma de constituição de família.

Vê-se claramente que, existindo constituição desse estado civil de parceiro ou de parceria, sua desconstituição judicial pode levar muito tempo, sobrecarregando o Poder Judiciário de ações e de processos dessa ordem. Mesmo em caso de morte do parceiro, deverá existir processo judicial para que, seguramente, se constate esse fato, a fim de que possa ser desconstituído o estado civil, por decisão do juiz, junto ao competente Registro.

Os ônus que se vão criar com isso e os sérios danos à comunidade podem ser antevistos, principalmente se os parceiros se separarem de fato, sem qualquer providência judicial, constituindo novas parcerias de fato.

17 Como constava em nossa Proposta de Regulamentação do concubinato (art. 9.º), no Projeto de Lei 1.888/91 da Câmara dos Deputados (art. 4.º) e no Projeto de Lei 84/94 (Substitutivo) do Senado Federal (art. 4.º), ambos baseados em nosso trabalho pré-legislativo e que redundaram na Lei 9.278/96, na qual foi vetado, pelo Presidente da República, o artigo 4.º, que cuidava do registro para validade contra terceiros, tudo conforme artigo de *Álvaro Villaça Azevedo*. Com a promulgação da Lei 9.278, em 10 de maio de 1996, está em vigor o Estatuto dos Concubinos. *Revista Literária de Direito* 11/14-26, maio/jun. 1996, especialmente, p. 20, 23-26.

Entendo a preocupação do pré-legislador em amparar, de certo modo, as parcerias homossexuais; entretanto, essa situação de fato, como é a união estável entre homem e mulher, ficará assoberbada com esses excessos de formalismo, a que o povo brasileiro não está acostumado.

Admito que o registro desses contratos, como defendo a idéia na união estável, é salutar e de alta relevância na salvaguarda de direito de terceiros; todavia, sem que se crie novo estado civil, pois daí teremos estado civil de solteiro, de casado, de divorciado e de parceiro civil. Nesse caso, por que não admitir o estado de separado judicialmente (hoje modificação do estado de casamento) e o estado de convivente ou companheiro, em relação à união estável entre homem e mulher?

A criação de estado civil novo cria muitos problemas jurídicos à sua desconstituição, mormente com relação às situações de fato, com regulamentação legal dos efeitos jurídicos da convivência, seja na união estável, seja na parceria civil.

Sugiro, pois, ao legislador que leve em conta estas observações, para admitir o registro do contrato de parceria entre o mesmo sexo, como também propusemos à união estável em nosso projeto, vetado, neste ponto, pelo Presidente da República, mas tão-somente para valer contra terceiros.

Cria-se, assim, no clima de liberdade da convivência homossexual, como pretende a ex-Deputada *Marta Suplicy*, também um clima de responsabilidade e de justiça, relativamente a essa união, sem necessidade da criação de um novo estado civil, só alterável com a intervenção do Poder Judiciário.

O registro será feito, então, só para valer contra terceiros. Aliás, nesse ponto, chegamos à conclusão de que o registro mais eficaz é o que se realiza na Circunscrição Imobiliária, onde a averbação das situações jurídicas convivenciais é mais importante, enquanto não houver um cadastramento geral das pessoas que esteja informado em todo o sistema registral. Tudo para que se evitem alienações de imóveis, por um dos parceiros, em detrimento do outro ou de terceiros, malgrado exista registro do contrato de parceria no Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais.

A seu turno, o artigo 3.º do Substitutivo e do Projeto dá caráter solene ao contrato de parceria registrada, o qual deverá ser lavrado em Ofício de Notas, pactuado livremente, mas devendo versar sobre “disposições patrimoniais, deveres, impedimentos e obrigações mútuas”.

Se houver disposição expressa no contrato, suas regras podem operar retroativamente para contemplar patrimônio comum, formado anteriormente à união (§ 1.º no Substitutivo; parágrafo único no Projeto).

Inseriu-se no Substitutivo o parágrafo 2.º desse mesmo artigo 3.º, pelo qual ficam proibidas disposições sobre adoção, tutela ou guarda de crianças ou de adolescentes, em conjunto, mesmo que sejam filhos de um dos parceiros. Tal providência foi importante para que se evitem traumas de caráter psíquico, principalmente para que não surjam na sociedade filhos, ou crianças ou adolescentes, que se mostrem só com pais ou só com mães. Sim, porque embora a autora do projeto de lei tenha manifestado posição contrária à adoção pelos parceiros, a proibição da utilização desse instituto jurídico não se fez, expressamente, em seu texto de pré-legislação.

Anote-se que o Projeto originário previa, nos incisos I e II de seu artigo 4.º, a extinção desse contrato de parceria, pela morte de um dos parceiros ou por decreto judicial. Esta decisão, certamente, ocorrerá em caso de rescisão desse contrato, com descumprimento culposo de qualquer de suas cláusulas ou de dispositivos legais, atinentes a essa união, que é a infração contratual, prevista no inciso I do artigo 5.º do Substitutivo e do Projeto, ou, ainda, em caso de denúncia (resilição unilateral), quando a um dos parceiros não mais convier a convivência. Neste último caso, quando houver alegação, por um dos parceiros, de desinteresse na continuidade da união, conforme previsto no inciso II do artigo 5.º do Substitutivo e do Projeto.

Nesse ponto, o Substitutivo, mantendo em seu artigo 4.º esses dois incisos do artigo 4.º do Projeto, inclui ainda um terceiro, para possibilitar, também, essa extinção contratual, por consentimento das partes, desde que homologada pelo juiz. Aqui, então, prevista a figura da resilição bilateral ou distrato, em que os parceiros manifestam o desejo de se separarem, perante o juiz, que homologará esse acordo escrito, verificando se foram cumpridos os requisitos legais e contratuais. Aliás, o Projeto já previa, no parágrafo 1.º de seu artigo 5.º, a possibilidade de as partes requererem, de comum acordo, a homologação judicial da extinção de sua união civil.

Mesmo incluindo o aludido inciso III em seu artigo 4.º, o Substitutivo mantém o mencionado parágrafo 1.º, agora como parágrafo único de seu artigo 5.º, que, de modo repetitivo, assegura esse requerimento das partes, consensualmente, amigavelmente, pleiteando a homologação judicial da extinção de sua parceria registrada.

Desse modo, atualmente, esse Substitutivo possibilita a referida extinção contratual por morte ou por via judicial, litigiosa ou amigável.

Ocorrendo a mencionada extinção contratual, a sentença que declarar extinta a parceria deverá conter a partilha dos bens dos parceiros, nos moldes do contrato dos interessados (art. 6.º do Projeto e do Substitutivo).

Assinale-se que foi eliminado o artigo 7.º do Projeto, o qual exigia a averbação do registro da constituição ou da extinção da união civil, nos assentos de nascimento e de casamento das partes.

O artigo 8.º do Projeto, ainda, instituía como crime, de ação pública condicionada à representação, “manter o contrato de união civil”, referido no aludido Projeto, “com mais de uma pessoa, ou infringir o parágrafo 2.º do artigo 2.º”, punível com pena de detenção de seis meses a dois anos.

Essa proibição de parceria civil com mais de uma pessoa, constante do artigo 8.º, foi reformulada no Substitutivo, em seu artigo 7.º, sendo nulo de pleno direito o contrato que se fizer nesses moldes, ou, ainda, quando houver infração ao parágrafo 2.º do artigo 2.º do mesmo Substitutivo (falta de registro desse contrato no Registro Civil de Pessoas Naturais).

Estabelece-se, ainda, no parágrafo único desse artigo 7.º, que a infração mencionada no *caput* deste implica o cometimento de crime de falsidade ideológica, sujeitando o infrator às penas previstas no artigo 299 do Código Penal.¹⁸

O intuito do pré-legislador foi, em verdade, o de proibir a existência de dois ou mais contratos simultâneos de parceria civil, não propriamente o de proibir a existência dessas várias uniões, o que seria impossível.

Desse modo, pode alguém, na prática, ter vários parceiros, o que é impossível de proibir, como acontece com o casamento e o concubinato impuro, ou seja, adúlterino ou incestuoso. Pode ocorrer o mesmo com a união estável (concubinato puro) e o concubinato desleal (em concorrência com o primeiro).

Essas situações ocorrem na sociedade independentemente do que queira, ou não, o legislador. O que este pode coibir é o duplo registro civil.

Por outro lado, para tentar impedir um registro, ante eventual existência de uma parceria civil com escritura não registrada, é que o Substitutivo sob cogitação, instituiu o crime de falsidade ideológica para os parceiros que venham a registrar uma parceria, tendo omitido a existência de parceria ou

18 Art. 299. Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante: Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa, se o documento é público, e reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa, se o documento é particular. **Parágrafo único.** Se o agente é funcionário público, e comete o crime prevalecendo-se do cargo, ou se a falsificação ou alteração é de assentamento de registro civil, aumenta-se a pena de sexta parte.

de registro de escritura anterior. O crime, portanto, consiste nessa omissão e não na manutenção de duas ou mais parcerias.

Tenha-se presente, ainda, que, existindo registro de uma parceria anterior, o próprio Cartório Civil impedirá o registro de outra escritura. O difícil será, eventualmente, acusar registro anterior, se não houver cadastramento do registro das parcerias.

No artigo 8.º do Substitutivo (artigo 9.º do Projeto), alteram-se os artigos 29, 33 e 167 da Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973 (Lei de Registros Públicos).

O artigo 29, em que constam os atos que se fazem registrar no Registro Civil de Pessoas Naturais, fica acrescido do inciso IX, a autorizar, também, o registro dos “contratos de parceria civil registrada entre as pessoas do mesmo sexo”. No parágrafo 1.º desse artigo que cuida das averbações, fica autorizada a averbação da “sentença que declarar a extinção da parceria civil registrada entre pessoas do mesmo sexo”.

No artigo 33 referido, inclui-se em seu inciso III o livro E, para “registro de contratos de parceria civil registrada entre pessoas do mesmo sexo”.

Finalmente, no artigo 167, que menciona as atribuições relativas ao Registro de Imóveis, fica acrescido o item 35 (deverá ser item 36, porque, atualmente, já existe o item 35, que foi inserido pela Lei 9.514, de 20 de novembro de 1997),¹⁹ de seu inciso I, pelo qual, além da matrícula, será feito o registro “dos contratos de parceria civil registrada entre pessoas do mesmo sexo que versem sobre comunicação patrimonial, nos registros referentes a imóveis ou a direitos reais pertencentes a qualquer das partes, inclusive os adquiridos posteriormente à celebração do contrato”. Acrescenta-se, ainda, no inciso II desse artigo 167, em seu item 14, a averbação, também, das sentenças de extinção de parceria civil registrada entre pessoas do mesmo sexo ao lado das “sentenças de separação judicial, de divórcio, de nulidade ou anulação do casamento”, sempre que, em qualquer delas, “nas respectivas partilhas existirem imóveis ou direitos reais sujeitos a registro”.

O artigo 9.º do Substitutivo (artigo 10 do Projeto) institui, como bem de família, o imóvel próprio e comum dos contratantes de parceria civil registrada, tornando-o impenhorável, nos moldes da Lei 8.009, de 29 de março de 1990.

Essa Lei 8.009/90, que regulamenta o bem de família, só considera como tal “o imóvel residencial próprio do casal ou da entidade familiar”.

¹⁹ O item 35 atual refere-se ao registro da alienação fiduciária em garantia de coisa imóvel.

Comentando esse dispositivo legal, já ponderei que “um dos requisitos a que se constitua, em bem de família, esse mesmo imóvel é que deva ser de propriedade do casal, ou da entidade familiar”.

“Todavia, nada impede que esse imóvel seja de propriedade de um dos cônjuges, se, por exemplo, não forem casados pelo regime de comunhão de bens. O mesmo pode acontecer com um casal de conviventes, na união estável, ou com os integrantes de outra entidade familiar, sendo um só deles proprietário do imóvel residencial, em que vivem. Basta, assim, que um dos integrantes do lar seja proprietário do imóvel residencial, a se constituir em bem de família.”²⁰

Como resta evidente, tal dispositivo de pré-legislação desvirtua a lei analisada, pois na parceria civil registrada não existe intuito de constituição de família, não existe lar, o que impede que exista o bem de família. Entretanto, se tal dispositivo vingar, teremos aí uma exceção, em completa dissonância com a Lei 8.009/90. Sim, porque o bem de família só pode existir no âmbito desta.

A seu turno, os artigos 10 e 11 do Substitutivo simplificam os textos dos artigos 11 e 12 do Projeto.

Assim, o artigo 10 inscreve o parceiro como beneficiário do Regime Geral de Previdência Social, como dependente de seu parceiro segurado, desde que esteja registrado o contrato de parceria civil; extinto este, cancela-se, automaticamente, essa inscrição de beneficiário.

Melhor o texto do Substitutivo, porque prescinde da inclusão, nos parágrafos 3.º e 2.º, respectivamente dos artigos 16 e 17 da Lei 8.213, de 24 de julho de 1991, de matéria relativa à parceria civil, juntamente com a da união estável; também no tocante ao cancelamento dessas união e parceria, com o da inscrição do cônjuge, na situação prevista no mencionado parágrafo 2.º do artigo 17 da citada lei.

Do mesmo modo, no artigo 11 do Substitutivo (artigo 12 do Projeto), desde que comprovada a parceria civil, o parceiro será considerado beneficiário da pensão prevista no inciso I do artigo 217 da Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que disciplina o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.

20 AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Bem de família*. 3. ed., São Paulo: RT, 1996, p. 159-160.

O artigo 12 do Substitutivo (artigo 13 do Projeto) prevê a necessidade de a Administração Pública estadual, municipal e do Distrito Federal disciplinar, por legislação própria, os benefícios previdenciários de seus servidores que tenham relacionamento de parceria civil registrada com pessoa do mesmo sexo.

Por sua vez, o artigo 13 do Substitutivo, como o artigo 14 do Projeto, concede direitos sucessórios aos contratantes de parceria civil registrada, nos moldes da Lei 8.971, de 28 de dezembro de 1994, relativa à união estável. Todavia, o aludido artigo 13 do Substitutivo adapta, em quatro incisos, os casos de sucessão dos conviventes aos dos parceiros.

Assim, o parceiro sobrevivente, desde que não firme novo contrato de parceria civil registrada, terá direito ao usufruto da quarta parte dos bens de seu parceiro falecido, se este tiver filhos, bem como ao usufruto da metade desses bens, se não houver filhos, ainda que sobrevivam os ascendentes do mesmo falecido (incs. I e II). Entretanto, se o parceiro falecido não deixar descendentes e ascendentes, terá o sobrevivente direito à totalidade da herança (inc. III). Ressalte-se, neste ponto, que esses três incisos são adaptações dos três primeiros incisos do artigo 2.º da Lei 8.971, de 28 de dezembro de 1994, já citada.

Como acontece presentemente em matéria de união estável, quanto ao aludido inciso III, se editado este, continuará a existir o absurdo de estarem alijados da herança os colaterais do falecido, relativamente aos bens adquiridos pelo parceiro morto, antes de construir a parceria civil registrada, e os adquiridos, a título gratuito, durante a união.

A seu turno, o inciso IV desse artigo 13 do Substitutivo, sob exame, é a adaptação do artigo 3.º da já mencionada Lei 8.971/94 (relativa à união estável). Por ele, se os bens deixados pelo parceiro falecido forem resultado de atividade com a colaboração do sobrevivente, terá este direito à metade desse patrimônio. Neste passo, está presente a regra de condomínio na aquisição de bens comuns, sem menção de cota condominial, pois, se esta for estipulada em contrato escrito ou no documento, mesmo de aquisição, deverá ser respeitada.

O artigo 14 do Substitutivo, tratando da matéria cogitada no artigo 15 do Projeto, modifica a situação, neste prevista, para pior. Realmente, pois esse artigo 14 procura incluir novo inciso no artigo 454 do Código Civil, que trata, exclusivamente de curatela de cônjuge interdito, não separado judicialmente; nesse caso, o curador será o outro cônjuge. Na falta deste, os três parágrafos que se seguem escalonam os pais do interdito; na ausência destes,

o descendente maior, mais próximo, precedendo ao mais remoto; na falta dessas pessoas, o curador escolhido pelo juiz.

Resta evidente que, não sendo a parceria civil registrada considerada casamento entre pessoas do mesmo sexo, não há como misturar seu tratamento legislativo com matéria matrimonial. Por isso que, relativamente a essa modificação, melhor será que permaneça indene o artigo 15 do Projeto Marta Suplicy, que assenta que, em caso de “perda da capacidade civil” de qualquer um dos parceiros, terá o outro a “preferência para exercer a curatela”.

O artigo 15 do Substitutivo refere-se ao conteúdo do artigo 16 do Projeto, objetivando nova redação ao artigo 113 da Lei 6.815, de 19 de agosto de 1980, que cuida da situação jurídica do estrangeiro no Brasil. Nesse artigo da apontada Lei, no capítulo que trata das condições da naturalização, menciona-se que o prazo mínimo de residência, para concessão da naturalização, ou seja, quatro anos imediatamente anteriores a esse pedido, fixado no artigo 112, inciso III, pode ser reduzido, se o parceiro estrangeiro tiver contrato de parceria civil registrada com pessoa de nacionalidade brasileira. A posição do Projeto é a de incluir a matéria no inciso I do referido artigo 113 (“ter filho ou cônjuge brasileiro” e “companheira de união civil entre pessoas do mesmo sexo, brasileiro ou brasileira”). Esta redação, além de não ser boa, implica, mais uma vez, a mistura de matéria matrimonial com parceria civil registrada, que não é casamento. Melhor, portanto, a posição do Substitutivo que acrescenta o inciso VI, nesse artigo 113, do teor seguinte: “ter contrato de parceria civil registrada com pessoa de nacionalidade brasileira”.

O Substitutivo incluiu dois artigos, 16 e 17, estes sim, de grande utilidade e alcance social.

O artigo 16 reconhece aos parceiros o “direito de composição de rendas para aquisição de casa própria”, bem como todos os direitos relacionados com “planos de saúde e seguro de grupo”.

Como resta evidente, os parceiros podem somar suas economias, para possibilitar a aquisição de sua moradia, que ficará garantida, como visto, como bem de família. Também o plano de saúde e de seguro de grupo feito por um beneficiará o outro.

Finalmente, o artigo 17 do Substitutivo admite aos parceiros a inscrição, um do outro, como dependentes para efeitos de legislação tributária, já que vivem em sociedade de fato, com ganhos e gastos comuns. Aplicam-se, assim, a eles, as deduções tributárias.

Os dois últimos artigos do Substitutivo, 18 e 19 (artigos 17 e 18 do Projeto), cuidam, respectivamente, do início de vigência, na data em que for publicada a lei, e da revogação de disposições em contrário.

UNIÃO HOMOSSEXUAL: ASPECTOS SOCIAIS E JURÍDICOS

Maria Berenice Dias

Desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
Presidente da Associação Brasileira das Mulheres
de Carreira Jurídica – ABMCJ/RS

Sumário

1. Panorama histórico.
2. Aspectos psicológico e biológico.
3. Visão constitucional.
4. A parceria civil registrada.
5. A possibilidade de adotar.
6. Indispensabilidade de regulamentação.
7. O tratamento jurisprudencial.

A grande polêmica que envolve o encaminhamento do projeto que reconhece a chamada parceria civil registrada impõe que sejam feitas algumas colocações sobre a homossexualidade – tema encharcado de preconceitos, tabus e mitos –, para se visualizar como ela vem sendo tratada no âmbito do Direito.

São questões que dizem como as relações familiares e comportamentais situam-se mais na esfera privada do que na pública, cabendo à sociedade sua normatização. Há valores culturais dominantes em cada época, a gerar um sistema de exclusões muitas vezes baseado em preconceitos estigmatizantes. Tudo que se situa fora dos estereótipos acaba por ser rotulado de “anormal”, ou seja, fora da normalidade, que não se encaixa nos padrões – visão polarizada extremamente limitante. São, em regra, questões de lenta maturação, como o divórcio, por exemplo. Demorou, mas a sociedade acabou por aceitá-lo. Nas últimas décadas, mudou-se a maneira de encarar o homossexualismo e a virgindade das mulheres. Ficou-se mais tolerante com o primeiro e revogou-se a necessidade da segunda.

Com a evolução dos costumes, a mudança dos valores, dos conceitos de moral e de pudor, o tema referente à opção sexual deixou de ser “assunto proibido” e hoje é enfrentado abertamente, sendo retratado no cinema, nas novelas, na mídia em geral.

Ainda que a sociedade se considere heterossexual, 10% dela é formada por homossexuais. As culturas ocidentais contemporâneas estigmatizam aqueles que não têm preferências sexuais dentro de determinados padrões de estrita moralidade, renegando-os à marginalidade.

O homossexualismo é um fato que se impõe e não pode ser negado, merecendo receber a tutela jurídica e ser enlaçado como entidade familiar. É necessário mudar valores, abrir espaços para novas discussões, rever princípios, dogmas e preconceitos.

1 PANORAMA HISTÓRICO

A prática homossexual acompanha a história da humanidade, pois era aceita na Antiguidade Clássica, havendo somente restrições à externalidade do comportamento homossexual.

Na Grécia Antiga, fazia parte das obrigações do preceptor “servir de mulher” ao seu preceptor, havendo a crença de que por meio do esperma se transmitia heroísmo e nobreza. Também havia a justificativa de treiná-los para as guerras, nas quais inexistia a presença de mulheres. Era um privilégio das classes nobres. Nas Olimpíadas gregas, os atletas competiam nus, exibindo a beleza física, sendo vedada a presença das mulheres na arena sob o fundamento de que não tinham capacidade para apreciar o belo. Também nas manifestações teatrais, os papéis femininos eram desempenhados por homens transvestidos ou usando máscaras. É evidente que essas eram manifestações homossexuais.

O maior preconceito contra o homossexualismo provém das religiões. A concepção bíblica vem do preceito judaico de busca de preservação do grupo étnico, e toda relação sexual deveria dirigir-se à procriação. A Igreja Católica considera uma aberração da natureza, transgressão à ordem natural, uma verdadeira perversão.

Desde o final dos anos 60, tem aumentado a visibilidade das opções sexuais dos indivíduos, por ter diminuído o sentimento de culpa que pesa sobre eles. Os chamados movimentos *gays* têm-se proliferado, procurando dar transparência ao fenômeno.

2 ASPECTOS PSICOLÓGICO E BIOLÓGICO

Na área da Psicologia, a homossexualidade é encarada como um distúrbio de identidade, e não como uma doença. Também não é hereditária, nem

uma opção consciente ou deliberada. É fruto de um determinismo psíquico primitivo, que tem origem nas relações parentais desde a concepção até os 3 ou 4 anos de idade, quando se constitui o núcleo da identidade sexual na personalidade do indivíduo, que irá determinar sua orientação sexual.

No campo científico, também mudou o conceito. No ano de 1985, deixou de constar no artigo 302 do Código Internacional das Doenças – CID – como uma doença mental, passando ao capítulo Dos Sintomas Decorrentes de Circunstâncias Psicossociais. Na última revisão, de 1995, o sufixo *ismo*, que significa doença, foi substituído pelo sufixo *dade*, que significa modo de ser.

Recente pesquisa realizada nos EUA mostra a existência de causas genéticas no desenvolvimento do homossexualismo, não se podendo taxar como um desvio de conduta ou escolha pessoal.

Não sendo uma opção livre, mas fruto de um determinismo psicológico, não pode ser objeto de marginalização ou reprovabilidade social ou jurídica. O legislador não pode ficar insensível à necessidade de regulamentação dessas relações.

3 VISÃO CONSTITUCIONAL

Firmando a Constituição a existência de um Estado Democrático de Direito, tende à realização dos direitos e liberdades fundamentais. O núcleo do atual sistema jurídico é o respeito à dignidade humana, que ocupa uma posição privilegiada no texto constitucional (inc. III do art. 1.º).

Os grandes pilares que servem de base à Constituição são os princípios da liberdade e da igualdade. Tais enunciados não podem se projetar no vazio, não se concebendo como normas programáticas, sendo necessário reconhecer sua eficácia jurídica no Direito de Família, que recebe o seu influxo.

O inciso I do artigo 5.º estabelece que *homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações*, e o inciso IV do artigo 2.º consagra a promoção do bem de todos sem preconceito de sexo.

A proibição da discriminação sexual, eleita como cânone fundamental, alcança a vedação à discriminação da homossexualidade, pois condiz com a conduta afetiva da pessoa e o direito de opção sexual.

A identificação da orientação sexual está condicionada à identificação do sexo da pessoa escolhida em relação a quem escolhe, e tal escolha não pode ser alvo de tratamento diferenciado. Se alguém dirige seu interesse a outra pessoa, ou seja, opta por outrem para manter um vínculo afetivo, está

exercendo sua liberdade. O fato de direcionar sua atenção a uma pessoa do mesmo ou de distinto sexo que o seu não pode ser alvo de discriminação. O tratamento diferenciado por alguém orientar-se em direção a determinado sexo – nada sofrendo se tender a vincular-se a pessoa do sexo oposto ao seu ou recebendo o repúdio social por dirigir seu desejo a pessoa do mesmo sexo – evidencia uma clara discriminação à própria pessoa em função de sua identidade sexual. Se todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, aí está incluída, por óbvio, a opção sexual que se tenha.

Nesse sentido já se posicionaram as Cortes Supremas do Canadá, Estados Unidos e Havaí: a discriminação por orientação sexual configura discriminação sexual.

Diverso é o tratamento da homossexualidade a depender do nível do desenvolvimento cultural dos Estados. Dinamarca, Suécia e Noruega possuem leis que concedem à parceria os mesmos direitos das pessoas casadas, só havendo impedimento à adoção. A Constituição da África do Sul, de 1996, foi a primeira que expressamente proibiu a discriminação em razão da opção sexual. França, Austrália e alguns Estados americanos, além da descriminalização, proibem medidas discriminatórias, sem adotar iniciativas positivas. Já nos países islâmicos, o homossexualismo é reconhecido como crime, podendo ser punido com a pena de morte.

No Brasil, tramita a Proposta de Emenda à Constituição 139/95, da ex-Deputada *Marta Suplicy*, de alteração dos artigos 3.º e 7.º da Constituição Federal, para incluir a proibição de discriminação por motivo de orientação sexual.

4 A PARCEIRA CIVIL REGISTRADA

O Projeto de Lei 1.151/95, de autoria da ex-Deputada *Marta Suplicy*, teve trocado o nome de união civil para parceria civil registrada. Busca tão-só autorizar a elaboração de um contrato escrito, com a possibilidade de ser registrado em livro próprio no Cartório do Registro Civil das Pessoas Naturais.

Conforme a própria justificativa do Projeto, ele não se propõe dar às parcerias homossexuais um *status* igual ao do casamento. Podem ser pactuados deveres, impedimentos e obrigações, contendo disposições de caráter patrimonial. Protege o direito de propriedade e garante o direito de sucessão, de usufruto, benefícios previdenciários, direitos de curatela, impenhorabilidade da residência, direito de nacionalidade em caso de estrangeiros, possibilidade de inclusão no imposto de renda e na composição da renda para compra ou aluguel de imóvel. Não autoriza a troca de nome, mas também não a proíbe.

Não pressupõe a existência de uma relação afetiva ou homossexual entre os parceiros. No entanto, o fato de somente poderem contratar pessoas solteiras, viúvas ou divorciadas (inc. I do § 1.º do art. 1.º) e de impedir a alteração do estado civil durante sua vigência, vedando que elas se casem (art. 2.º, § 3.º), gera novo impedimento para o casamento não elencado no artigo 183 do Código Civil.

Ainda que não o faça, seria melhor que, de modo explícito, protegesse as relações homossexuais, sob pena de se ter a lei por inconstitucional, já que desigualitaria a vedação de ser celebrado por pessoas de sexos diversos. De outro lado, como cria um vínculo jurídico gerador de efeitos pessoais, além dos patrimoniais, não pode ser enquadrado exclusivamente no campo obrigacional, inexistindo instituto em que ocorra a impossibilidade de alteração do estado civil e o impedimento do casamento.

O inquestionável é que o Projeto marca o início da saída da marginalidade dos vínculos afetivos homossexuais, deixando de ser excluídos para ser incluídos no laço social, obtendo o reconhecimento de sua existência pelo Estado.

5 A POSSIBILIDADE DE ADOTAR

A mais tormentosa questão que se coloca, e que mais divide as opiniões, é sobre a possibilidade de os parceiros virem a adotar crianças. O Projeto de Lei da união civil nada previa, sendo que a vedação da adoção, tutela ou guarda foi introduzida pelo relator.

Não há qualquer impedimento no Estatuto da Criança e do Adolescente, pois a capacidade para a adoção nada tem a ver com a sexualidade do adotante, sendo expresso o artigo 42 ao dizer: “Podem adotar os maiores de 21 anos, independentemente do estado civil”.

A única objeção que poderia ser suscitada seria em face dos termos do art. 29: “Não se dará a colocação em família substituta a pessoa que revele, por qualquer modo, incompatibilidade com a natureza da medida ou não ofereça ambiente familiar adequado”. No entanto, o princípio que deve prevalecer é o do artigo 43: “A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivo legítimo”. Ao depois, é de se atentar para nossa realidade social, com um enorme contingente de menores abandonados em situação irregular que poderiam vir a ter uma vida mais digna. Assim, não há como se ter por incompatível com a natureza da medida a relação, mesmo homossexual, que possua as características de uma união estável, na qual

exista um lar respeitável e duradouro, cumprindo os parceiros os deveres assemelhados aos dos conviventes, como a lealdade, a fidelidade, a assistência recíproca, numa verdadeira comunhão de vida e de interesses.

Como não se pode excluir o direito individual de guarda, tutela e adoção garantido a todo cidadão, independentemente de sua orientação sexual, tal restrição pode gerar situações injustas. Havendo a possibilidade de a adoção ser feita por um só dos parceiros, eventuais direitos do adotado, quer de alimentos, quer sucessórios, só poderão ser buscados com relação ao adotante, fato que, com certeza, acarreta injustificável prejuízo, por não gerar direitos com relação àquele que também tem como verdadeiramente seu pai ou sua mãe.

Na Califórnia, há pesquisadores que, desde meados de 1970, vêm estudando famílias formadas por lésbicas e gays. Concluíram que crianças com os dois pais do mesmo sexo são tão ajustadas quanto as crianças com os pais dos dois sexos. Nada há de incomum quanto ao desenvolvimento do papel sexual dessas crianças.¹

6 INDISPENSABILIDADE DE REGULAMENTAÇÃO

Ainda que tenha vindo a Constituição, com ares de modernidade, outorgar a proteção do Estado à família, independentemente da celebração do casamento, continuou a ignorar a existência de entidades familiares formadas por pessoas do mesmo sexo.

Ao buscar-se identificar o conceito de família, a primeira visão é a da família patriarcal, nitidamente hierarquizada com papéis bem definidos, constituída pelo casamento, com uma formação extensiva. Hoje a família é nuclear, horizontalizada, apresentando formas intercambiáveis de papéis, sem o selo do casamento.

Não se diferencia mais a família pela ocorrência do casamento. Também a existência de prole não é essencial para que a convivência mereça reconhecimento e proteção constitucional, pois sua falta não enseja sua desconstituição sequer perante o Direito Canônico. Se prole ou capacidade procriativa não são essenciais para que a convivência de duas pessoas mereça a proteção legal, não se justifica ter a Constituição deixado de abrigar, sob o

1 FLAKS, FICHER, MASTERPASQUA & JOSEPH, 1995; GOTTMAN, 1990; PATTERSON, 1992, 1994. Filhos de lésbicas e gays. In: HARRIS, Judith Rioch. *Diga-me com quem anda ...* Objetiva, 1999, p. 80.

conceito de família, a convivência entre pessoas do mesmo sexo, uma vez que a própria lei não permite qualquer distinção em razão do sexo.

Se a orientação sexual é baseada em fatores biológicos ou psicológicos, inquestionavelmente é uma característica pessoal que se insere na auréola de privacidade do cidadão e é cercada de todas as garantias constitucionais. A valorização da dignidade da pessoa humana, como elemento fundamental do Estado Democrático de Direito, não pode cancelar qualquer discriminação baseada em características individuais. Repelindo-se qualquer restrição à liberdade sexual, não se pode admitir tratamento desigualitário em função da orientação sexual.

O estigma do preconceito não pode ensejar que um fato social não se sujeite a efeitos jurídicos. Não se pode impor a mesma trilha percorrida pela doutrina e pela jurisprudência nas relações entre um homem e uma mulher fora do casamento, que levou ao alargamento do conceito de família por meio da constitucionalização da união estável.

O Direito passou a valorizar a afetividade humana, abrandando preconceitos e formalidades. As relações familiares impregnam-se de autenticidade, sinceridade e amor, deixando de lado a hipocrisia da legalidade estrita.

Se duas pessoas passam a ter vida em comum, cumprindo os deveres de assistência mútua, em um verdadeiro convívio estável caracterizado pelo amor e respeito mútuo, com o objetivo de construir um lar, inquestionável que tal vínculo, independentemente do sexo de seus participantes, gera direitos e obrigações que não podem ficar à margem da lei.

As uniões estáveis homossexuais não podem ser ignoradas, não se tratando de um fato isolado, ou de frouxidão dos costumes, como querem os moralistas, mas da expressão de uma opção pessoal que o Estado deve respeitar.

A Constituição não é um conjunto de regras, mas um conjunto de princípios, aos quais se devem afeiçoar as próprias normas constitucionais, por uma questão de coerência. Mostrando-se uma norma constitucional contrária a um princípio constitucional, tal fato configura um conflito e, assim, a norma deve ser considerada inconstitucional, como sustentava *Otto Bachof* já em 1951. Assim, não se pode deixar de ter por discriminatória a distinção que o artigo 226, parágrafo 3.º, da Constituição Federal faz ao outorgar proteção a pessoas de sexos diferentes, contrariando princípio constitucional constante de regra pétrea. Flagrado o confronto, é possível concluir ser igualmente inconstitucional a restrição do artigo 1.º da Lei 9.278/96, que regulamenta a união estável, podendo e devendo ser aplicada às relações homossexuais.

Não há, portanto, como deixar de visualizar a possibilidade do reconhecimento de uma união estável entre pessoas do mesmo sexo. O adjunto

adverbial de adição “também”, utilizado no parágrafo 4.º do artigo 226 da Constituição Federal (“Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”), é uma conjunção aditiva, a evidenciar que se trata de uma enumeração exemplificativa da entidade familiar. Só as normas que restringem direitos têm de ter interpretação de exclusão.

Para os especialistas da ONU, família é qualquer grupo de pessoas que convivam sob o mesmo teto, sejam ou não do mesmo sexo, não se usando o matrimônio como origem do casamento.

Não se pode afrontar a liberdade fundamental a que faz jus todo ser humano no que diz respeito a sua condição de vida. A orientação sexual adotada na esfera de privacidade não admite restrições. Presentes os requisitos legais – vida em comum, coabitação, laços afetivos, divisão de despesas –, não se pode deixar de conceder-lhe os mesmos direitos deferidos às relações heterossexuais que tenham idênticas características.

Mais do que uma sociedade de fato, trata-se de uma sociedade de afeto, o mesmo liame que enlaça os parceiros heterossexuais. Na lacuna da lei, ou seja, na falta de normatização, há de se subsidiar na determinação do artigo 4.º da Lei de Introdução ao Código Civil, de aplicação da analogia, costumes e princípios gerais de direito. Não se pode deixar de estabelecer analogia com as demais relações que têm o afeto por causa, ou seja, o casamento e as uniões estáveis.

O Judiciário, no entanto, tem como inconcebível fazer tal analogia, encontrando-se praticamente fechadas as portas para essa realidade, quem sabe com o propósito de não vê-la e, assim, fazê-la desaparecer.

Como bem referiu a ex-Deputada *Marta Suplicy* na justificativa do seu Projeto:

“Se todos têm direito à felicidade, não há por que negar ou desconhecer que muitas pessoas só serão felizes relacionando-se afetiva e sexualmente com pessoas do mesmo sexo. Valores e normas sociais são modificados, reconstruídos e alterados de acordo com as transformações da própria sociedade.”

Enquanto a lei não acompanha a evolução dos usos e costumes, as mudanças de mentalidade, a evolução do conceito de moralidade, ninguém, muito menos os aplicadores do Direito, pode, em nome de uma postura preconceituosa ou discriminatória, fechar os olhos a essa nova realidade e se

tornar fonte de grandes injustiças. Não se pode confundir as questões jurídicas com as questões morais e religiosas.

Uma sociedade que se quer aberta, justa, livre, pluralista, solidária, fraterna e democrática, às portas do novo milênio, não pode conviver com tão cruel discriminação, quando as palavras de ordem são a cidadania e a inclusão dos excluídos.

7 O TRATAMENTO JURISPRUDENCIAL

Ainda que os homossexuais sejam estigmatizados, vêm os tribunais reconhecendo-lhes alguns direitos de cidadania.

A partilha de bens que mais causou alarde foi deferida ao parceiro do pintor Jorge Guinle, falecido em 1987. Mais do que isso, pouco tem evoluído a jurisprudência.

Recente julgamento da 4.^a Turma do STJ, cujo Relator foi o Ministro *Ruy Rosado de Aguiar Jr.*,² reformou decisão da Justiça de Minas Gerais que havia negado pedido de partilha de bens decorrente de relação homossexual:

“Sociedade de fato. Homossexuais. Partilha de bem comum. O parceiro tem o direito de receber a metade do patrimônio adquirido pelo esforço comum, reconhecida a existência de sociedade de fato com os requisitos postos no art. 1.363 do Código Civil. Responsabilidade Civil. Dano Moral. Assistência ao doente com AIDS. Improcedência da pretensão de receber do pai do parceiro que morreu com AIDS a indenização pelo dano moral de ter suportado sozinho os encargos que resultaram da doença. Dano que resultou da opção de vida assumida pelo autor e não da omissão do parente, falando o nexo de causalidade. Art. 159 do Código Civil. Ação Possessória julgada improcedente. Demais questões prejudicadas. Recurso conhecido em parte e provido.”

O Tribunal Regional Federal da 4.^a Região, no julgamento da Ap. 96.04.55333-0/RS, em 20.08.1998, deferiu a inscrição do companheiro como dependente no plano de saúde da CCF, entendendo que a recusa foi motivada pela orientação sexual das partes, o que viola o princípio constitucional de igualdade, que proíbe discriminação sexual.

2 REsp. 148.897/MG, j. 06.04.1998.

De grande repercussão o mais recente julgado gaúcho (Proc. 01196089682), que, reconhecendo a união estável, aplicou a Lei 8.971/94 e deferiu a totalidade da herança ao parceiro, por não ter o *de cujus* deixado descendentes nem ascendentes.

Também a 2.^a Vara da Justiça Federal de Santa Catarina deferiu direito à percepção, mas somente da metade, da pensão vitalícia por morte do companheiro homossexual, sob o fundamento de que a negativa de pagamento pelo fato de o dependente ser do mesmo sexo que o servidor refletia nítida discriminação por orientação sexual.

Ainda que o pedido de *Roberta Close* tenha sido negado, a Justiça vem decidindo favoravelmente à troca do nome no Registro Civil, havendo julgados do Tribunal gaúcho nesse sentido desde 1994. No entanto, a mais revolucionária decisão que já ocorreu sobre o tema foi a proferida em 10 de março de 1999 pela 7.^a Câmara Cível. Alegando que não existe impedimento legal ao casamento de pessoas de sexos opostos, o recurso buscou afastar a averbação determinada de ofício pelo magistrado que deferira a troca do nome para o feminino. Tendo-se tornado uma mulher, afronta ao princípio de igualdade não poder casar como qualquer mulher. A decisão está assim ementada:

“Apelação civil – Mudança de sexo e prenome. Restrição imposta pelo juiz. Embora não constitua, a restrição imposta pelo Juiz, disposição ultra petita e nem afronte ao princípio constitucional da igualdade, provê-se, em parte, o apelo para fazer constar apenas a causa determinante de ditas alterações. Fica, assim, resguardada a boa-fé de terceiros. Louvor à sentença. Unânime.”

No transexualismo, busca-se adequar pela via cirúrgica a externalidade, diante da divergência entre a genitália e a postura interna da pessoa. Interessa saber se, mudado o sexo, está transfigurada a verdadeira sexualidade ou se adquirida a identidade do sexo oposto. Ao ser autorizado, com a troca do nome, o direito de casar, não se pode impedir o casamento entre os homossexuais que não optem pela emasculação, o que afrontaria o princípio da igualdade.

Também é da Justiça gaúcha a decisão do relator que, em 18 de fevereiro 1999, ao apreciar liminar em agravo de instrumento, deferiu o pedido para que se processasse a ação envolvendo relação homossexual nas Varas de Família. O recurso, no entanto, ainda não foi julgado.³

3 AgIn 599075496.

Temário II

PATERNIDADE E FILIAÇÃO: SUSTENTAÇÃO JURÍDICA E AFETIVA

SE EU SOUBESSE QUE ELE ERA MEU PAI...

Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka

Doutora em Direito pela Faculdade
de Direito da Universidade de São Paulo
Professora-Doutora de Direito Civil da Faculdade
de Direito da USP e da Faculdade de Direito de Bauru
Diretora da Região Sudeste do Instituto Brasileiro
de Direito de Família – IBDFAM

Ouvi recentemente esta frase – “Se eu soubesse que ele era meu pai, minha vida teria sido, quiçá, diferente...” – em um especial da televisão a cabo que mostrava uma bela reportagem a respeito dos *filhos de Hollywood*. Aliás, penso que era mesmo assim o nome da seqüência, embora não tenha certeza: *Kids of Hollywood*. Mas, enfim, o escopo fundamental da reportagem, como se pode imaginar, era demonstrar como foi a vida, normalmente marcada pelas mais diferentes e desconcertantes formas de angústias e frustrações, de crianças, hoje adultos, que tiveram a má sorte de nascer de famosas pessoas, registradas na calçada da fama, mas completamente despreparadas para a assunção da condição de pais e de mães famosos de crianças desprotegidas.

Esta pessoa, cuja frase tanto me marcou, era a filha, hoje sexagenária, do belíssimo Clark Gable, o insuperável galã de *...E o vento levou*, mas que não revelou à criança a verdade que ela procurou, provavelmente por toda a sua vida, talvez com grande ansiedade e sofrimento.

O depoimento daquela senhora, cujo olhar revelava, como o espelho do passado, a sua fragilidade infantil, a sua decepção adolescente, a sua descrença a respeito da hipótese de ser feliz, informava também que o silêncio a que houvera sido submetida a respeito de sua raiz genética paterna havia sido imposto por sua mãe, ela também atriz destacada do iluminado ambiente hollywoodiano. Mas, de tudo, o mais doloroso, pareceu-me, foi o fato de que sua mãe, por ocasião de seu nascimento – e a gravidez já havia sido devidamente ocultada à imprensa –, entregou-a aos cuidados de um orfanato. Depois de seis meses, segura da preservação de seu segredo e segura da manutenção de sua etérea, ingênua e doce figura junto ao seu público, a atriz retorna ao orfanato, agora já sem tantos segredos e subterfúgios, mas, ao

contrário, devidamente acompanhada por fotógrafos e jornalistas, para – que espetacular cena, cenários e *script* – “adotar” a criança que houvera sido concebida em seu próprio ventre...

Mentira sem paradigma e hipocrisia maior só se conheceu ao tempo dos romanos, à época em que os filhos havidos fora do casamento não tinham nenhum valor, lugar ou direitos no contexto das famílias de então.

Isso porque, sabe-se, “no seio das famílias romanas, houve sempre um repúdio à idéia de filhos ilegítimos, já que estes não podiam desempenhar o papel determinado, pela religião, ao filho”.¹

Com efeito, em Roma, como informa *Fustel de Coulanges*, “o laço de sangue isolado não constituía, para o filho, a família; era-lhe necessário o laço do culto. Ora, o filho nascido de mulher não associada ao culto do esposo pela cerimônia do casamento, não podia, por si próprio, tomar parte do culto. Não tinha o direito de oferecer o repasto fúnebre, e a família não se perpetuaria por seu intermédio”.²

A farsa romana a que me referi descortinava-se porque, lembremos, Roma conheceu apenas um modo destinado a contornar os obstáculos legais para regularizar a situação de inferioridade à qual eram relegados os filhos espúrios. Este modo era a adoção e, por meio dela, o filho adentrava a família, não *aut natura*, mas *aut iure*, em condição de igualdade com os demais irmãos.³

Contudo, tantos séculos depois e em terras tão distantes, como é o caso da capital americana do cinema, o fenômeno se repetiu, sendo que a criança foi repudiada não apenas pelo seu famoso pai, mas também pela sua famosa mãe. Mas o absurdo maior revela-se pelo fato de ter sido, ainda, “usada” literalmente pela sua adorável mãe, uma vez que, instalada a criança no venerando lar da atriz pelas portas da adoção, carregou-lhe maior fama, contribuindo para aumentar consideravelmente a legião de fãs, encantados com a “grandeza e o despojamento da alma daquela bela e talentosa mulher...”.

A reportagem indica, na continuação, que a dor maior que não foi ultrapassada, nem sequer vencida, nem mesmo minorada, foi o fato de terem todos, sua mãe e a sociedade próxima, permanecido em odioso silêncio a respeito da verdadeira origem daquela criança, quer pela linhagem *a matre*, quer pela linhagem *a patre*. Parece que com o tempo lhe foi revelada, não sei

1 Cf. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Dos filhos havidos fora do casamento. *Revista Jurídica da FADAP* – Faculdade de Direito da Alta Paulista 1/167-185, 1998.

2 COULANGES, Fustel de. *Cidade antiga*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

3 *Idem*.

por que caminho ou forma, sua origem ascendente pelo lado materno, mas jamais soube, até a morte de Clark Gable, que ele era seu pai biológico. Conta a senhora em questão que, ao completar quinze anos, encontrou-se com ele e extasiou-se como qualquer outra adolescente que se encontrasse na presença de tão famoso e sedutor homem. Ela relata que ele a tratou muito bem, foi atencioso e carinhoso, mas a verdade não lhe foi revelada...

Esta pessoa, por toda a vida, andou à procura de seu pai, pois certamente sua fantasia avisava ao seu inconsciente que, se o encontrasse, seus problemas maiores advindos da horrível rejeição e da hedionda farsa cometida em nome do “amor materno” talvez fossem minorados, atenuados, acariados, chorados, paparicados e, quiçá, expurgados.

Mas não lhe disseram e ela viveu assim, desejando encontrar seu pai e desejando que ele fosse lindo, famoso, sedutor e encantador como o modelo masculino de maior significação à época, o famoso ator Clark Gable...

Aquele seu olhar de hoje, ao qual já me referi antes, e que ficou marcado na minha memória como triste e desconsolado, penso que não a abandonará até seu leito de morte... Nada está a indicar que sua tristeza resida no fato de ter sido afastada da percepção de seu quinhão hereditário, por ocasião da morte de seu pai famoso. Não foi o que busquei adivinhar naquele olhar, senão seu próprio e efetivo interesse de ter tido um pai! Ela, que provavelmente também não teve verdadeiramente uma mãe...

O direito que não pôde exercer, àquele tempo, certamente foi o direito de buscar a sua identidade biológica paterna, mas foi, também, o direito de buscar, na figura do pai, o refúgio e fortaleza adequados para aqueles seus momentos em que as feridas precisavam ser lambidas, curadas, e ninguém como ele poderia melhor fazê-lo.

Penso ser este, em primeiras palavras, antes e excludentemente de qualquer outra consequência ou derivação de natureza patrimonial, o conteúdo e perfil deste direito da personalidade que se tem procurado chamar de “direito ao pai”.

Não quero dizer, com isso, que esta busca ou certeza da paternidade encerre-se apenas em situação de natureza moral e íntima, correspondente somente à questão de estado e derivada do direto exercício de um direito da personalidade, e, com isso, afastar a natural ampliação do campo jurídico no que respeita aos demais direitos subjetivos e aos deveres decorrentes do estado de filiação. Não. Mas quero dizer, isto sim, que entendo possível esta ampliação do campo de valores essenciais, enquanto objeto do direito em questão, e que as suas consequências jurídicas – no plano da patrimonializa-

ção principalmente – têm um caráter apenas secundário, se contempladas em face da gigantesca extensão do que significa, na essência, este formidável direito que é o direito de se buscar o pai.

Ou não estará submersa em razão a conclusão de *Caio Mário da Silva Pereira*⁴ quando afirma que pouco importa se a perquirição judicial da paternidade venha ou não seguida de pedido pecuniário; este em nada afetará a natureza daquela, pela razão muito óbvia – diz o insuperável mestre – de que na ação investigatória o objeto colimado é a *declaração da existência de uma relação de parentesco* e, se conseguido isto, estará finda.

Por isso tudo, afastada a exclusividade patrimonial como centro e cerne da investigação, desejo considerar que, se por um lado está em perfeita repleção de razão *João Baptista Villela*,⁵ ao referir que “pensar que a paternidade possa estar no coincidir de seqüências genéticas constitui, definitivamente, melancólica capitulação da racionalidade crítica neste contraditório fim-de-século”, por outro lado, e como no exercício simples de verificar a outra face da moeda, também me parece estar repleta de certeza e de verdade a idéia de que alguém possa pretender tão apenas investigar a sua ancestralidade, buscando sua identidade biológica pela razão de simplesmente saber-se a si mesmo.

Isto tudo porque, segundo penso, e independentemente da apuração ou verificação de conseqüências outras, que corram ao viés da pretensão-âmbito do investigador, existe inscrito no coração de cada homem, desde sempre e desde a sua autocompreensão a respeito de sua origem, um anseio de conhecer a si mesmo melhor, por meio dos indícios certos e dos indicadores científicos de sua raiz genética. Um direito, portanto e antes, puramente natural, cujo exercício nem sempre pode sucumbir em face de construções humanas, ainda que precipuamente bem intencionadas, como é o caso da mais que famosa e controvertida presunção legal que costumamos singelamente chamar de *pater is est*.

Mas volto a falar do “direito ao pai”, este direito que, além de dotado da anterioridade própria dos direitos engravados na realidade e na vida dos homens desde sempre, na verdade deve ser lido e pensado de modo muito mais elástico do que apenas direito ao genitor masculino. O que quero dizer

4 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Reconhecimento de paternidade e seus efeitos*. 5. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 52-53.

5 VILLELA, João Baptista. O modelo constitucional da filiação: verdade e superstições. *Revista Brasileira de Direito de Família* – IBDFAM 2/121-142, jul./ago./set. 1999.

é que recepciono melhor a idéia de que ele devesse ser compreendido como “direito aos pais”, incluindo-se aí, também e por certo, o direito à mãe.

Sabemos todos que a mãe tem estado ao lado de suas crianças em número de vezes sempre muito maior que os genitores do sexo masculino, conforme demonstram as estatísticas; isto não se perde de vista, apesar do caso-exemplo ou hipótese-verdade com que iniciei esta minha locução. Mas bastava que se conhecesse um único caso, como o da filha de Clark Gable, por exemplo, para que eu já não pudesse mais estar autorizada a desdenhar o comentário: por “direito ao pai” deve-se entender o direito atribuível a alguém de conhecer, conviver, amar e ser amado, de ser cuidado, alimentado e instruído, de se colocar em situação de aprender e apreender os valores fundamentais da personalidade e da vida humanas, de ser posto a caminhar e a falar, de ser ensinado a viver, a conviver e a sobreviver, como de resto é o que ocorre – em quase toda a extensão mencionada – com a grande maioria dos animais que compõem a escala biológica que habita e vivifica a face da terra.

Raros são os animais que entregam suas jovens crias à própria sorte, mas, quando o fazem, não os movem razões vazias ou cruéis, senão o costume ancestral que caracteriza a espécie, hipótese que, nem de longe, assemelha-se à circunstância humana. Os humanos, ao contrário, naturalmente devem permanecer junto à cria recém-nascida, e assim perdura a situação, por um tempo significativamente maior que nas hipóteses de outros animais.

Entre nós, e sob a égide dos comandos constitucionais contemporâneos, destaca-se enfaticamente esta postura nova e expurgatória da filiação unilateral, de sorte a admitir e facilitar, ao filho, a busca aos seus pais, mediante o exercício de um sadio direito de estado que tem, como escopo precípuo, o afastamento da discriminação odiosa, resultante da distinção quanto à origem. Um direito indisponível e tão pleno que está incumbido, como atributo essencial de sua individualidade, a filhos advindos de qualquer relacionamento natural entre pessoas que não sejam casadas entre si, ou que sejam solteiras, ou divorciadas, ou viúvas, ou separadas ou, até mesmo, que se encontrem vinculadas pelos laços da consangüinidade.

Este é o legítimo interesse da criança, quer me parecer, ainda que desejando não correr o risco – espero – de estar apenas delirando sobre as *superstições* tão ao desgosto de meu consócio neste painel, o magistralmente culto e sensível professor mineiro *João Baptista Villela*⁶ – a quem rendo, de público, a

6 Ver o mesmo e perfeito estudo concluído pelo professor ilustre e já referido em nota anterior, a de n. 5, especialmente suas assertivas de conclusão, à p. 142.

minha homenagem, revelando a minha profunda admiração e respeito, pelo fato de ser quem é e como é, para o Direito Privado brasileiro. Mas, ao contrário do delírio, como dizia, espero estar apenas deixando que as aves da fantasia e da imaginação, estas sim sadias, estejam desenvolvendo seus vôos em singulares torneios à volta de um tema tão doce, comovente e humano quanto este, o do direito que cada um de nós tem de buscar, se quiser, a verdade a respeito de sua vinculação genética a um homem ou a uma mulher, ainda que não seja a estes que sua alma ordene chamar de *pai* e de *mãe*.

Mesmo àqueles que já têm a seu favor reconhecido um estado de filiação que o liga a um – digamos assim, apesar de acre a palavra e em desconformidade com meu gosto pessoal – *outro pai*, quer por força de ter sido havido na constância do casamento de sua mãe, quer por força de um espontâneo reconhecimento, prefiro circunscrevê-los, ao lado de todos os demais aos quais falte mesmo a atribuição jurídica de um pai, no rol dos que podem exercer esta pretensão de buscar o embrionário liame genético, compreendendo esta busca como o objeto do “direito ao pai”.

Por isso, imagino que este direito da personalidade esteja disponível a um elenco maior de filhos, além daqueles que se determina chamar de filhos extramatrimoniais, alcançando também os que foram *presumidamente* qualificados como filhos matrimoniais, desde que houvessem tido, primeiro, o cuidado de obter a desconstituição de seu estado, relativamente ao marido de sua mãe.

Imagino que este direito, ainda, possa se encontrar disponibilizado àqueles filhos que tenham sido espontaneamente reconhecidos por pessoa não vinculada biologicamente a eles próprios, bem como pelos filhos adotivos, assim como pelos havidos por meio de procriação assistida, e ainda, na abrangente categoria dos extramatrimoniais, também pelos mais que rejeitados, os mais que ocultados, os mais que *incômodos*, diga-se assim, filhos incestuosos.

Em cada um dos casos, certamente, concorrerão distintos pressupostos de admissibilidade e, por via de consequência, distintos efeitos outros, além do comum a todos os casos, que é a declaração do estado filial.

Desta forma, em alguns casos, seria imprescindível que se promovesse, antes, a desconstituição do estado filial anterior, como na hipótese de ocorrência da filiação presumidamente matrimonial. Se por nenhuma outra razão fosse, seria, ao menos, pelo fato de que a presunção benéfica apurada pelo legislador no interesse do filho se desintegraria completamente no momento em que o próprio interessado, até aqui tão cuidadosamente protegido pelo comando presuntivo da lei, decidisse, por si mesmo, descortinar a

verdade genética a respeito de sua origem. Deve ser dado a ele o direito de fazê-lo, se assim desejar, como ilação natural de sua condição humana e como inferência máxima de sua dignidade.

Mesmo na hipótese de perquirição da origem genética em face de alguém que, não sendo o pai biológico, nem marido da mãe da criança, tenha operado o reconhecimento da paternidade, quero entender devesse ocorrer como pressuposto de viabilização da pretensão a desconstituição do vínculo parental anteriormente gerado. Nestes casos, a exigência de atendimento a tal pressuposto se concretizaria por força de outro fundamento, pois, nesta hipótese, o estabelecimento da filiação não teria ocorrido como decorrência da presunção atribuível ao legislador, mas teria ocorrido como consequência da escolha perpetrada pelo pai afetivo, que num gesto de puro amor – quem sabe? – promovera a *falsidade jurídica* para alcançar o escopo da *filiação de fato*, mas para ele *verdadeira*.

Muito dolorosa esta última hipótese para ser assim tão serena e descuidadamente tratada? Penso que não, se organizo o raciocínio de acordo com aquela mesma tônica ou toada de antes, a saber: o direito existe e se disponibiliza para quem quiser exercê-lo, bastando querer, bastando optar, se este desejo ou esta opção se consagrarem, verdadeiramente, como o interesse melhor ou mais adequado do investigante. E então, considerem os senhores, mesmo sem querer deixar de ter como pai afetivo tão amantíssima pessoa, talvez o interesse jurídico prevalescente quanto ao exercício do “direito ao pai” fosse exatamente este que se desdobra na versão “direito à identidade genética”.

Aliás, senhores, um dos mais bonitos acordãos a respeito desta amplitude do “direito ao pai”, considerando-se a mais vasta e possível extensão do que este direito realmente signifique, é aquele que teve como relator S. Exa., o Ministro *Sálvio de Figueiredo Teixeira*, que reafirma que “saber a verdade sobre sua paternidade é um legítimo interesse da criança; um direito humano que nenhuma lei e nenhuma Corte pode frustrar”,⁷ exatamente porque refere a uma das mais altas e valoradas expressões da condição e da dignidade humana.

Prossigamos, para enfrentar, quiçá, o mais difícil de todos os endereçamentos, quando a temática circunflui o cerne do “direito ao pai” para atribuí-lo, também, aos filhos extramatrimoniais incestuosos.

7 REsp. 4.987/RJ, Rel. Min. *Sálvio de Figueiredo*, STJ, 4. T., por maioria, DJU 28.10.1991, RSTJ 26/378.

Perguntados de chofre, responderemos, todos nós – ou a maioria de nós –, que eles, é claro, têm igualmente o direito ao conhecimento de sua ascendência biológica. Respondido, o assunto sempre falece, pois o constrangimento que o envolve parece conter uma tal espécie de maldição que é mais conveniente dela não falar tanto... Enfim, o velho e milenar repúdio que a ordem jurídica perpetrou contra tais criaturas, havidas de relações incestuosas, esteve impregnado sempre deste desdém social, ou desta fingida indiferença, quase um desconhecimento voluntário, que sempre envolveu tão delicado assunto.

Desde muito longe, no tempo, a lei já se enunciava de sorte a repugnar e a não tolerar os casos de incesto, como ocorreu, por exemplo, no antiquíssimo Código de Hamurabi, que prescreveu: “Se alguém, depois de seu pai, se deitar sobre o seio de sua mãe, serão os dois queimados.”

Mas nem sempre foram, no passado mais remoto, exogâmicas⁸ as famílias; ao contrário, percorreu a história da humanidade uma trajetória bastante longa até que se estabelecesse a correlação entre fertilidade e sensualidade, a correlação entre o ato sexual e a procriação, sempre como resultado de uma situação de experimentação, ou seja, de um conhecimento que se produziu empiricamente. Esta descoberta, que deve ter sido produzida à volta do quarto ou do quinto milênio antes de Cristo, provocou imensa mutação nas estruturas sociais, religiosas e comportamentais da humanidade, de molde a implicar a assunção de regras que reorganizassem o matrimônio e a procriação, buscando afastar o malefício ou o desconforto da relação incestuosa, para evitar a impureza e a mácula das famílias, já que incesto – que deriva do latim *incestus* – significa impuro, não casto.⁹

No entanto, quer a mitologia, quer a história, quer a própria Bíblia, estão todas estas fontes a se referir, à exaustão, a episódios de incesto, alguns famosos, como o caso de Zeus que, disfarçado de serpente, manteve relação sexual com sua mãe Réia, ou de Cleópatra, que se casou com seu irmão Ptolomeu XII, ou de Abraão, que se casou com sua meia-irmã Sara, para citar apenas alguns.

Mas, enfim, pululem à vontade os exemplos históricos, bíblicos ou mitológicos, a verdade é que há, e houve sempre, uma verdadeira aversão e

8 Diz-se exogâmica a sociedade em que os matrimônios se efetuam com membros de tribos estranhas ou, se dentro da mesma tribo, com os membros de outras famílias ou de outro clã. O contrário se diz endogâmica.

9 Sobre o incesto, do ponto de vista da psicanálise, cf. COHEN, Cláudio (*O incesto: um desejo*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 1993), e sobre as origens e história da paternidade, cf. DUPUIS, Jacques. *Em nome do pai: uma história da paternidade*. São Paulo: Martins Fontes, 1990.

um intransigente temor em face do incesto, aversão e temor estes profundamente arraigados na natureza humana. Poder-se-ia dizer que “a proibição do incesto é, hoje, daqueles freios inibitórios que se encontram incrustados no nosso ego, os quais automaticamente passamos à nossa descendência, mesmo sem a averiguação dos seus motivos e conseqüências”.¹⁰

Verdadeiro tabu, na linguagem da psicanálise, funciona exatamente assim, quer dizer, como um tecido normativo não escrito que impõe rigorosa noção de limites e de proibido, valendo por si só, algumas vezes, como sanção à própria transgressão, pois costuma atormentar o violador, além do violado, como um eficiente instrumento de tortura. Mas nem por isso, curiosa e tristemente, é possível afirmar que o incesto *in casu* se dá por uma única vez, quer dizer, de modo isolado e esporádico. Ao contrário, as estatísticas mostram que 70% das relações incestuosas têm a duração de mais de um ano.

Aliás, é sempre o espantoso mundo das estatísticas aquele que mais nos constrange, pois desperta o sentido para a visão do gigantismo da situação esdrúxula, nem sempre rara... Assim, e conforme estão alinhados estes dados estatísticos, recolhidos há cerca de seis ou sete anos, “30% das mulheres que procuram ajuda psiquiátrica, foram vítimas de incesto; que 5% das crianças enviadas à terapia, estão vivenciando um história de incesto; que cerca de 50% das adolescentes que fugiram de casa foram vítimas de incesto; que 74% dos presos que estão cumprindo pena por algum crime ou por violação dos costumes, tiveram algum tipo de envolvimento sexual intrafamiliar (...)”.¹¹

Ora, que questão difícil é esta de se indagar a respeito de eventual “direito ao pai” deferido a uma criança que tenha sido havida em decorrência de uma relação sexual incestuosa... e mesmo aquela que tenha sido vítima do incesto paterno! Em alguns casos – ou até mesmo na maioria deles, quer me parecer –, melhor estaria sendo realizado o direito se a criança fosse mantida longe de seu genitor, violador do tabu do incesto por ocasião de sua concepção ou, afora a hipótese de ser incestuosa a filiação, que houvesse sido ele, no lar, o próprio violador sexual do filho ou filha.

Relembrando que o direito ao qual nos referimos hoje, enquanto direito da personalidade, é de lata extensão, de conteúdo plural, de proporção variada, que ele se compõe de múltiplos subdireitos, faculdades ou faces de um espectro maior, escalonados em matizes e graduações distin-

10 GAVIÃO DE ALMEIDA, José Luiz. *Filiação incestuosa: reconhecimento*. Tese oferecida à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em 1985, para a obtenção do grau de Mestre.

11 COHEN, Cláudio. *O incesto...* Op. cit. Introdução.

tas, e considerando que por força desta multifariedade, o seu titular pode exercê-lo por partes, independentemente de atrair, de uma só vez, todo o extenso rol de suas peculiaridades, talvez não fosse tão arriscado considerar que o filho incestuoso, como por hipótese se está a examinar, exercesse seu “direito ao pai”, se assim desejasse, apenas no que dissesse respeito a um interesse exclusivamente colimado.

Por isso, tenho pensado que seja possível incluir, entre as múltiplas faculdades que compõem a vasta essência deste direito, mais esta, que é a referente ao direito de escolher ou selecionar os aspectos que se quer ver exercidos, limitando a extensão do campo de incidência do exercício para buscar, no “direito ao pai”, aquilo que importar diretamente ao interesse jurídico em questão.

Assim, se o filho pretender o conhecimento de sua ancestralidade genética, poderá obtê-lo, independentemente de se disponibilizar ao exercício do direito de ser visitado, por exemplo, ou de conviver com qualquer de seus genitores, se a convivência lhe causar mais estragos que benefícios, como é o caso de tantas hipóteses da vida real, entre elas, e por certo, aquilo que se vinha considerando antes, a respeito dos filhos do incesto.

Estas idéias que hoje exponho neste II Congresso Brasileiro de Direito de Família, promovido pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, e que poderiam estar mais bem despendidas não fossem as naturais limitações do tempo e as naturais limitações de minha capacidade, trago-as para que as debatamos, pois um direito grande, vital e essencial como este – o “direito ao pai” – só terá o seu perfil e meandros perfeitamente delimitados se houver, como agora, provocação com a sementeira de idéias.

Encerro lembrando a situação de todos os filhos que têm “direito ao pai” – de uma forma ou de outra e conforme a expressão do direito que pretendam exercer –, para regravar em minhas preocupações estórias como a da sexagenária filha de Clark Gable, que teve a coragem de descortinar ao mundo a sua dor, suas frustrações e seus anseios, bem como a de todos os demais filhos, matrimoniais ou extramatrimoniais e, entre estes, os incestuosos, os quais, por vezes, não têm a mesma coragem de expor as entranhas de seu sofrimento.

Encerro, ouvindo sempre em meu cérebro o clamor destes filhos: “Ah, se eu soubesse que ele era meu pai...”

E isto me comove.

A EVOLUÇÃO DAS PERÍCIAS MÉDICAS NA INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE: DOS REDEMOINHOS DO CABELO AO DNA

Salmo Raskin

Vice-Presidente do IBDFAM – Seção Paraná

Médico formado pela UFPR

Especialista em Pediatria pela UFPR

Especialista em Genética Médica Molecular (DNA)

pela Universidade de Vanderbilt, nos EUA

Perito em testes de paternidade em DNA

Diretor do Laboratório Genetika, em Curitiba

Sumário

1. Provas médico-legais não genéticas. 2. Provas médico-legais genéticas. 3. Exame de determinação de paternidade pelo DNA. 4. Bibliografia.

As investigações de paternidade e maternidade sempre foram matéria de grande interesse entre médicos e juristas e, em conjunto com as provas testemunhais e documentais, as perícias trouxeram sempre soluções baseadas nas leis da hereditariedade, colhendo subsídios na genética, destacando-se principalmente as provas periciais sangüíneas.

Didaticamente, podemos dividir as provas usadas na investigação da paternidade e maternidade em *provas médico-legais não genéticas* e *provas médico-legais genéticas*.

1 PROVAS MÉDICO-LEGAIS NÃO GENÉTICAS

Nas provas médico-legais não genéticas há de se considerar elementos relacionados com o ato gerador e suas conseqüências diretas e elementos relativos à idade do filho.

1. Elementos relacionados com o ato gerador e suas conseqüências:

- a) dados biológicos sobre a gestação (data da última menstruação, duração da gestação, ecografias);
- b) verificação da ausência ou da possibilidade de ter havido relação sexual (virgindade);
- c) verificação da impossibilidade de fecundação (esterilidade) ou de manter a gestação até o termo (infertilidade);
- d) aplicação de métodos anticoncepcionais.

2. Elementos relativos à concepção:

- a) existência de parto, a data de nascimento e a idade atual do filho;
- b) o Escore de Dubowitz (avalia a maturidade ao nascimento e estima quantas semanas durou a gestação).

Estes dados servem para confrontar a época da relação sexual com a data conhecida do parto.

2 PROVAS MÉDICO-LEGAIS GENÉTICAS

São baseadas no confronto fisionômico entre os caracteres hereditários do filho e do suposto pai. Sempre chamou a atenção do homem o fato de, no conjunto da fisionomia, das funções fisiológicas e psicológicas ou pelo menos em alguns traços particulares, os filhos se parecerem com os pais. A este conjunto de fenômenos se chamou *hereditariedade*.

Para a velha genética, “hereditariedade” significava semelhança. “O semelhante gera o semelhante” (*Lineu*). “O análogo produz o análogo” (*Haeckes*). Quando existia semelhança, a hereditariedade havia sido atendida, quando não, havia sido violada. Na prática tem se demonstrado que, embora muitos filhos sejam tão semelhantes ao pai quanto à mãe, outros existem em que os traços fisionômicos de um dos genitores parece prevalecer. *Hipócrates* explicava que existia um predomínio na quantidade das partes no *ovo*: “o que contribui mais se parece mais”. *Aristóteles* afirmava que em geral as meninas se pareciam mais com as mães e os meninos com os pais, e assim por diante.

No século passado, o conceito de semelhança (valor de semelhança e dessemelhança) era usado como *prova de filiação*. Foram estudados também

os caracteres morfológicos, funcionais, o psíquico e o fisiológico, o normal e o anormal. Até hoje podem ser encontrados laudos periciais baseados apenas em dois critérios: o da quantidade e o da qualidade dos traços; por exemplo, analisando o pavilhão da orelha e as sobrancelhas. É verdade que esses aspectos podem ser considerados elementos úteis na apreciação de semelhanças e disparidades. Porém, infelizmente, é praticamente infinito o número de elementos fisionômicos, tornando este tipo de identificação impreciso. Com o avanço da genética foi possível demonstrar que nem só por semelhança se manifesta a hereditariedade, mas também pela diferença.

Por exemplo: se um homem branco casa-se com mulher negra, provavelmente nascerá uma criança mulata. Os vínculos genéticos não podem ser traduzidos somente por semelhança, nem as semelhanças podem ter por causa única os vínculos genéticos. Dessemelhanças aparecem entre pais e filhos e incríveis graus de semelhanças aparecem entre pessoas não aparentadas (sósias). A genética moderna teve sua base lançada por *Mendel* entre 1857 e 1864, com experiências sobre a reprodução das ervilhas.

As provas mendelianas mais utilizadas eram:

- a) exame do pavilhão auricular (lóbulos presos e/ou livres);
- b) anomalia dos dedos – braquidactilia (dedo curto);
- c) cor dos olhos;
- d) coroinha nos cabelos – redemoinho para direita ou para esquerda;
- e) formatos dos dentes – somente observados em anomalias;
- f) cor da pele – brancos, negros, mulatos, orientais;
- g) mancha mongólica – assemelha-se a uma equimose e não tem localização certa.

Arnoldo Medeiros da Fonseca refere que “segundo Latter, a utilização médico-legal da mescla de sangues para investigar o parentesco e a paternidade, data de tempos remotíssimos, tendo sido conhecida na antiga China e descrita em 1247 no Tratado de Medicina, em quatro volumes, intitulado *Sem-enroku*”. Porém, foi apenas no início deste século que a perícia laboratorial genética começou a despontar com as provas genéticas sanguíneas, através do estudo dos grupos do sangue (O, A, B, AB) ou da descoberta de outro fator no sangue, o Rh, e do sistema HLA (Human Leucocyte Antigen), com propriedades antigênicas.

A descoberta, no sangue, dos vários sistemas ABO, Rh, HLA etc. e, mais recentemente, o estudo detalhado do DNA têm proporcionado à Medicina

Legal e aos profissionais do Direito valiosos elementos esclarecedores na investigação de paternidade e maternidade.

Pouco a pouco, foram desaparecendo os métodos empíricos para dar lugar aos métodos modernos, com tecnologia de ponta, como é o caso do DNA, sem perder de vista o horizonte das provas testemunhais. Esteve sempre no domínio da prova a dificuldade maior das ações investigatórias de paternidade. O problema que se coloca ao Juiz no campo probatório é como comprovar que realmente houve relacionamento sexual e a necessária relação de causa e efeito entre este ato, normalmente singular, e a fecundação e conseqüente concepção do filho. Provas testemunhais e documentais são quase sempre impossíveis. Com o teste de DNA a verdade presumida passa agora a ser verdade científica, biológica.

3 EXAME DE DETERMINAÇÃO DE PATERNIDADE PELO DNA

Por diversas razões (emocionais, históricas, econômicas, direitos e benefícios, heranças) pode ser necessário identificar o pai biológico de um determinado indivíduo. Quando a identidade de um suposto pai é incerta, testes laboratoriais podem ser utilizados para fornecer evidências objetivas, imparciais e definitivas. As evidências conferidas por estes testes podem servir para excluir definitivamente a possibilidade de um homem ser o pai biológico de determinado indivíduo, ou, se este homem não for excluído, servir como base para calcular a probabilidade de que ele realmente seja o pai biológico.

Os exames laboratoriais disponíveis na investigação de paternidade até alguns anos atrás (tipagem sanguínea e do sistema HLA) propiciavam margens de acerto que atingiam no máximo 95%. Após o resultado conferido por estes testes antigos, juízes, júris, advogados, pais e crianças ficavam com uma margem de dúvida muito elevada, margem esta que geralmente deixava espaço para argumentação. Não havia até então maneira de provar irrefutavelmente a paternidade, e podia-se no máximo (e nem sempre) excluir a possibilidade de determinado homem ser o pai de determinado indivíduo.

O DNA (ácido desoxirribonucléico), principal unidade biológica que compõe os seres vivos, situa-se no núcleo de todas as células do corpo humano. O DNA nunca é igual de uma pessoa para outra, mas apresenta semelhanças típicas entre indivíduos biologicamente relacionados. Isso se deve ao fato de que sempre metade do DNA de um indivíduo é herdada de seu pai biológico e a outra metade é herdada de sua mãe biológica. Por isso, o DNA

funciona como uma marca registrada da herança genética das pessoas. Detentor da bagagem hereditária de todos os seres, era natural que o DNA viesse a ser o melhor recurso para o esclarecimento definitivo de paternidades nebulosas.

A tecnologia do DNA é considerada o maior avanço na área judicial desde o advento das impressões digitais. Analisando o DNA, questões de paternidade podem agora ser resolvidas com uma certeza muito maior do que se podia atingir usando os testes antigos. Com a análise de DNA, chega-se à beira da infalibilidade, com probabilidades de acerto que beiram 99,99%. Entre outras vantagens, o teste de DNA produz resultados que são interpretados muito mais facilmente por membros de júri e até por pessoas leigas. Além dos casos judiciais, o exame pode ser realizado extrajudicialmente, ou seja, em situações nas quais já há um processo jurídico correndo, porém, por diversos motivos, ambas as partes têm interesse de obter o resultado do exame antes de este ser realizado judicialmente. Porém, na maioria dos casos, a solicitação do exame de DNA é feita de forma particular, por casais em dúvida, e neste casos, assim como nos casos judiciais, é preservada a privacidade dos solicitantes. O exame de DNA é versátil a ponto de conferir resultados conclusivos mesmo quando em determinada família um dos membros-chave a ser analisado (mãe ou suposto pai) não está disponível, por falecimento ou outro motivo. Mesmo nestes casos deficientes, as probabilidades de acerto podem atingir valores tão altos quanto 99,99%. O teste de paternidade por DNA pode ser realizado também no início da gravidez, como em casos de estupro, sendo que neste caso específico a lei brasileira permite a interrupção da gestação.

Assim como os povos diferem entre si, também o DNA difere não só de indivíduo para indivíduo, mas também de população para população. Os resultados dos cálculos de probabilidade de paternidade baseados em dados da população norte-americana, por exemplo, serão substancialmente diferentes dos resultados destes mesmos cálculos quando usarmos dados genéticos da população brasileira. Para que o exame de determinação de paternidade pelo DNA confira resultados particularizados para as características étnicas peculiares da população brasileira, é imprescindível que se disponha de um estudo das peculiaridades genéticas da nossa população. Outro pré-requisito para absoluta segurança dos resultados é que todas as etapas do exame sejam supervisionadas por um perito qualificado e realizadas em um só local. O Laboratório Genetika realizou um extenso estudo de tipagem de DNA da população brasileira e possui uma ampla base de dados peculiares a

nossa população. Todas as etapas do exame são realizadas dentro de nossas modernas instalações, sem intermediários, evitando a quebra da cadeia de custódia das amostras e conferindo plena segurança ao resultado do exame.

Com o advento das técnicas que analisam o DNA, este problema ficou definitivamente resolvido, já que agora é possível não só excluir os indivíduos falsamente acusados, mas também obter probabilidade de inclusão extremamente próxima de 100%. Ou seja, é possível, através do teste de DNA, afirmar que um indivíduo é, com certeza, o progenitor de determinada pessoa, inclusive naqueles casos em que membros da família já faleceram.

O DNA (ácido desoxirribonucléico) é o componente básico do material genético de cada indivíduo, presente em todas células do corpo.

Utilizando-se a nova geração de testes de DNA, a possibilidade de encontrar duas pessoas iguais em diversos pontos do material genético analisado é menor do que a população atual do planeta (cerca de 6 bilhões de indivíduos), ficando a única exceção a cargo dos gêmeos univitelinos, que possuem, a princípio, 100% de seu DNA igual. Por isso, esse método constitui uma verdadeira impressão digital genética, sendo chamado, nos primórdios da técnica, de DNA Fingerprints.

Com o advento da metodologia de PCR (reação em cadeia pela polimerase) para análise em DNA, mesmo a partir de uma pequena quantidade de sangue fresco ou dessecado, de fragmentos de tecidos humanos, de traços de sêmen ou de raízes de alguns fios de cabelo, pode-se estabelecer o padrão de DNA de um indivíduo, seja em vida, seja anos depois da morte. A PCR tem a capacidade de em poucos minutos “vasculhar” o código genético de um indivíduo e “encontrar” neste código genético certas seqüências hipervariáveis do DNA previamente selecionadas em cromossomos diferentes.

Essas seqüências individuais, que em certos pontos previamente conhecidos são repetitivas, porém hipervariáveis de pessoa para pessoa, são detectadas com auxílio de reagentes químicos chamados *primers* (oligonucleotídeos iniciadores), que, contidos na reação em cadeia pela polimerase, quando em contato com as seqüências-alvo hipervariáveis permitem a ação de uma enzima (polimerase) que multiplica aquela (e apenas aquela) região hipervariável do material genético milhões de vezes, propiciando material suficiente para inúmeras análises, inclusive permitindo sobra de material para posterior estocagem *ad perpetuum*.

As aplicações médico-legais do uso da PCR em análise do DNA estão voltadas para a investigação de paternidade e maternidade, mesmo após a morte dos envolvidos, desde que possa ser reconstituído o padrão genético do

falecido através de amostras do DNA dos parentes próximos. A amostra de sangue dos irmãos e/ou pais biológicos do falecido pode facilitar uma identificação com a mesma precisão da que seria feita caso o indivíduo estivesse vivo. Outro fato: pode-se também determinar se existe relação de parentesco entre duas pessoas, como quando irmãos e pais do falecido não estão disponíveis para o exame.

Outra utilização da PCR é na identificação de suspeitos numa investigação criminal, através de amostras de material biológico encontrado em locais examinados (por exemplo, saliva na ponta de cigarro ou em correspondências, marca de batom em copo, gotas de sangue na cena do crime), contribuindo assim para apontar autores ou excluir falsas imputações.

Finalmente, este método pode ser usado com notável precisão nos casos de identificação de vítimas em que outras técnicas que necessitam de grande quantidade inicial de DNA mostraram-se ineficazes, como nas grandes mutilações ou nos carbonizados totalmente, característicos de acidentes aéreos ou explosões.

Hoje, às portas do século XXI, não basta que se faça apenas o confronto fisionômico entre duas pessoas ou se utilizem apenas as provas testemunhais em situações nas quais se deseja determinar a paternidade ou maternidade com absoluta certeza. Apesar de as provas testemunhais continuarem tendo seu valor indubitável no contexto do processo, dispomos agora, médicos geneticistas e profissionais da área de Direito, de uma tecnologia sofisticada para nos apoiar a tornar decisões com muito mais subsídios concretos do que até então.

4 BIBLIOGRAFIA

- RASKIN, Salmo. Validade da técnica de PCR-STR na determinação de paternidade em DNA. *Revista Laes & Haes* 108/86-94, ago./set. 1997.
- _____. *Investigação de paternidade: manual prático do DNA*. Juruá, 1998.
- _____. O teste de DNA em investigação de paternidade: considerações gerais sobre a experiência do Laboratório Genetika com os primeiros dez mil indivíduos analisados. *Revista Laes & Haes*, nov. 1999.

A DESSACRALIZAÇÃO DO DNA

Zeno Veloso

Professor de Direito Civil na Universidade
Federal do Pará e de Direito Constitucional
Aplicado na Universidade da Amazônia
Diretor Regional do IBDFAM
Secretário de Justiça do Estado do Pará

Em aulas, palestras e escritos doutrinários tenho lamentado a inércia do legislador brasileiro, deixando de editar normas que atualizem o Código Civil, diante das notáveis transformações ditadas pela Constituição de 1988. Houve uma constitucionalização de muitas regras civis, que passaram a integrar o Estatuto Supremo, adquirindo, portanto, um novo e mais alto *status*. *Pietro Perlingieri*, em *Perfis do direito civil*: introdução ao direito civil constitucional, do qual já existe excelente tradução de *Maria Cristina De Cicco*, expõe que a solução para cada controvérsia não pode mais ser encontrada levando em conta simplesmente o artigo de lei que parece contê-la e resolvê-la, mas, antes, à luz do inteiro ordenamento jurídico, e, em particular, de seus princípios fundamentais, considerados como opções de base que o caracterizam. Pondera o autor que o Código Civil, certamente, perdeu a centralidade de outrora, e o papel unificador do sistema, tanto nos seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos quanto naqueles de relevância publicista, é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo texto constitucional. Outros mestres preferem dizer que ocorreu a “civilização da Constituição”, o que, sob muitos aspectos, também está correto.

Diante desta mudança, aparecem muitas e importantes conseqüências, e vou apontar duas delas, que são inexoráveis e determinantes: **1.** Perde seu fundamento de validade, como diria *Kelsen*, toda e qualquer norma infraconstitucional que conflite com o Texto Magno. Como disse, em livro sobre o controle jurisdicional de constitucionalidade, a Constituição, rainha das leis, situada no topo da pirâmide jurídica, fonte primária de todos os direitos, deveres e garantias, é que confere o fundamento de validade das leis e atos normativos, no sistema lógico de normas que forma a ordem jurídica. As normas constitucionais são dotadas de preeminência, supremacia em relação

às demais leis e atos normativos que integram o ordenamento jurídico estatal. Portanto, todas as normas devem se adequar, têm de ser pertinentes, precisam se conformar com a Constituição, que é o parâmetro, o valor supremo, o nível mais elevado do Direito positivo, a Lei das leis. Qualquer conflito, qualquer antinomia que agrida o postulado da primacia da Carta Magna viola um princípio essencial, comprometendo a harmonia do ordenamento. As normas infraconstitucionais que não foram recepcionadas e que pelejam com as constantes na Lei Maior são normas que perderam sua validade e eficácia, sendo expulsas do ordenamento jurídico. 2. Podem continuar vigorando muitos preceitos que vêm do direito anterior, desde que sejam compatíveis com a nova Constituição, dando-se o fenômeno da recepção ou da continuidade da vida jurídica. Porém o fundamento de validade desses preceitos sobreviventes já não está na Constituição passada, mas na Constituição superveniente. O texto desses preceitos é o mesmo, vista a redação que apresentam. Mas essas regras têm de ser lidas, compreendidas, recebidas e interpretadas de acordo com os princípios, a ideologia e os objetivos da ordem constitucional introduzida. As palavras são as mesmas, mas o conteúdo pode ser outro, muito diferente, e os operadores e usuários do Direito têm de estar atentos.

Não se pode ler o Código Civil apartado dos fundamentos constitucionais. O Direito de Família, sobretudo, tem as suas linhas mestras insculpidas no Texto Magno. Invocando lições de *Pérez Luño* e *Miguel Reale*, o Professor *Inocêncio Mártires Coelho* assevera que a norma jurídica é o resultado de sua interpretação. A norma jurídica, ao cabo e ao fim, é a norma jurídica interpretada, sendo a interpretação, obviamente, o pressuposto, a operação prévia do processo em que se pretende investigar o sentido e o alcance de determinado preceito normativo, verificando-se, necessariamente, se ele está ou não em harmonia com o seu modelo obrigatório e supremo. Assim, tendo sido recepcionada uma norma jurídica pré-constitucional, ela pode não ter a mesma extensão, o mesmo significado de outrora, pois uma *interpretação conforme a Constituição* dar-lhe-á nova substância, outro sentido.

O civilista, hoje, civilista não é se não for estudioso de Direito Constitucional. O reconhecimento da união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, a igualdade entre os cônjuges, entre os companheiros, a paternidade responsável, a assistência à família, o dever de assegurar, com absoluta prioridade, direitos fundamentais à criança e ao adolescente, a igualdade entre os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, têm sede constitucional.

Num livro denominado *Direito brasileiro da filiação e paternidade*, prefaciado, para minha grande honra, por este eminente mestre de Minas Gerais e do Brasil, *João Baptista Villela*, analisei toda a evolução das relações paterno-filiais, sob o ângulo jurídico, em nosso País, desde o tempo em que a matéria era regulada sob a ótica de uma família hierarquizada, matrimonializada, influenciada por princípios morais suspeitos, discriminadores e hipócritas, até o momento da libertação – digamos assim –, com a promulgação e entrada em vigor da Constituição Cidadã. Nada será como antes, nada pode ser como antes, diante desta verdadeira revolução.

Para dar alguns exemplos, o artigo 358 do Código Civil dizia que os filhos incestuosos e os adulterinos não podiam ser reconhecidos. Era um preceito aviltante, injusto, imoral, que descarregava o peso do pecado dos pais nas costas de crianças inocentes. Embora relativizado, graças ao esforço do pai do Direito de Família legislado do nosso País, que é o saudoso *Nelson Carneiro*, o malsinado dispositivo conseguiu sobreviver a todas as estocadas e continuava vigorando. Porém, com o advento do § 6.º do artigo 227 da Constituição Federal, que é norma de eficácia plena, auto-aplicável, qualquer filho pode ser reconhecido, voluntária ou judicialmente, ficando expulso de nosso ordenamento o aludido e cruel artigo 358. Entretanto, apesar do radical e incontornável antagonismo entre ele e os princípios constitucionais, ainda houve doutrinadores e juízes que entenderam que o artigo 358 continuava vigendo, até que fosse expressamente revogado. Para que a tese passadista e restritiva não prosperasse, ressuscitando o *ancien régime*, o legislador teve de intervir, e a Lei 7.841, de 17.10.1989, revogou, expressamente, o artigo 358, que já foi tarde e não deixou nenhuma saudade.

Tratando do reconhecimento judicial, coativo ou forçado, o artigo 363 do Código Civil facultava a ação aos filhos havidos fora do casamento, contra os pais, ou seus herdeiros, elencando, em três incisos, os casos em que a demanda era possível: I – se ao tempo da concepção a mãe estava concubina com o pretendido pai; II – se a concepção do filho reclamante coincidiu com o rapto da mãe pelo suposto pai, ou suas relações sexuais com ela; III – se existir escrito daquele a quem se atribui a paternidade, reconhecendo-a expressamente.

Essas hipóteses, taxativamente apontadas, funcionavam como pressupostos de admissibilidade da ação investigatória. Não tenho dúvidas de que o artigo 363 do Código Civil não foi recepcionado pela Carta de 1988. Ele se tornou incompatível com a nova ordem constitucional. Os casos determinados para que a investigatória pudesse ser apresentada, os chamados pressu-

postos de admissibilidade da ação, representavam limites, entraves, restrições para o estabelecimento da verdadeira ascendência biológica. Numa interpretação construtiva da Carta Magna, somos obrigados a concluir que toda pessoa tem o direito de saber qual é a sua origem, de ver revelada a sua verdadeira identidade, seus laços genéticos. O direito de ter acesso à ancestralidade é, a meu ver, um direito fundamental, relacionado com a dignidade da pessoa humana. Já na década de 50, diante da Lei Fundamental de Bonn, o Tribunal Constitucional Federal alemão reconheceu-o. Com maior razão, temos de considerar esse direito perante a Constituição brasileira de 1988, inovadora, progressista, democrática. Aquelas dificuldades e limitações, aqueles estorvos e embaraços que o artigo 363 indicava, para a ação investigatória, não podem subsistir.

E se alguém resistir a esta interpretação conforme a Constituição, o artigo 363 estará revogado, de qualquer maneira, pois lei posterior, o artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente, assentou, com toda a clareza, que a ação investigatória pode ser exercida contra os pais ou seus herdeiros, *sem qualquer restrição*.

No REsp. 4.987/RJ, Relator Ministro *Sálvio de Figueiredo Teixeira*, o STJ marcou uma posição que tem servido de farol para as questões relativas à determinação da paternidade, consignando que, na fase atual da evolução do Direito de Família, é injustificável o fetichismo de normas ultrapassadas, em detrimento da verdade real, sobretudo quando em prejuízo de legítimos interesses do menor, devendo-se ensejar a produção de provas sempre que ela se apresentar imprescindível à boa realização da justiça.

Havendo indícios, presunções, começo de prova, a ação investigatória deve ser recebida, sem especificações pontuais. O momento é de facilitar a busca da verdade biológica, resguardada a segurança jurídica. Esta é a equação que tem de ser perseguida.

O grande problema para a negação ou para o estabelecimento da paternidade sempre foi a prova, considerando ser quase impossível produzir a prova direta da conjunção carnal e, ainda, de que dela resultou a concepção. O Juiz chegava à sentença, quando fosse o caso, diante da certeza subjetiva, certeza moral, da convicção íntima de que o fato da paternidade é verdadeiro, ou não é, como ensina *Arnoldo Medeiros da Fonseca*. A questão da prova sempre foi o ponto nodal e doloroso das ações investigatórias de paternidade.

O princípio da liberdade da prova vem estabelecido no artigo 332 do Código de Processo Civil: “Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar

a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.” Conclui-se, facilmente, que todos os meios de prova são admissíveis nas ações de filiação, inclusive as biológicas. Especialmente as biológicas, pode-se dizer. E o artigo 339 do Código de Processo Civil edita que ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade.

Durante muito tempo, a perícia hematológica só propiciava certeza como prova excludente da paternidade, e não como prova conclusiva de que o investigado era mesmo o pai do investigante. Pela análise dos tipos sanguíneos, verificando-se que o do demandante não era compatível com o do réu, a paternidade ficava afastada. Mas, se os grupos sanguíneos fossem coincidentes, isto apenas queria dizer que o investigado poderia ter sido gerado por aquela pessoa, não se podendo garantir, com certeza, que fosse o pai: a mesma coincidência sanguínea poderia ocorrer com relação a milhões de outros homens.

Porém, a correspondência dos grupos sanguíneos, se aliada a outros indícios, presunções – como posse de estado de filho, concubinato da mãe com o suposto pai, coincidência da concepção com as relações sexuais mantidas entre a mãe e o suposto pai –, funcionava como relevante elemento de convicção, possibilitando que o juiz determinasse por sentença a relação jurídica, declarando a existência do vínculo da paternidade.

Na impossibilidade da prova direta da filiação, admitiu-se o recurso aos indícios e presunções, que, não obstante, deviam ser graves, precisos, recebidos com cautelas e reservas, examinados com prudência e rigor. Do conjunto probatório, o juiz alcançava a verdade, formava a sua convicção e sentenciava.

Toda uma construção jurisprudencial e doutrinária, velha de muitos séculos, tinha por base a circunstância de que a paternidade era um mistério impenetrável, um verdadeiro enigma, um fato que não podia ser provado com absoluta certeza. Até que o avanço científico, o progresso tecnológico, veio abalar todas estas concepções. A invenção do teste de DNA (ácido desoxirribonucléico) significou um avanço formidável, permitindo tanto a inclusão quanto a exclusão da paternidade com confiabilidade superior a 99,9999%. Desde 1988, introduzidos pelo Núcleo de Genética Médica de Minas Gerais, realizam-se, no Brasil, testes genéticos pelo exame direto do DNA.

Tirante os casos de gêmeos monozigóticos, univitelinos, não há DNA igual entre dois seres humanos, daí se afirmar que cada indivíduo tem a sua “impressão digital de DNA”.

No próprio momento em que é concebido, o indivíduo, ainda embrião, recebe do óvulo da mãe e do espermatozóide paterno todo o conjunto

de genes (genótipo) que vai determinar a conformação de seu organismo, por toda a vida. O código genético que então se estabelece é definitivo.

As moléculas de DNA estão dentro dos cromossomos, no núcleo das células. Para estudo e determinação do DNA, quase toda espécie de material pode ser aproveitada: sangue, sêmen, pele, fragmentos ósseos, dentes, raiz do cabelo, mucosa da boca, placenta etc.

Pode ser feita a determinação pré-natal da paternidade, com a colheita de líquido amniótico. As células da placenta são geneticamente iguais às do feto. Num caso famoso, nos Estados Unidos, a mulher estuprada só fez o aborto depois de se certificar que o feto havia sido produzido por espermatozóide do estuprador e não de seu marido.

Se o suposto pai já morreu, o juiz pode autorizar a exumação do cadáver, retirando-se tecidos do mesmo, e o exame pode ser realizado. Em alguns casos, nem se precisa ir tão longe: com amostras de sangue dos irmãos ou dos pais biológicos do falecido é possível a reconstituição do padrão genético do indivíduo.

Em países mais desenvolvidos e até no Brasil, conforme depoimento do dr. *Salmo Raskin*, pessoas idosas ou doentes, prevendo a possibilidade de serem apresentadas ações investigatórias de paternidade, após a sua morte, estão depositando seu DNA em bancos de laboratórios, para aproveitamento em demandas futuras, evitando transtornos a seus familiares e descartando hipóteses de causas marcadas por pura ambição, má-fé ou aventureirismo.

A genética moderna, que começou com *Mendel*, na segunda metade do século passado, com experiências sobre a reprodução das ervilhas, encontra-se, hoje, numa fase de desenvolvimento assombroso. Nas ações relativas à paternidade, até num passado recente, a verdade era presumida, a certeza relativa. Com o teste de DNA, a verdade biológica é cientificamente irrefutável. Obtém-se a certeza e a certeza da certeza no que concerne à procriação. As presunções, deduções, indícios, conjecturas, testemunhos, todos os meios tradicionais de prova parecem frágeis, deficientes, descartáveis, diante da prova soberba do teste de DNA. Numa conferência, ouvi de um biólogo que a distância entre o exame de DNA e os outros métodos de determinação da paternidade equivale à que existe entre um avião supersônico e o 14-Bis, de Santos Dumont. Para o estabelecimento da paternidade, não há dúvida, a humanidade pode ser dividida em duas eras: pré-DNA e pós-DNA.

Nas ações investigatórias de paternidade, se o réu não confessava, baseava a sua defesa na contestação, negando que tivesse mantido relações sexuais com a mãe, ou alegando que o relacionamento sexual – quando

admitido – não coincidia com o período de concepção do filho. Como aponta *Rolf Madaleno*, a preferida das defesas denunciava que a mãe, ao tempo da concepção do filho, havia mantido uma pluralidade de relacionamentos sexuais, informando o mestre gaúcho que, seguramente, era este o mais abjeto de todos os constrangimentos processuais, porque, em sociedade de padrões inflexíveis de comportamento da mulher, sugerir-lhe, maldosamente, uma vida promíscua, de múltiplos parceiros, representava risco que as mulheres de boa estirpe nem sempre estavam dispostas a correr, inibidas pela vil ameaça de verem enlameadas, falsamente, sua moral e sua dignidade pessoais. No mesmo tom, a Desembargadora *Maria Berenice* expõe que a tese defensiva, nessas ações, muitas vezes centrava-se na argüição da *exceptio plurium concubentium*, pela qual o demandado, apesar de reconhecer a manutenção de relacionamento íntimo com a mãe do investigante, buscava evidenciar a concomitância de contato com outros parceiros, por meio de uma linha argumentativa que sempre restava por denegrir a figura materna, como a apenar o livre exercício da sexualidade.

Não só as perícias tradicionais como esta constante e repetitiva linha de defesa tornaram-se obsoletas, imprestáveis, inúteis, diante da prova segura e consistente que oferece o exame de DNA.

Obviamente, até porque estão abarrotados de trabalho, muitos juízes receberam com extrema felicidade este notável progresso científico. Até a instrução probatória tradicional vem sendo substituída pela ordem, sem mais nada, de ser realizada a perícia genética. Assim, as outras provas parecem débeis, frágeis, desnecessárias, diante da prova absoluta, plena, vigorosa do DNA. O que estamos assistindo, nas questões de paternidade, é a sacralização, quando não a divinização da prova do DNA.

Mas já se nota uma resistência, um movimento contrário, tanto na doutrina quanto nos tribunais. Na ApCiv 595074709, julgada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o luminoso voto do Desembargador *Sérgio Gischkow Pereira* dá o retrato desta necessária reação. Disse ele que é hora de repensar a verdadeira sacralização e divinização que terminou por revestir o exame de DNA. Não pode ser a perícia genética a fórmula milagrosa para resolver todos os problemas pertinentes à investigação de paternidade, embora se reconheça a sua utilidade e importância no contexto probatório. Mas não tem o poder da palavra infalível, que tudo resolve e encerra todas as discussões. Não é lícito que se ignorem todas as outras provas, situando a prova técnica no Olimpo dos deuses. Na doutrina, lemos a advertência do Professor *Eduardo de Oliveira Leite*, de que o emprego ilimitado do exame de DNA começa a dar sinais de esgotamento e provoca questionamentos de

ordem ética, social e jurídica, porque a determinação da parentalidade ou da filiação não é tão simples como parece numa primeira abordagem, nem pode se esgotar na visão reducionista da mera consideração biológica.

O exame de DNA, sem dúvida, revolucionou o Direito. Mas ele não deve ser considerado o único meio de prova. Ou o meio probatório absoluto.

Minha mensagem, portanto, neste memorável II Congresso Brasileiro de Direito de Família, é de combate à sacralização da perícia do DNA. O Juiz não pode assumir posição passiva e subalterna de mero homologador de laudos. A afirmação do perito não pode substituir a sentença judicial. A veneração ao exame do DNA não pode continuar ensejando um tarifamento de provas, a todos os títulos condenável. O exame de DNA, embora de importância capital, deve ser colocado em seu devido lugar, ou seja, num conjunto probatório. É mais uma prova, não a prova divina, a prova absoluta, bastante e única.

Por outro lado, a filiação é um fenômeno muito abrangente e complexo, que não se afirma, somente, pelos laços genéticos. Há muito se fala na *desbiologização* da paternidade. Há uma paternidade biológica, mas pode existir, também, uma paternidade socioafetiva. Lembra *Luiz Edson Fachin* que a disciplina jurídica das relações de parentesco entre pai e filhos não atende, exclusivamente, quer valores biológicos, quer juízos sociológicos, sendo uma moldura a ser preenchida, não com meros conceitos jurídicos e abstrações, mas com vida, na qual pessoas espelham sentimentos. Depois da reforma de 1998, o art. 201 do Código Civil chileno assinala:

“La posesión del estado civil de hijo, debidamente acreditada, preferirá a las pruebas periciales de carácter biológico en caso de que haya contradicción entre una y otras. Sin embargo, si hubiese graves razones que demuestren la inconveniencia para el hijo de aplicar la regla anterior, prevalecerán las pruebas de carácter biológico.”

Na França, com a reforma de 1972, o direito da filiação foi profundamente modificado, prestigiando-se a busca da verdade biológica, mas concedendo-se espaço, também, para a realidade sociológica, para a verdade afetiva. A posse do estado de filho, como observa *Gérard Cornu*, ganhou grande importância. Um preceito fundamental é o do artigo 322 do Código Civil francês, estatuinto que ninguém pode reclamar um estado contrário àquele que lhe dá seu registro de nascimento e a posse conforme esse registro. Reciprocamente, ninguém pode contestar o estado daquele que tem

uma posse conforme o seu registro de nascimento. Outra regra importante do *Code Civil* é a do artigo 340, que edita: “A paternidade fora do casamento pode ser judicialmente declarada. A prova não pode ser produzida se não existirem presunções ou indícios graves.” Nesse país, portanto, é inadmissível que o juiz determine o exame pericial numa ação investigatória sem que o autor tenha apresentado, pelo menos, algum elemento consistente, um indício, um começo de prova, levantando, seriamente, a possibilidade de que o investigado seja seu pai.

Há princípios constitucionais e processuais que precisam ser resguardados e obedecidos. Diante da inicial, e, às vezes, sem que a inicial apresente qualquer elemento mais sério e convincente, mandar que o investigado se submeta ao exame pericial significa uma precipitação, conturba a ordem processual e atropela direitos e garantias. Isto não pode e não deve continuar. Julgando o REsp. 100086/MS, Relator Ministro *César Asfor Rocha*, o STJ assentou: “Antes de determinar prova pericial do DNA, deve o dr. Juiz produzir outras que objetivem a formação de seu convencimento sobre a pretensão deduzida.” Por sua vez, o STF, no HC 76.060-4/SC, Relator Ministro *Sepúlveda Pertence*, consignou:

“Em sede de investigação de paternidade que tem por objeto a pretensão de terceiro ver-se declarado pai biológico da criança, torna-se prescindível submeter ao exame de DNA o pai presumido, se possível a comprovação da alegada paternidade por outros meios de prova, sob pena de afrontar-se o princípio da preservação da dignidade humana.”

Felizmente, já se nota uma oposição ao absolutismo do teste genético. Não se pode prosseguir com este encantamento, esta confiança cega no exame de DNA. Temos de colocá-lo no seu devido lugar. Ele é um importante e poderoso meio de prova. Mas é, apenas, mais um elemento probatório. Disse em meu livro sobre a paternidade e a filiação que não se pode, de jeito algum, assim, de repente, só por causa do alto grau de confiabilidade e certeza dos modernos testes genéticos, torná-los o fator primordial e exclusivo para resolver problemas que estão conectados com valores morais e sociais da pessoa. Não estamos regulando situações que envolvem animais irracionais, vegetais ou minerais, mas tentando resolver problemas intimamente ligados a seres humanos. Não seria razoável e justo, podendo ocasionar a maior desagregação familiar, trocar, simplesmente, o *pater is est quem nuptiae demonstrant* por um modernoso *pater is est quem sanguis demonstrant*.

O perito médico *Alfredo Gilberto Boeira*, em artigo publicado na *Revista dos Tribunais*, propõe uma revisão crítica do perfil de DNA como prova judicial. Expõe que alguns cientistas mais escrupulosos começaram a esmiuçar a metodologia utilizada e seu embasamento teórico e estatístico. Embora sem negar a validade das pesquisas de *Alec Jeffreys* (inglês que padronizou a identificação de indivíduos pelo DNA) e de outros estudiosos, puderam constatar que a técnica apresentava inúmeros senões, que retiravam o caráter absoluto da tipagem de DNA e sugeriam prudência nas conclusões extraídas desse procedimento. E afirma que a determinação do DNA, em casos forenses, pode ter efeitos assaz perversos, levando um inocente à prisão ou imputando-lhe filho alheio, e que diante de um tribunal, o que importa é uma evidência irretorquível, e esta só pode exsurgir de um conjunto de provas concretas, sem margem de erro, o que não é o caso da tipagem de DNA, garante, como comprovado pela experiência norte-americana, “aliás, a maior do mundo”.

Tentei, nesta exposição, alertar para os grandes riscos e perigos imensos que corremos com esta confiança irrestrita, absoluta, nos testes genéticos. A veneração, a sacralização do DNA é atitude desarrazoada, que pode causar transtornos, injustiças.

Ao laudo pericial tem-se conferido o poder e a força de estabelecer uma paternidade, de transferir fortunas de uma pessoa para outra, determinando conseqüências de grande importância. Temos de limitar o prestígio e o vigor que se tem dado a tais exames periciais, tirando-os do altar, ou do cume da montanha, e colocando-os num contexto probatório, como propus antes.

Porém, o mais desconcertante é que faltam respostas para indagações simples e de extrema gravidade: que laboratórios são estes, que se disseminam e estão fazendo exames de DNA por todo o País? Num negócio de milhões de dólares, até que ponto os interesses econômicos têm prevalecido? Que critérios foram observados para credenciar tais laboratórios? Que técnicos, especialistas, doutores trabalham nesses locais? Que cuidados foram tomados na identificação das pessoas, na colheita e preservação dos materiais? Quem faz o controle de qualidade desses laboratórios? O Estado tem fiscalizado esses serviços? Que laboratórios mantêm banco de dados que reúnam os testes realizados em grandes populações, de diferentes origens raciais, de modo a conhecer a frequência de cada gene ou alelo?

Como se vê, este assunto está erçado de dúvidas. Há mais perguntas que respostas, e qualquer descuido pode ser fatal.

4

O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Heloisa Helena Barboza

Professora Titular da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ

Sumário

1. A doutrina da proteção integral. 2. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. 3. Repercussão do princípio nas relações familiares. 4. Aplicação do princípio do melhor interesse pelos tribunais. 5. Conclusões. 6. Bibliografia.

1 A DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

Os direitos fundamentais, atual denominação dos direitos do homem ou direitos humanos fundamentais, têm sido objeto de numerosos trabalhos no âmbito internacional, crescendo dia a dia em importância, graças à marcante influência que, paulatinamente, vêm tendo na estrutura dos diferentes ordenamentos jurídicos.

Constituem, contudo, uma classe variável, como se constata nos últimos séculos, modificando-se seu elenco no compasso da alteração das condições históricas. Como salienta *Albuquerque Mello*, não estão tais direitos relacionados em uma lista imutável, porque “a natureza humana está em construção, vez que ela apenas pressupõe a sociabilidade do homem, e esta vai criando novas formas de pensar”. E complementa: “A conquista dos direitos humanos é uma luta diária e extremamente lenta”.¹

Embora as mais remotas raízes dos direitos do homem possam ser encontradas na Antigüidade, sua efetiva expansão ocorreu no século XVIII,

1 MELLO, Celso de Albuquerque. *Direitos humanos e conflitos armados*, p. 4 e 28.

momento em que passaram a influenciar a reformulação das instituições políticas que se seguiram. Possível, assim, dizer que os direitos fundamentais nasceram naquele século, consubstanciando-se na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.²

Ao longo do tempo, diversos foram os desafios enfrentados pela doutrina dos direitos humanos, sendo possível afirmar ter se verificado verdadeiro processo de expansão, na medida em que, a cada momento, os fatos sociais exigiam o reconhecimento de novos “direitos” que garantissem não só a convivência harmoniosa, mas principalmente o respeito aos valores envolvidos, para não dizer postos em jogo, com as modificações do contexto social.

Nesse processo, merece registro a Constituição de Weimar de 1919, que estabeleceu um novo modelo em matéria dos direitos sociais, incluindo normas sobre casamento e juventude, o qual foi seguido e imitado nas constituições que se editaram na Europa e mesmo na Carta brasileira de 1934. Contudo, só após a Segunda Grande Guerra Mundial, os direitos fundamentais, até então reconhecidos, foram alinhados em um único documento – a Declaração Universal dos Direitos do Homem, promulgada pela Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, que se transformou em referencial primeiro na matéria.

No que respeita à infância e juventude, a Constituição de Weimar considerava que a educação da prole para o desenvolvimento corporal, espiritual e social constitui o dever supremo e um “direito natural dos pais” (art. 120), deixando evidenciado que a criança e o adolescente faziam parte integrante do complexo familiar e como tal gozavam de proteção do Estado.

Contudo, já em 1924 se constatara a necessidade de dispensar à infância e juventude proteção especial.³ A Declaração de 1948 não chegou a consagrar tal tipo de proteção, mas, ao reconhecer que a infância tem direito a cuidados e assistência especiais e que todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozam da mesma proteção social (art. XXV, 2), permitiu vislumbrar a nova e estratégica vertente dos direitos humanos⁴ que se manifestou, sucessivamente, na Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959, assinada pelo Brasil, e na Convenção Americana de Direitos Huma-

2 Embora não seja cronologicamente a primeira, precedida que foi por outras editadas por Estados americanos, ganhou primazia por ser considerada modelo pelo constitucionalismo liberal e, conseqüentemente, influenciou as declarações que se seguiram até o início do século XX. Ver FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*, p. 9-20.

3 PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente*, p. 25.

4 *Idem*, p. 22.

nos, conhecida como Pacto de San José, ratificada pelo Brasil em 1992,⁵ dentre outros pactos internacionais.

Coube à Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, aprovada pela ONU em 20 de novembro de 1989, consagrar a doutrina da proteção integral. Entrando em vigor internacional em 2 de setembro de 1990,⁶ foi ratificada no Brasil pelo Decreto 99.710, de 21 de novembro de 1990. Como se infere do seu preâmbulo, a Convenção de 1989 teve como objetivo efetivar a proteção especial à criança, enunciada nos acordos anteriormente referidos.

Desse modo, foram reconhecidos no âmbito internacional direitos *próprios* da criança, que deixou de ocupar o papel de apenas *parte integrante* do complexo familiar para ser mais um *membro individualizado* da família humana que, em virtude de sua falta de maturidade física e mental, necessita de proteção e cuidados especiais, inclusive da devida proteção legal, tanto antes quanto após seu nascimento.

Nessa linha, passa a criança a ter direito à vida, a um nome, à nacionalidade, a preservar sua identidade, à liberdade de expressão e opinião – devendo ser ouvida em todo processo judicial que lhe diga respeito –, à liberdade de pensamento, consciência, de crença, de associação; enfim, tem reconhecida a dignidade inerente e os direitos iguais e inalienáveis de todos os membros da família humana. Observe-se que a educação não é mais um “Direito dos pais”, como referido na Constituição de Weimar, mas uma “responsabilidade primordial” dos pais (Convenção de 1989, art. 18, 1).

Se é certa hoje a existência do que se pode denominar direitos fundamentais da criança, não menos certo é que a *efetividade* de tais direitos esteja incluída na preocupação atual dos estudiosos do tema.

2 O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Os princípios básicos da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, na época ainda em discussão na ONU, foram introduzidos no texto constitucional de 1988, sendo o artigo 277, de nossa Lei Maior, reconhecido na comunidade internacional como a síntese da mencionada Convenção.⁷

5 Sobre a “doutrina da proteção integral” ver PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente*, p. 22-39.

6 CHAVES, Antônio. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*, p. 35.

7 PEREIRA, Tânia da Silva. *Op. cit.*, p. 23-25.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069, de 13.07.1990) concretizou e expressou os novos direitos da população infanto-juvenil, que põem em relevo o *valor intrínseco da criança* como ser humano e a necessidade de especial respeito a sua condição de *pessoa em desenvolvimento*.⁸

A adoção, em sede constitucional, da doutrina da proteção integral veio reafirmar o *princípio do melhor interesse da criança*, já existente em nossa legislação e que encontra suas raízes na Declaração Universal dos Direitos da Criança, adotada pela ONU em 20 de novembro de 1959.

Essa Declaração inspirara a Política Nacional do Bem-Estar do Menor, cujas formulação e implantação foram cometidas à Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor – Funabem (art. 5.º da Lei 4.513/64), como assinala *Moraes*.⁹

Não obstante a boa inspiração, resultaram ambas – política e Funabem – em notório fracasso, de triste memória. Merece registro o fato de ter origem constitucional a mencionada lei, encontrando remotas raízes na Constituição de 1946, ratificadas pelas Cartas de 1967 e 1969,¹⁰ embora com orientação bastante diversa da atual. As diretrizes dessa política deviam ser levadas em conta quando da aplicação do Código de Menores, de acordo com seu artigo 4.º, constituindo a primeira fonte, considerada obrigatória, para o conhecimento e a compreensão dos casos concretos e das medidas que melhor lhe assentariam.¹¹

A consagração do princípio, contudo, encontrava-se no artigo 5.º do Código revogado, “regra de ouro do Direito do Menor”,¹² segundo o qual na aplicação daquela lei a proteção aos interesses do menor sobrelevaria qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado. A regra, considerada inovadora, conforme interpretação da época, autorizava o Juiz a fazer prevalecer o Código de Menores no caso de conflito com qualquer outra legislação aplicável, desde que resultasse em melhor proteção ao menor. Com base no mesmo dispositivo, afirmava-se que o Direito do Menor deveria prevalecer sobre as regras genéricas do Direito, conforme expressa Recomendação do IX Congresso da Associação Internacional de Juízes de Menores (Oxford,

8 COSTA, Antônio Carlos Gomes da. Natureza e implantação do novo direito da criança e do adolescente. In: *Estatuto da Criança e do Adolescente: estudos sócios jurídicos*, p. 17.

9 MORAES, Walter. *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 52, p. 235.

10 PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 39, p. 137.

11 Nesse sentido as “Notas interpretativas ao Código de Menores”, da Associação Brasileira de Juízes de Menores, p. 9.

12 CAVALLIERI, Alyrio. *Direito do menor*, p. 130.

1974), incidindo, também, para resolução de conflitos entre os interesses do menor e os do pátrio poder.¹³

A primeira das diretrizes da política do bem-estar do menor, estabelecidas no artigo 6.º da Lei 4.513/64, determinava que fosse assegurada prioridade aos problemas que visassem à integração do menor na comunidade, através de assistência na própria família e da colocação familiar em lares substitutos. A idéia de bem-estar do menor e prioridade de seus interesses prevaleceu e de fato impregnou-se em nosso ordenamento, tendo imediato e eficaz reflexo nas questões relativas à guarda de crianças.

A jurisprudência, efetivamente, caminhava para que se desse, em qualquer caso, a prevalência do *bem do menor*, condicionando-se a decisão da guarda ao interesse dos filhos, citando *Cahali* julgado de 1959, segundo o qual “nas questões referentes a menores, o que se deve ter em vista é exclusivamente o interesse deles”.¹⁴

Acompanhando esse entendimento, *Silvio Rodrigues* já alertava, com relação ao dispositivo em causa, que a regra que o inspirava era uma só: em todos os litígios em que se disputasse a guarda de filhos, o julgador devia ter em vista, sempre e primordialmente, o interesse dos menores, princípio de tal modo relevante que deve derogar todas as regras e inspirar o julgador em todas as decisões.¹⁵

Viana, com base em igual orientação adotada no Direito francês e português, esclarece que, embora o Direito brasileiro contenha disposição legal que determina a atribuição da guarda ao cônjuge inocente, a posição estática do artigo 326, do Código Civil, fora abandonada mesmo antes da Lei do Divórcio, visto que já a Lei 4.121/62, o Estatuto da Mulher Casada, acolhera a tutela do bem do menor como objetivo preponderante.¹⁶

Pode-se afirmar que, antes mesmo da Constituição Federal de 1988, o *princípio do melhor interesse da criança*, como orientador da solução dos conflitos envolvendo menores, estava consagrado.

Após 1988, como esclarece *Tepedino*, ao comentar a ótica constitucional vigente sobre a filiação, o critério hermenêutico, sintetizado na fórmula anglo-saxônica *the best interest of the child*, adquiriu, entre nós, conteúdo normativo específico, informado pela *cláusula geral de tutela da pessoa humana*

13 “Notas interpretativas ao Código de Menores”, p. 12.

14 CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e separação*, p. 495.

15 RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito de família*, v. 6, p. 240.

16 VIANA, Marco Aurélio de Sá. A tutela da criança e do adolescente. In: *Direito de família e do menor*, p. 137.

introduzida pelo artigo 1.º, III, da CF/88 e determinado especialmente no artigo 6.º da Lei 8.069/90.¹⁷

Observe-se que não merece prosperar a crítica dos menoristas, no sentido de ter o Estatuto abandonado o princípio do melhor interesse da criança.¹⁸ Ao contrário, em lugar da cláusula genérica – bem-estar – e em lugar dos *interesses*, foram expressos os *direitos* da criança e do adolescente em sede constitucional (art. 227 da CF), ao se estabelecer como *dever* da família, da sociedade e do Estado assegurar-lhes, com *absoluta prioridade*, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Os artigos 4.º e 5.º do Estatuto, com ligeiras alterações de redação, repetem a fórmula constitucional.

Da mesma forma, a *garantia constitucional de absoluta prioridade*, de modo melhor, explicita a prevalência dos interesses da criança e do adolescente, chegando o Estatuto a enumerar os casos em que se deve observar tal garantia de prioridade, que atinge políticas públicas em geral, a saber: **a)** primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; **b)** precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; **c)** preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; **d)** destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude (art. 4.º, parágrafo único, do Estatuto).

Mantido, portanto, e sob melhor formulação, o princípio do melhor interesse da criança, motivo pelo qual já se afirmou que “o móvel de qualquer uma das medidas que a Lei disciplina é o *bem do menor*, que se caracteriza pela sua formação integral”.¹⁹

Razoável, por conseguinte, afirmar-se que a doutrina da proteção integral, de maior abrangência, não só ratificou o princípio do melhor interesse da criança como critério hermenêutico como também lhe conferiu natureza constitucional, como cláusula genérica que em parte se traduz através dos direitos fundamentais da criança e do adolescente expressos no texto da Constituição Federal.

17 TEPEDINO, Gustavo. A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional. *In: Temas de direito civil*, p. 395.

18 Permita-se remeter a BARBOZA, Heloisa Helena. O Estatuto da Criança e do Adolescente e a disciplina da filiação no Código Civil. *In: O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 113-115.

19 VIANA, Marco Aurélio de Sá. *Op. cit.*, p. 131.

Indispensável, porém, insistir que, não obstante a aplicação alargada que a jurisprudência vinha dando à prevalência dos “interesses do menor” em qualquer caso, embora confinado na letra do artigo 5.º do Código de Menores aos “menores em situação irregular”, após a Constituição de 1988 o princípio do melhor interesse da criança passou a ser de observância obrigatória, com caráter de prioridade absoluta, em *toda* questão que envolva *qualquer* criança ou adolescente, e não apenas aqueles indicados pela lei, anteriormente considerados em situação irregular, já que todos, indiscriminadamente, têm iguais direitos.

3 REPERCUSSÃO DO PRINCÍPIO NAS RELAÇÕES FAMILIARES

A Constituição Federal de 1988, ao estabelecer uma nova ordem jurídica, acabou por promover a denominada “constitucionalização do Direito Civil”, instalando profundas mudanças, notadamente no 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. Nesse sentido, afirma *Fachin*²⁰ que, após a Constituição, o Código Civil perdeu o papel de lei fundamental do Direito de Família, sendo certo, no tocante às relações pais-filhos, que o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) assumiu tal lugar, dando execução às linhas estruturais fixadas pela Lei Maior.

Como acima acentuado, a incorporação da doutrina da proteção integral no corpo constitucional ratificou e explicitou o princípio do melhor interesse da criança, aplicável a toda criança e adolescente. Em consequência, a partir de 1988, passaram tal doutrina e princípio a reger, necessariamente, as relações familiares que envolvam criança e adolescente.

Diretamente atingidos foram os institutos da filiação, do pátrio poder, da guarda, do estabelecimento da paternidade, da adoção e da tutela. Impõem-se os novos princípios sobre os dispositivos existentes, quer no Código Civil, quer em leis extravagantes, derrogando-os em todos os termos incompatíveis com a nova ordem.

Considere-se, ainda, em igual ou maior grau de importância, que, ao promover a plena equiparação dos filhos (art. 227, § 6.º), a Constituição

20 FACHIN, Luiz Edson. *Da paternidade, relação biológica e afetiva*, p. 83.

Federal alcançou significado além da igualdade, se feito o confronto com o sistema até então vigente: a situação jurídica dos pais deixou de ser pressuposto determinante da filiação, ou seja, o estado de filho independe do estado civil dos pais.

Observe-se que os filhos, até 1988, a rigor não tinham “vida jurídica própria”, uma vez que seu *status* jurídico encontrava-se atrelado à situação civil-familiar dos pais: se esses fossem casados, os filhos eram legítimos, tendo plenos direitos; se não casados os genitores, ilegítimos eram os filhos, com diferentes direitos, vedada em alguns casos (filiação adúlterina e incestuosa) a própria aquisição do estado de filho.

Consolida-se, desse modo, a base estrutural dos direitos que têm como titular a criança e o adolescente, na qualidade de pessoas em desenvolvimento, e que têm assegurado, como prioridade absoluta, o seu melhor interesse.

Indispensável, por conseguinte, que se faça nova leitura dos mencionados institutos, a começar pela filiação, considerando-se derogado qualquer dispositivo que seja incompatível com os princípios da plena igualdade entre os filhos ou do melhor interesse da criança e do adolescente.²¹

A matéria é extensa e complexa, merecendo tratamento em separado. A título de exemplo, basta lembrar que o pátrio poder, de há muito entendido como “pátrio dever”, teve reforçada a responsabilidade dos pais, aumentando o Estatuto o elenco de causas que autorizam sua suspensão ou perda (art. 24 da Lei 8.069/90).

A guarda, embora tenha sido talvez o primeiro campo de franca aplicação do melhor interesse da criança, ainda que sob a denominação de “bem do menor”, não só teve esse princípio igualmente enfatizado como passou a ter disciplina própria no Estatuto, como forma de colocação em família substituta.

O estabelecimento da paternidade, revolucionado pela possibilidade de determinação do vínculo biológico mediante exame do DNA, encontrou no princípio do melhor interesse da criança um dos fundamentos da denominada paternidade socioafetiva,²² que reconhece efeitos ao vínculo gerado pela afetividade, a desafiar todas as regras jurídicas existentes.

A adoção de pessoa de até dezoito anos, hoje considerada pelo Estatuto como forma de colocação em família substituta (art. 28), não mais se submete às regras do Código Civil, passando a ser por ele inteiramente disciplinada,

21 Permita-se, ainda uma vez, remeter a BARBOZA, Heloisa Helena. *Op. cit.*

22 Sobre a matéria ver FACHIN, Luiz Edson. *Op. cit.*

regendo-se, portanto, pela doutrina da proteção integral e pelo princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

A tutela, igualmente modalidade de colocação em família substituta, embora seja deferida nos termos da Lei Civil (art. 36 da Lei 8.069/90), tem estabelecidos no Estatuto seus princípios norteadores. Por conseguinte, não há como manter, à falta de tutor nomeado pelos pais, a ordem de preferência para a tutela prevista no Código Civil (art. 409), visto que a nomeação deve submeter-se, primordialmente, ao princípio do melhor interesse da criança, a ser observado, insista-se, como prioridade absoluta.

Impõe-se registrar, ainda uma vez, que embora o princípio do melhor interesse da criança tenha sido adotado pelo ordenamento brasileiro antes da Constituição Federal de 1988 e mesmo assimilado francamente pela jurisprudência no que concerne à atribuição da guarda nos casos de separação judicial, como antes assinalado, verdade é que não chegou o citado princípio a derogar o Código Civil, permanecendo intata a maioria dos dispositivos concernentes a crianças e adolescentes, integrantes do Direito de Família, ali contidos. Isto porque o Código de Menores, salvo disposição expressa, não teria tal condão, na medida em que sua área de incidência se circunscrevia ao “menor em situação irregular”, inexistindo, por conseguinte, incompatibilidade com o Código Civil fora dessa hipótese.

Nesse sentido, *Cavallieri*, autoridade no assunto, asseverava que o alcance da norma do denominado Direito do Menor, entendido como o conjunto de normas jurídicas relativas a definição, tratamento e prevenção da situação irregular do menor, conteúdo nuclear do Código de Menores, não era universal, pois só se aplicava ao menor em situação irregular. Segundo o mesmo autor, a situação irregular correspondia a um estado de patologia social, de forma ampla.²³ A Associação Brasileira de Juízes de Menores, no tocante ao elenco da antiga lei dos casos que configuravam a situação irregular, firmou entendimento no sentido de que “a enumeração é exauriente, ou seja, não haverá situação irregular que permita a aplicação do Código de Menores se o caso concreto não puder ser enquadrado em uma das categorias previstas”.²⁴

Bastante diferente, portanto, a situação do Estatuto da Criança e do Adolescente em face do Código Civil. Trata-se de lei especial que disciplina a proteção integral à criança e ao adolescente (art. 1.º), compreendendo, respectivamente, as pessoas até doze anos e entre doze e dezoito anos de idade

23 CAVALLIERI, Alyrio. *Op. cit.*, p. 6 e 19.

24 “Notas interpretativas ao Código de Menores”. Associação Brasileira de Juízes de Menores, p. 6.

(art. 2.º). Em outras palavras, o Estatuto se aplica *a todas as crianças e adolescentes*, subtraindo a incidência do Código Civil na matéria, em todos os casos em que houver incompatibilidade entre ambos, por força do disposto no artigo 2.º, § 1.º, da Lei de Introdução ao Código Civil.

4 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE PELOS TRIBUNAIS

Registrou-se de início a preocupação dos internacionalistas com a efetividade dos direitos fundamentais. No que respeita aos direitos fundamentais da criança e do adolescente, verifica-se que no Brasil as normas que os traduzem são, de modo geral, explícitas, encontrando-se no Estatuto da Criança e do Adolescente disciplina hábil a permitir sua pronta aplicação na área jurídica.

Contudo, a consulta à jurisprudência revela que os princípios que devem orientar toda matéria relativa à infância e adolescência não foram, ainda, de todo assimilados, verificando-se mesmo resquícios minoristas.

Pesquisa com caráter meramente exemplificativo realizada junto ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e ao Superior Tribunal de Justiça²⁵ demonstra o acima afirmado. Em discussões sobre guarda, entre genitores, em caso de separação judicial ou dissolução de sociedade de fato (ApCiv 1993.001.05174/94; Emb. Infrig. ApCiv 1989.005.02984/91; ApCiv 1994.001.04063/94; REsp. 9389/94; REsp. 64254/97) ou entre pais e terceiros, em geral avós (ApCiv 1998.001.13194/98; ApCiv 1996.001.00309/96; ApCiv 001.00005/99; ApCiv 1998.001.01300/98), pátrio poder (REsp. 158920/95; REsp. 124621/99) e adoção (ApCiv 1998.001.14332/99), é reiteradamente invocada a prevalência do interesse do “menor”.

Não obstante, algumas decisões referem-se, ainda, à “situação irregular do menor” (REsp. 184773/98; REsp. 107231/97; ApCiv 1999.001.01575/99). Em disputa sobre guarda de filhos, em caso de dissolução litigiosa da união estável dos pais, com atribuição de culpa, entendeu-se serem aplicáveis, por analogia, os artigos 9.º, 10, 11, 13, 15 e 16 da Lei do Divórcio, não havendo qualquer menção ao Estatuto (ApCiv 6.049/97, DO/RJ 07.12.1998).

25 A referência de todos os acórdãos foi obtida na Internet, em sites do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Contudo, nas diferentes ações envolvendo o estabelecimento da paternidade, nas quais grassa acirrada controvérsia, mesmo havendo franca tendência a privilegiar a verdade biológica, o caráter de absoluta prioridade que deve ser dado ao melhor interesse da criança não tem sido considerado na maioria dos casos.

Embora algumas decisões fundamentem-se nesse princípio basilar (REsp. 155493/99; REsp. 4.987-RJ; ApCiv 1999.001.00154/99; ApCiv 1998.001.12529/99), significativo número de decisões cinge a controvérsia à aplicação das normas do Código Civil.

Se de um lado é inquestionável seja a lei civil a sede apropriada de tais discussões, de outro, torna-se imperativo o confronto desses dispositivos com o Estatuto e os princípios que o regem, os quais devem prevalecer sobre os primeiros, pelas razões já indicadas, particularmente em matéria de tal relevância.

Decisão do STJ, em questão de competência jurisdicional relativa à infância e juventude, contém assertiva que deveria ser lembrada igualmente nos litígios concernentes à paternidade: “Há inúmeras possibilidades de se atingir, ainda que de maneira indireta, os direitos fundamentais da criança e do adolescente e de diversas formas” (REsp. 182549/98).

Em outra oportunidade, decidindo recurso envolvendo pátrio poder e adoção, o mesmo tribunal pronunciou-se, na linha de precedentes daquela Corte, no sentido de que “a legislação que dispõe sobre a proteção à criança e ao adolescente proclama enfaticamente a especial atenção que se deve dar aos seus direitos e interesses e à hermenêutica valorativa e teleológica na sua exegese” (REsp. 158920/99).

Efetivamente, a não-observância das diretrizes do Estatuto fere os direitos fundamentais da criança e do adolescente, devendo, por conseguinte, serem observadas em todos os casos.

5 CONCLUSÕES

O princípio do melhor interesse da criança, de observância indispensável para concretização dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, foi plenamente incorporado pelo nosso ordenamento jurídico.

A sua efetiva aplicação depende, porém, de árduo trabalho interpretativo, no confronto com as normas civis, a rigor não realizado pela doutrina ou jurisprudência até o presente.

Considerando os direitos humanos, ressaltou *Bobbio* que “o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo,

político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é a sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados”.²⁶

Não basta, portanto, admitir ou reconhecer a existência de novos direitos. Como reiteradamente salienta o mesmo autor, “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de *justificá-los*, mas o de *protegê-los*”.²⁷ O primeiro passo para que se alcance tal proteção é sem dúvida passar da teoria à prática, do direito somente pensado para o direito realizado.

Bobbio, analisando o presente e o futuro dos direitos do homem, esclarece a importância das Declarações no tocante à garantia desses direitos. Afirma haver no processo histórico de formação das declarações três fases: a primeira, buscada na obra dos filósofos; a segunda, em que se tornam autênticos direitos positivos, embora sem universalidade, já que são direitos do cidadão, ou seja, do homem de um determinado Estado; a terceira, que tem início com a Declaração de 1948, na qual a afirmação dos direitos é, ao mesmo tempo, *universal*, já que os direitos são de todos os homens, e *positiva*, ao pôr em movimento um processo que lhes confere efetividade, protegendo-os até contra o próprio Estado que os viole. Apenas no final deste processo existirão direitos do homem, enquanto cidadão do mundo.²⁸

O processo mencionado por *Bobbio*, em relação aos direitos fundamentais da criança e do adolescente, já completou quase todas as fases. Indispensável é concluí-lo, pondo em movimento a fase que lhes confira plena efetividade. Só então existirão direitos fundamentais da criança e do adolescente enquanto indivíduos, membros da família humana, ou melhor, enquanto cidadãos do mundo.

6 BIBLIOGRAFIA

BARBOZA, Heloisa Helena. O Estatuto da Criança e do Adolescente e a disciplina da filiação no Código Civil. *In*: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

26 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, p. 25.

27 *Idem*, p. 24.

28 *Idem*, p. 26-30.

- CAHALI, Yusef Said. *Divórcio e separação*. 5. ed., 3.^a tir. São Paulo: RT, 1987.
- CAVALLIERI, Alyrio. *Direito do menor*. Rio de Janeiro: Forense, 1986. Série direito: perguntas & respostas.
- CHAVES, Antônio. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: LTr, 1994.
- COSTA, Antônio Carlos Gomes da. Natureza e implantação do novo direito da criança e do adolescente. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). *Estatuto da Criança e do Adolescente: estudos sócios jurídicos*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.
- FACHIN, Luiz Edson. *Da paternidade, relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- MELLO, Celso de Albuquerque. *Direitos humanos e conflitos armados*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- MORAES, Walter. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. FRANÇA, R. Limongi (Coord.). São Paulo: Saraiva, 1978, v. 52.
- PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Enciclopédia Saraiva de Direito*. FRANÇA, R. Limongi (Coord.). São Paulo: Saraiva, 1978, v. 39.
- PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.
- RODRIGUES, Silvío. *Direito civil: direito de família*. 22. ed., São Paulo: Saraiva, 1997, v. 6.
- TEPEDINO, Gustavo. A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- VIANA, Marco Aurélio de Sá. A tutela da criança e do adolescente. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Direitos de família e do menor*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA: DA TEORIA À PRÁTICA¹

Tânia da Silva Pereira

Advogada

Conselheira da OAB/RJ

Professora da PUC/RJ e da UERJ

Coordenadora do PAPI-OAB/RJ – Posto Avançado

Proteção Integral (PAPI) junto à Primeira Vara da Infância e Juventude no Rio de Janeiro

A Convenção Internacional dos Direitos da Criança foi aprovada, por unanimidade, na sessão de 20 de novembro da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 1989, depois de um árduo trabalho de dez anos de representantes de 43 países-membros da Comissão de Direitos Humanos daquele organismo internacional, à época em que se comemoravam os 30 anos da Declaração Universal dos Direitos da Criança.

Fruto de compromisso e negociação, ela representa o mínimo que toda a sociedade deve garantir às suas crianças, reconhecendo em um único documento as normas que os países signatários devem adotar e incorporar às suas leis. De cada Estado que a ratifique, exige uma tomada de decisão, incluindo-se os mecanismos necessários à fiscalização do cumprimento de suas disposições e obrigações concernentes à infância, ou seja, pessoas menores de 18 anos.

Ratificada pelo Brasil através do Decreto 99.710/90, indique-se sua versão oficial, ao dispor no artigo 3. (1): “Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, *devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança*”.

1 Conferência baseada na pesquisa que resultou no texto publicado na obra coletiva intitulada *O melhor interesse da criança*: um debate interdisciplinar, editada pela Editora Renovar em novembro de 1999, e no trabalho de atendimento à população infanto-juvenil junto à Primeira Vara da Infância e Juventude do Rio de Janeiro realizado pelo PAPI/RJ – Posto Avançado Proteção Integral.

Destaque-se, especialmente, o texto original em inglês ao declarar: “*In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration*”.

Estamos, portanto, diante de dois conceitos diversos: a versão original vinculada a um conceito qualitativo – *the best interest* – e a versão brasileira dentro de um critério quantitativo, o *interesse maior da criança*. Optamos pelo conceito qualitativo – *melhor interesse* –, considerando-se o conteúdo da convenção, assim como a orientação constitucional e infraconstitucional adotada pelo sistema jurídico brasileiro.

O Brasil incorporou, em caráter definitivo, o princípio do “melhor interesse da criança” em seu sistema jurídico e, sobretudo, tem representado um norteador importante para a modificação das legislações internas no que concerne à proteção da infância em nosso continente.

Em trabalho monográfico a respeito da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, Daniel O’Donnell² (1990) procura demonstrar que esse princípio tem sua origem no Direito comum, o qual serve para a solução de conflitos de interesse entre uma criança e outra pessoa. Em essência, este conceito significa que quando ocorrem conflitos desta ordem, como no caso da dissolução de um casamento, por exemplo, os interesses da criança sobreponem-se aos de outras pessoas ou instituições.

Comparando a convenção com a Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959, esclarece o mesmo autor que a primeira “amplia o alcance deste princípio, o qual, pelo teor do artigo 3.º (1), deve inspirar não apenas a legislação, mas também todas as medidas concernentes às crianças, tomadas pelas instituições públicas ou privadas de bem-estar social, pelos tribunais, pelas autoridades administrativas (...)”.

Este paradigma tem norteado tratados e convenções humanitários, da mesma forma que tem orientado, em todo o mundo, as decisões nos Tribunais.

Sua origem se prende ao instituto do *parens patriae*, utilizado na Inglaterra como uma prerrogativa do Rei e da Coroa a fim de proteger aqueles que não podiam fazê-lo por conta própria.

Embora tenha surgido na Inglaterra vinculada à guarda de pessoas incapazes e de suas eventuais propriedades, esta responsabilidade, inicialmente assumida pela Coroa, foi delegada ao Chanceler a partir do século XIV.

2 O’DONNELL, Daniel. *A convenção sobre os direitos da criança: estrutura e conteúdo*, p. 11.

O *parens patriae* é definido por Daniel B. Griffith³ como “a autoridade herdada pelo Estado para atuar como guardião de um indivíduo com uma limitação jurídica”.

Desta forma, as Cortes de Chancelaria, com o Chanceler atuando como o “guardião supremo”, assumiram o dever de “proteger todas as crianças, assim como os loucos e débeis, ou seja, todas as pessoas que não tivessem discernimento suficiente para administrar os próprios interesses”.

No início do século XVIII, as Cortes de Chancelaria inglesas distinguiram as atribuições do *parens patriae* de proteção infantil das de proteção dos loucos.

Griffith, referindo-se às origens históricas do referido instituto, reporta-se ao caso *Finlay v. Finlay*, julgado pelo Juiz *Cardozo*, em que ficou ressalvado que, ao exercitar o *parens patriae*, a preocupação não deveria ser a controvérsia entre as partes adversas e nem mesmo tentar compor a diferença entre elas. “O bem estar da criança deveria se sobrepor aos direitos de cada um dos pais.”

Dois julgados do Juiz Lord *Mansfield* em 1763, envolvendo medidas semelhantes ao nosso procedimento de “busca e apreensão do menor”, identificados como caso *Rex v. Delaval* e caso *Blissets*, são conhecidos no Direito Costumeiro inglês como os precedentes que consideraram a primazia do interesse da criança e o que era mais próprio para ela. Somente em 1836, porém, este princípio tornou-se efetivo na Inglaterra.

Também nos Estados Unidos o princípio do *best interest* está vinculado às atribuições do Juiz quanto ao *parens patriae*. Ele emana da função tradicional do Estado como guardião daqueles que sejam legalmente incapazes. O poder, outrora conferido ao rei, foi agora transferido para cada Estado. A Suprema Corte tem reconhecido esta prerrogativa como parte de uma tradição de longa data.

O princípio do *parens patriae* é particularmente relevante nas leis referentes à guarda. A autoridade, antes inerente às Cortes de Equidade, foi atribuída aos tribunais conforme a codificação de cada Estado. As Cortes detêm o dever de supervisionar os guardiães e de assegurar que eles ajam no melhor interesse de seus pupilos. Os guardiães, como “oficiais” da Corte, bem como seus pupilos, estão sempre sob o controle desta.

Desta forma, o guardião tem uma relação de subordinação para com a Corte, que por sua vez é a “guardiã suprema” e detém a jurisdição sobre a guarda. O guardião “é o delegado da *parens patriae* estadual”. Sua autoridade

3 GRIFFITH, Daniel B. The best interests standard: a comparison of the state's *parens patriae* authority and judicial oversight in best interests determinations for children and incompetent patients. In: *Issues in law and medicine*, p. 1-2.

tem origem civil, não pessoal, e esta não pode exorbitar os limites da autoridade que a conferiu.

Daniel B. Griffith informa que o princípio do *best interest* foi introduzido em 1813 nos Estados Unidos no julgamento do caso *Commonwealth v. Addicks*, da Corte da Pensilvânia, onde havia a disputa da guarda de uma criança numa ação de divórcio em que o cônjuge mulher havia cometido adultério. A Corte considerou que a conduta da mulher em relação ao marido não estabelecia ligação com os cuidados que ela dispensava à criança.

Naquela oportunidade, foi introduzida naquele país a *tender years doctrine*, a qual considerava que, em razão da pouca idade, a criança precisava dos cuidados da mãe, de seu carinho e atenção, e que ela seria a pessoa ideal para dispensar tais cuidados e assistência. Esta doutrina proliferou por todo o país, passando a vigorar uma “presunção de preferência materna” que somente não seria levada em conta caso ficasse comprovado o despreparo da mãe.

A partir do século atual a maioria dos Estados modificou a orientação, relegando esta preferência materna e assumindo o que eles denominaram de *tie breaker* – teoria segundo a qual todos os fatores são igualmente considerados, portanto, devendo prevalecer uma aplicação neutra do melhor interesse da criança.

Destaque-se, no entanto, a 14.^a Emenda Constitucional americana, que, entre outros direitos, estabeleceu a igualdade do homem e da mulher, conduzindo a uma modificação na orientação dos Tribunais, uma vez que a *tender years doctrine* dava tratamento privilegiado à mãe em prejuízo do progenitor da criança.

Atualmente, a aplicação do princípio do *best interest* permanece como um padrão, considerando, sobretudo, as necessidades da criança em detrimento dos interesses de seus pais, devendo realizar-se sempre uma análise do caso concreto.

Para se promover um melhor entendimento quanto à aplicação do princípio do “melhor interesse” no Brasil, é imprescindível elencar as três correntes jurídico-doutrinárias que existiram em relação à proteção da infância em nosso país desde o século XIX.

A *doutrina do direito penal do menor*, concentrada nos Códigos Penais de 1830 e 1890, preocupou-se especialmente com a delinqüência e baseou a imputabilidade na “pesquisa do discernimento” – que consistia em imputar a responsabilidade ao menor em função de seu entendimento quanto à prática de um ato criminoso. Ao Juiz era atribuída a competência para determinar se

o jovem “era ou não capaz de dolo e, para tal fim, levaria em conta a vida pregressa, seu modo de pensar, sua linguagem, não justificando basear-se apenas numa razão, obrigando-o a pesquisar o conjunto dos elementos informadores”.⁴

Mesmo na vigência do Código Mello Mattos de 1927, *Bulhões de Carvalho*⁵ (1977) ressalta que “já vigorava na época séria campanha contra a teoria do discernimento, bem como a aplicação de medidas repressivas contra os menores em vez de simples medidas educativas”.

A *doutrina jurídica da situação irregular* passou a vigorar efetivamente entre nós com o advento do Código de Menores de 1979.

Este catalogava, em seu artigo 2.º, as seis categorias de situações especiais consideradas por *Paulo Lúcio Nogueira*⁶ (1988) como “situações de perigo que poderão levar o menor a uma marginalização mais ampla, pois o abandono material ou moral é um passo para a criminalidade. (...) A situação irregular do menor é, em regra, conseqüência da situação irregular da família, principalmente com a sua desagregação”.

Por mais de dez anos, as decisões tomadas em nome da lei, tantas vezes arbitrárias, eram fruto de critérios subjetivos do Juiz, marcados pela discriminação, desinformação, ou, ainda, pela falta de condições institucionais que melhor viabilizassem a apreciação dos conflitos.

Questionando a eficiência daquele sistema, esclarece o Desembargador *Amaral e Silva*⁷ (1998):

“O Juiz não julgava o menor, definia a ‘situação irregular’ aplicando ‘medidas terapêuticas’. O Ministério Público, inclusive, quando pleiteava internação, como resposta pela prática de atos delinqüenciais rotulados de desvio de conduta, de ato anti-social, etc. estava defendendo o menor. A defesa e o superior interesse justificavam tudo. Serviam para tudo, inclusive para limitar e, até impedir a participação do Advogado, figura praticamente desconhecida do ‘Direito do Menor’.”

4 SIQUEIRA, Liborni. *Sociologia do direito do menor*, p. 52.

5 CARVALHO, Bulhões de. *Direito do menor*, p. 32.

6 NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Comentários ao Código de Menores*, p. 13-14.

7 AMARAL E SILVA, Antônio Fernando. *O mito da imputabilidade penal e o Estatuto da Criança e do Adolescente* (Trabalho monográfico inédito divulgado pelo site da Associação Brasileira de Magistrados e Promotores de Justiça da Infância e Juventude – ABMP – www.abmp.org.com.br), p. 6.

O período de vigência do Código de 1979 foi marcado, ainda, por uma política assistencialista fundada na proteção do menor abandonado ou infrator.

Paula Gomide⁸ (1990) destaca, neste período, “uma ação política de manutenção do *status quo* do atendido pois, certamente, esta ação não tem a preocupação de alterar as condições em que o miserável vive”.

Outra característica desta fase é a competência de caráter penal e tutelar do Juiz; sua interferência ocorria nas hipóteses de prática do ato infracional e nas demais situações caracterizadas como problemas sociais.

Destaque-se, sobretudo, que o referido diploma legal de 1979 já determinava em seu artigo 5.º que “na aplicação desta lei, a proteção aos interesses do menor sobrelevará qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado”.

Anísio Garcia Martins⁹ (1988), comentarista daquele código, explica que este princípio decorria do fato de que “o menor estava numa situação de desvalimento natural, por sua deficiência etária, mental e jurídica, e não tinha capacitação para auto-defender-se de fato ou de direito”.

Sobrepondo os *superiores interesses do menor* sobre qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado, o espaço de ação judicial e estatal era absoluto, ficando o destino e a vida da criança e do jovem à mercê da vontade do Juiz.

A grande realidade é que o instrumento de consolidação da *doutrina jurídica da situação irregular* no Brasil foi o Código de Menores, substituído em 1990 pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069, de 13.07.1990).

A *doutrina jurídica da proteção integral* passou a vigorar em nosso país a partir da Constituição Federal de 1988, mas teve as suas bases no movimento de mobilização do início da década de 80, que fora marcado por um intenso debate sobre os diversos aspectos da proteção da infante-adolescência.

De acordo com esta doutrina, a população infante-juvenil, em qualquer situação, deve ser protegida e seus direitos, garantidos, além de terem reconhecidas prerrogativas idênticas às dos adultos.

A proteção, *com prioridade absoluta*, não é mais obrigação exclusiva da família e do Estado: *é um dever social*. As crianças e os adolescentes devem ser protegidos em razão de serem *peças em condição peculiar de desenvolvimento*.

Os direitos fundamentais da infância estão consolidados no artigo 227 da Constituição Federal, sendo dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com prioridade absoluta, o direito

8 GOMIDE, Paula. *Menor infrator a caminho de um novo tempo*, p. 18.

9 MARTINS, Anísio Garcia. *Direito do menor*, p. 68.

“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”. Reconhecidos como manifestações positivas do Direito, produzem efeitos no plano jurídico, sendo, outrossim, considerados como princípios que orientam a forma sob a qual o Estado deve organizar-se, fixando princípios e linhas gerais para guiar a vida em sociedade com fins de promover o bem-estar individual e coletivo de seus integrantes. Declarados nas constituições modernas, eles não se confundem com outros direitos assegurados ou protegidos.

A identidade pessoal da criança e do adolescente tem vínculo direto com sua identidade no grupo familiar e social. Seu nome e seus apelidos o localizam em seu mundo. Sua expressão externa é a sua imagem, que irá compor a sua individualização como pessoa, fator primordial em seu desenvolvimento.

Ser “sujeito de direitos” significa, para a população infanto-juvenil, deixar de ser tratada como objeto passivo, passando a ser, como os adultos, titular de direitos juridicamente protegidos.

A doutrina e a jurisprudência reconhecem à criança e ao adolescente a titularidade de direitos da personalidade e, desta forma, justificam a possibilidade de indenização por danos morais sempre que sofrerem lesões a estes.

Para *Roberto Senise Lisboa*¹⁰ (1993), em se tratando da população infanto-juvenil, “não caberá ao Direito analisar se a vítima sofreu ou não. Deverá ser estabelecida uma presunção de sofrimento”.

Merecem especial destaque os artigos 5.º e 6.º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), por proporcionarem aos operadores do Direito clara compreensão do princípio do “melhor interesse da criança”.

Declara o artigo 5.º do ECA que “nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais”.

Há de se interpretar esta regra da forma mais ampla, ou seja, sem qualquer elemento discriminatório, a exemplo do sexo, idioma, cor, religião, origem de nacionalidade ou social, condições de fortuna etc.

O Estatuto destacou, especialmente, os destinatários da lei a serem considerados em suas características e prioridades: *sua incapacidade para os*

10 LISBOA, Roberto Senise. *O dano moral e os direitos da criança e do adolescente*, p. 462.

atos da vida jurídica, sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e sua titularidade de direitos fundamentais.

Alerta Antônio Carlos Gomes da Costa¹¹ (1992) que a condição peculiar de desenvolvimento “não pode ser definida apenas a partir do que a criança não sabe, não tem condições e não é capaz. Cada fase do desenvolvimento deve ser reconhecida como revestida de singularidade e de completude relativa, ou seja, a criança e o adolescente não são seres inacabados, a caminho de uma plenitude a ser consumada na idade adulta, enquanto portadora de responsabilidades pessoais, cívicas e produtivas plenas. Cada etapa é, à sua maneira, um período de plenitude que deve ser compreendido e acatado pelo mundo adulto, ou seja, pela família, pela sociedade e pelo Estado”.

Esta condição especial deve garantir-lhes direitos e deveres individuais e coletivos, bem como todas as oportunidades e facilidades a fim de lhes facultar um bom desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Como interpretar este princípio quando, na prática hodierna, misturam-se ações que refletem, permanentemente, as profundas diferenças ideológicas presentes nas referidas doutrinas jurídicas? Como compreendê-lo e traduzi-lo em face da orientação constitucional do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) e dos novos documentos internacionais?

Embora o princípio do “melhor interesse” envolva uma idéia vaga, mas fundamental, nesta nova estrutura de proteção da infância e juventude em nosso país, é necessário redefinir seus parâmetros, assim como fixar as diretrizes em face dos demais princípios legais. Desafia-nos a identificação, no Direito brasileiro, deste princípio através das regras de interpretação e das normas de Direito positivo.

As dificuldades que se apresentam no que concerne à interpretação do Estatuto da Criança e do Adolescente desafiam também o intérprete quanto ao princípio do *melhor interesse da criança*.

Nesta hipótese não estamos diante de lacunas da lei, mas sim de um princípio, o qual aparece, com pequenas variáveis, em modelos jurídicos marcados por ideologias diversas.

Ao debater as regras de interpretação, é imprescindível distinguir as normas de solução de conflito amparadas por uma sanção respectiva e aquelas que assumem a forma de princípios.

Cabe sempre lembrar que o princípio do *melhor interesse da criança* consta de uma convenção ratificada pelo Brasil através do Decreto 99.710/90,

11 COSTA, Antônio Carlos Gomes da. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*, p. 39.

sendo, portanto, um princípio em vigor no nosso sistema jurídico, através do artigo 5.º, § 2.º, da Constituição da República.

Atualmente, as constituições fixam princípios e linhas gerais para guiar o Estado e a vida em sociedade, com a finalidade de promover o bem-estar individual e coletivo dos seus integrantes, os quais são também dotados de validade positiva, não se reportando a um fato específico, mas atuando como indicadores de uma opção pelo favorecimento de um determinado valor. Portadores de dimensão ética e política, exigem um esforço muito maior do que a mera aplicação de regras.

O artigo 6.º do Estatuto, ao se referir especificamente à interpretação, declara que *levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige*, repetindo a regra do artigo 5.º da Lei de Introdução ao Código Civil. Ambos os textos legais propõem uma interpretação da lei pelo método teleológico, ou seja, de acordo com o fim a que ela se destina.

Segundo *Franzen de Lima*¹² (1955) “o fim é o criador de todo o direito. Não há regra nenhuma de direito que não deva sua origem a um motivo prático, a um fim. O fim mais geral do direito é a garantia das condições da vida social, pela força coercitiva do Estado (...)”.

Prossegue o mesmo autor:

“Dupla lei governa o mundo sensível: a lei da causalidade para os seres inanimados e a lei da finalidade para os seres animados’. Nada acontece no mundo sem causa. Um movimento da vontade sem causa é tão inconcebível como um movimento da matéria. A única diferença é que a causa é mecânica no mundo material, ao passo que, para a vontade, é de natureza psicológica. É, para a vontade, a causa final, é o fim.”

Carlos Maximiliano,¹³ no entanto, alerta que “o fim primitivo e especial da norma é condicionado pelo objetivo geral do Direito, mutável com a vida, que ele deve regular; mas, em um e em outro caso, o escopo deve ser compatível com a letra das disposições; completa-se o preceito por meio da exegese inteligente. Preenchem-se as lacunas, porém não *contra legem*”.

Esta dimensão do Direito – com um caráter finalístico e um sentido prospectivo para enfrentar a imprevisibilidade das situações – foi também

¹² LIMA, Mário Franzen de. *Da interpretação jurídica*, p. 32.

¹³ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e a aplicação do direito*, p. 155.

proposta por *Norberto Bobbio*¹⁴ ao prognosticar “um sistema normativo que, além das tradicionais funções de repressão e proteção, passasse a exercer também a função promocional do Direito”.

Interpretar uma lei ou um princípio de Direito é revelar o seu sentido apropriado para a vida real. Segundo *Pedro Demo*,¹⁵ há de se considerá-lo como “dispositivo motivador a serviço da criatividade”.

No sistema de interpretação o jurista não pode se dispersar. Toda a doutrina refere-se à integração da norma mediante recursos fornecidos pela própria ciência jurídica.

Estabelece o artigo 4.º da Lei de Introdução ao Código Civil que *quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito*. Da mesma forma, o artigo 126 do Código de Processo Civil determina que o Juiz não se exima de sentenciar ou despachar, mesmo na hipótese de lacuna ou obscuridade da lei, e *o julgamento da lide recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito*.

Os *princípios gerais de direito* são dotados de validade positiva e não se reportam a um fato específico, mas atuam como indicadores de uma opção pelo favorecimento de um determinado valor.

A Constituição Federal de 88, no § 2.º do artigo 5.º, determina que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Carlos Maximiliano (1979), em obra clássica sobre hermenêutica, recorrendo a *Laurent*, pontua que “ante a impossibilidade de prever todos os casos particulares, o legislador prefere pairar nas alturas, fixar princípios, estabelecer preceitos gerais, de largo alcance, embora precisos e claros. Deixa ao aplicador do Direito (juiz, autoridade administrativa ou homem particular) a tarefa de enquadrar o fato humano em uma norma jurídica para o que é indispensável compreendê-la bem, determinar-lhe o conteúdo”.¹⁶

Identificamos o “melhor interesse da criança”, nos dias de hoje, como uma norma cogente não só em razão da ratificação da Convenção da ONU (através do Decreto 99.710/90), mas também porque estamos diante de um princípio especial, o qual, a exemplo dos princípios gerais de direito, deve ser considerado fonte subsidiária na aplicação da norma.

14 BOBBIO, Norberto. *Dalla struttura alle funzione: nuovi studi di teoria del diritto*, p. 17.

15 DEMO, Pedro. *A nova LDB: ranços e avanços*, p. 14.

16 MAXIMILIANO, Carlos. *Op. cit.*, p. 13.

Também *Emílio Garcia Mendez e Mary Beloff* (1998) consideram-no como “um princípio que se impõe às autoridades, isto é, obrigatório, especialmente, para as autoridades públicas e é dirigido precisamente contra elas”.¹⁷

Destacando o seu caráter interpretativo, o referido princípio “cumpre uma função hermenêutica dentro dos limites do próprio direito da infanto-adolescência, ao mesmo tempo que permite interpretar, sistematicamente, suas disposições, reconhecendo o caráter integral dos direitos da infância”.¹⁸

Considerando-o como uma “garantia”, identificam-no como “vínculo normativo idôneo para assegurar a efetividade aos direitos subjetivos”. Daí concluírem que ele se apresenta na Convenção como um “princípio jurídico garantista”.¹⁹

Como princípio, o “melhor interesse” se apresenta em nosso sistema jurídico com seus próprios indicadores. Ao aplicá-lo, há de se considerar sua base constitucional e legal.

Com a ratificação da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança da ONU/89 e a conseqüente incorporação do princípio do “melhor interesse”, não se pode afastar a possibilidade de apontá-lo como um parâmetro importante neste momento de mudanças estruturais no que concerne à população infanto-juvenil no Brasil. O artigo 41 da referida convenção, determina que “nada do estipulado no seu texto afetará disposições que sejam mais favoráveis para a realização dos direitos da criança”.

O sistema jurídico vigente indica importantes espaços para que seja implementado o referido princípio; no Código Civil, por exemplo, são inúmeras as regras que refletem a preocupação de favorecer os interesses do menor de idade, sobretudo no âmbito familiar.

O artigo 225 do Código Civil reflete a nítida intenção do legislador de proteger os interesses patrimoniais dos menores sob o pátrio poder. O inventário dos bens do falecido identificará aqueles que compõem a meação do cônjuge sobrevivente e aqueles pertencentes aos filhos. É também flagrante a intenção de proteger os interesses dos descendentes incapazes ao privar o progenitor do usufruto do pátrio poder caso este não faça o inventário e promova a partilha.

O artigo 215 do Código Civil demonstra que as rígidas regras pertinentes à validade dos atos jurídicos foram amenizadas em nome da unidade

17 MENDEZ, Emílio Garcia; BELOFF, Mary. *Infancia, ley y democracia*, p. 77.

18 *Idem*, p. 81.

19 *Idem*, p. 77.

familiar. Quis o legislador proteger a criança concebida num casamento, ainda que marcado pelo vício decorrente da idade. Assim, diz a lei que *por defeito de idade não se anulará o casamento de que resultou gravidez*.

As regras do artigo 387 do Código Civil, do artigo 9.º do Código de Processo Civil e do artigo 142, parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente que se referem à nomeação de um *curador especial* na hipótese de “colisão de interesses” permitem ao Magistrado importante oportunidade para determinar o que é mais conveniente para a criança e para o jovem.

Vivemos o desafio de assumir, em definitivo, este princípio incorporado ao nosso sistema jurídico, desta feita dentro dos indicadores que oferecem uma nova dimensão à estrutura jurídica e política de proteção à infante-adolescência. Em face da doutrina jurídica da proteção integral, deve prevalecer o reconhecimento constitucional da criança e do adolescente como titulares de direitos fundamentais e pessoas em condição peculiar de desenvolvimento.

Estamos diante do grande desafio de implementar ações que reflitam efetivas mudanças na cultura do atendimento à população infante-juvenil, buscando uma orientação objetiva que possa colocar em prática dois importantes paradigmas:

- a) assumir, definitivamente, a criança e o adolescente como “sujeitos de direitos” e
- b) promover a implementação do princípio do “melhor interesse”.

Perceber a criança ou adolescente como “sujeito”, e não como objeto dos direitos dos adultos, reflete, talvez, o maior *desafio* para a própria sociedade e, sobretudo, para o sistema de Justiça.

Ser sujeito de direitos é ser titular de uma identidade social que lhe permita buscar proteção especial, já que se trata de uma “pessoa em condição peculiar de desenvolvimento” (art. 6.º, ECA). Sua identidade pessoal tem vínculo direto com sua identificação no grupo familiar. Seu nome o localiza em seu mundo.

Pelo fato de não poder, pessoalmente, exercer seus próprios direitos, o sistema jurídico pátrio convoca seus pais ou representante legal para representá-los até os 16 anos e assisti-los dos 16 aos 21 anos.

A aplicação deste princípio enfrenta, na realidade, inúmeras dificuldades. Cabe um alerta no sentido de não se conceder ao Juiz um poder discricionário ilimitado; com base em uma interpretação sistemática e nas normas constitucionais e legais, deverão os operadores de Direito tratar com atenção

os conflitos que envolvem crianças, adolescentes e suas famílias. Não se pode desprezar a aplicação desta regra também quando se enfrentam as questões que envolvem a prática do ato infracional.

Com isto deve-se evitar um processo judicial demorado e muitas vezes bastante dispendioso, o que é prejudicial às crianças e aos seus pais, acabando por ser um convite ao Juiz para confiar em seus próprios valores e em suas preferências. Ademais, a conclusão de um Tribunal deve ir além dos valores pessoais de cada um dos julgadores.

A falta de clara definição para o princípio que resguarda a oitiva da criança aliada ao poder discricionário muito amplo por tal princípio autorizado podem gerar resultados injustos para as crianças, assim como fazer com que o número de litígios aumente, fornecendo aos juízes elementos vagos que podem comprometer suas próprias decisões.

Enfrentando incontáveis debates e dificuldades, os métodos atuais para a definição de questões que envolvam crianças e jovens ainda não encontraram parâmetros seguros para priorizar os interesses desses novos sujeitos de direitos do nosso ordenamento jurídico.

Em face deste dilema, que é cotidiano, a comunidade jurídica internacional e o Direito brasileiro têm buscado novos caminhos para assumir uma “nova cultura” no atendimento da população infanto-juvenil.

As crianças não agem isoladamente; elas são o vértice de um triângulo que tem como base seus pais/responsáveis e o Estado. É certo que a lei permeia a vida de todas as crianças; é, no entanto, de fundamental importância para aquelas que se encontram em situação de risco.

O controle dos pais sobre seus filhos menores de 18 anos tem sido, cultural e historicamente, bastante forte, e o Estado, através de seus agentes, vem respeitando esta privacidade familiar – a não ser que seja necessária sua intervenção, como nas situações em que é flagrante a violação dos direitos básicos das criança e/ou dos adolescentes, por exemplo.

Mas, de qualquer maneira, o significado deste princípio continua sendo uma questão controversa na decisão dos litígios, destacadamente nas hipóteses de abuso sexual e de atitudes negligentes.

*Luiz Edson Fachin*²⁰ se refere ao citado princípio como “um critério significativo na decisão e na aplicação da lei. Isso revela um modelo que, a partir do reconhecimento da diversidade, tutela os filhos como seres prioritários nas relações paterno-filiais e não mais apenas a instituição familiar em si mesma”.

20 FACHIN, Luiz Edson. *Da paternidade: relação biológica e afetiva*, p. 125.

Buscando subsídios na doutrina internacional, o autor²¹ enumera alguns fatores a serem considerados na identificação do melhor interesse quando se decidem custódia e direitos de visita ou quando se aprovam adoções e guarda:

- o amor e os laços afetivos entre o pai ou o titular da guarda e a criança;
- a habitualidade do pai ou do titular da guarda de dar à criança amor e orientação;
- a habilidade do pai ou titular da guarda de prover a criança com comida, abrigo, vestuário e assistência médica (os chamados alimentos necessários);
- qualquer padrão de vida estabelecido;
- a saúde do pai ou titular da guarda;
- o lar da criança, a escola, a comunidade e os laços religiosos;
- a preferência da criança, se ela tem idade suficiente para ter opinião;
- a habilidade do pai em encorajar contato e comunicação saudável entre a criança e o outro pai.

Estudiosos de todo o mundo têm se esforçado para formular parâmetros que possam servir à criança e que possam assegurar que seus interesses sejam levados em consideração, quando se está diante de disputas e colisões de interesses.

PAPI/RJ: Vivenciando o princípio do melhor interesse da criança no Rio de Janeiro junto à Primeira Vara da Infância e Juventude

O Posto Avançado Proteção Integral da OAB/RJ nasceu da proposta de que a *mudança na cultura do atendimento* à população infanto-juvenil deve se prender a duas iniciativas básicas:

- atendimento jurídico por iniciativa da sociedade civil e
- capacitação de seus agentes.

21 FACHIN, Luiz Edson. *Op. cit.*, p. 98, nota 25.

Iniciativa da seccional, o PAPI-OAB/RJ, Posto Avançado Proteção Integral, é o oitavo junto às comunidades de baixa renda, representando um efetivo exercício de cidadania e a oportunidade para que advogados e estagiários, *em trabalho voluntário*, atuem prestando assistência jurídica gratuita aos que dela necessitam.

O nome do referido posto se reporta à doutrina jurídica em vigor no Brasil para a infante-adolescência, refletindo a regra presente em todos os documentos internacionais da atualidade, segundo a qual qualquer criança em qualquer situação deve merecer do Estado, da família e da sociedade prioridade no seu atendimento, lembrando que o Brasil é um país com mais de 70 milhões de pessoas com menos de 18 anos. Finalmente, crianças e adolescentes são titulares de direitos fundamentais declarados na Constituição Federal, como os adultos.

Além de prestar assistência jurídica à população de baixa renda, o PAPI-OAB/RJ desenvolve projetos de treinamento interdisciplinar e tem promovido atividades conjuntas com outros setores da OAB/RJ e da sociedade, visando atender a infante-adolescência em situação de risco.

Contando com o apoio do titular, o Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito *Siro Darlan de Oliveira*, e de dois Juizes auxiliares, a presença do PAPI dentro da Primeira Vara da Infância e Juventude tem permitido agilizar uma prestação jurisdicional eficiente, dentro da competência específica daquele Juízo, contando com assistentes sociais e uma psicóloga em sua equipe, o que permite um trabalho voluntário interdisciplinar de especial qualidade.

Em novembro de 1998, foi assinado um convênio entre a Primeira Vara da Infância e da Juventude do Rio de Janeiro e a Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional do Rio de Janeiro (OAB/RJ), visando à implementação de um Posto Avançado da OAB/RJ, dentro da sede da Primeira Vara.

Ainda no mês de novembro, um curso de capacitação foi ministrado na própria sede da Primeira Vara da Justiça da Infância e da Juventude. Com duração de duas semanas, o curso contou com palestras de profissionais das mais diversas áreas (todas vinculadas ao Direito da Criança e do Adolescente), com temas do tipo: “O papel da OAB como agente do terceiro setor”, “Introdução ao Direito da Criança e do Adolescente”, “Violência sexual”, “Práticas cartorárias na Justiça da Infância e da Juventude”, entre outros.

A montagem do espaço contou com o apoio da OAB/RJ e de várias outras empresas, dentre as quais o Banco Mercantil do Brasil, o qual doou um completo equipamento de informática que tem sido de imensa valia para o posto, visto que até aquele momento as petições eram redigidas à mão.

No início de maio deste ano, teve início um novo curso de capacitação de agentes para o trabalho no PAPI. Com palestras de segunda a sexta-feira, sempre das 17 às 21h, o primeiro módulo do Curso de Advocacia da Justiça da Infância e Juventude contou com a presença de 55 inscritos. O segundo módulo, depois de 15 dias de recesso para as atividades à distância, ocorreu durante o mês de junho, com palestras e debates com duração de uma semana (de 14 a 18 de junho), das 18 às 21h. Todas as palestras do curso foram proferidas por profissionais da área da Criança e do Adolescente, e com isso pudemos conhecer o trabalho de juízes, desembargadores, advogados, psicólogos, promotores de justiça, professores e funcionários da Primeira Vara da Infância e da Juventude do Rio de Janeiro.

A proposta é inovadora, uma vez tratar-se de um trabalho voluntário, de iniciativa da sociedade civil através da OAB/RJ, realizado dentro da Primeira Vara da Infância, e conta com o apoio de assistentes sociais e psicólogos. Representa oportunidade para estagiários aprenderem e prestarem serviço.

Após um ano de funcionamento, verificou-se a dificuldade advinda da uniformização dos procedimentos, o que exige uma permanente revisão destes em face de decisões reiteradas.

Os beneficiários diretos são as crianças e os adolescentes em situação de risco, ou seja, aqueles que possam ser enquadrados no artigo 98 da Lei 8.069/90. Por não haver cobrança pelos serviços realizados dentro do PAPI, são também beneficiárias diretas as pessoas das comunidades carentes que buscam atendimento.

A assistência jurídica gratuita no Posto Avançado Proteção Integral tem como um de seus objetivos desafogar a Defensoria Pública (que também presta seu serviço no prédio-sede do Juizado da Primeira Vara da Infância e da Juventude). O fato de contar com agentes qualificados oferece um melhor e mais eficiente atendimento à população de baixa renda. Funciona das segundas às sextas-feiras. O gráfico em anexo (ver página 233) demonstra o que tem sido o nosso trabalho. O PAPI completou 12 meses de funcionamento em novembro de 1999, tendo prestado 868 atendimentos; destes, foram iniciados 587 processos, indicando naquela ocasião 398 processos em andamento.

Uma de nossas freqüentes preocupações tem sido indicar a oitiva da criança em processo judicial ou administrativo que as afete, atendendo, assim, ao parágrafo único do artigo 28 do Estatuto da Criança e do Adolescente, ao determinar que “sempre que possível será ouvida a criança”.

A oitiva da criança “não significa que o Juiz deva seguir o que esta sugere, mas deve levar em conta que a criança e o adolescente podem ter vontade de verbalizar o que se passa com eles, ou ainda, que necessitem tirar dúvidas sobre as situações que os envolvem”.²²

Temos buscado implantar em nosso serviço algumas providências, a citar:

1. criar condições que facilitem a manifestação espontânea da criança, evitando situações de angústia e linguagens técnicas incompreensíveis;
2. favorecer a intervenção de profissionais especializados que possam interpretar, de maneira apropriada, a palavra da criança e do adolescente, permitindo-lhes expressar seus interesses e conflitos com maior liberdade;
3. fornecer à criança e ao jovem todas as informações relativas à sua situação e ao assunto sobre o qual deverão emitir sua opinião;
4. não forçá-los a se manifestar caso não estiverem preparados;
5. considerar seus sentimentos e pensamentos na solução dos conflitos que lhes digam respeito.

Podemos indicar algumas orientações consolidadas em nosso serviço de atendimento:

- a) utilizar, preferencialmente, o *procedimento de rito sumário* para atender situações identificadas ou não no Estatuto da Criança e do Adolescente;
- b) evitar a propositura de *medidas cautelares satisfativas*; utilizar o *procedimento de rito ordinário cumulado com a tutela antecipada* (art. 273, CPC);
- c) nas hipóteses de “retenção de documento escolar”, “impedimento de frequência às aulas” ou “impedimento de realização de provas por motivo de inadimplemento das mensalidades escolares”, propor *ação de obrigação de fazer com pedido de antecipação de tutela*;
- d) para ter acesso à vaga na escola pública, perto da residência, na forma do artigo 53 do Estatuto da Criança e do Adolescente, também deve ser proposta *ação de obrigação de fazer com pedido de antecipação de tutela*;

22 BRITO, Leila Maria Torraca de. Crianças: sujeitos de direitos nas varas de família. In: ALTOÉ Sônia (Org.). *Sujeito do direito, sujeito do desejo*, p. 79.

- e) nas situações que envolvem a *guarda de crianças ou adolescentes*, fora do âmbito familiar, requerer seja concedida a representação legal cumulada, também com o *pedido liminar de guarda provisória*;
- f) a *oitiva da criança* deverá ser, exclusivamente, nos processos que envolvam seus interesses. Nas hipóteses em que o seu depoimento vai *favorecer terceiros*, cabe a aplicação do artigo do Código de Processo Civil que *proíbe o testemunho de menores de 16 anos*; daí a colocação do parágrafo único do artigo 28 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Ao ratificar a Convenção Internacional sobre os Direitos da criança, o Decreto 99.710/90 impôs, entre nós, o princípio do *melhor interesse da criança* como uma norma cogente, respaldada por princípios legais e constitucionais.

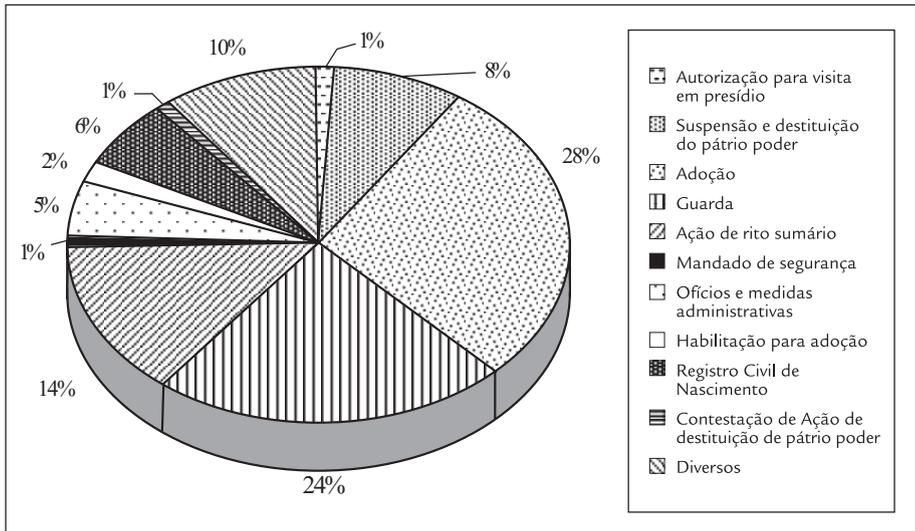
Sem a pretensão de dar uma definição a este princípio, sua implantação não pode se resumir a sugestões ou referência; deve ser a premissa em todas as ações concernentes a esta destacada parcela da população. Considerando-os com suas individualidades, também por seus pais ou responsáveis, devem ser assumidos como pessoas independentes e em peculiar condição de desenvolvimento.

Neste momento em que o mundo define suas prioridades para o novo milênio e nós comemoramos os dez anos da ratificação da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança e da entrada em vigor do *Estatuto da Criança e do Adolescente*, este trabalho representa uma proposta de reflexão e debates em prol daqueles que assumirão a liderança da Nação.



ESTATÍSTICA - UM ANO DE ATIVIDADES

- ATENDIMENTOS: 868
- PROCESSOS INICIADOS: 587
- PROCESSOS EM ANDAMENTO: 398



BIBLIOGRAFIA

- AMARAL E SILVA, Antônio Fernando. *O mito da inimputabilidade penal e o Estatuto da Criança e do Adolescente*. Trabalho monográfico inédito divulgado pelo site da Associação Brasileira de Magistrados e Promotores de Justiça da Infância e Juventude, 1998 – ABMP – www.abmp.org.com.
- BOBBIO, Norberto. *Dalla struttura alle funzione: nuovi studi di teoria del diritto*. Milano: Edizioni de Comunità, 1977.
- BRITO, Leila Maria Torraca de. Crianças: sujeitos de direitos nas varas de família. In: ALTOÉ, Sônia (Org.). *Sujeito do direito, sujeito do desejo*. Rio de Janeiro: Revinter, 1999.
- CARVALHO, Bulhões de. *Direito do menor*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.
- COSTA, Antônio Carlos Gomes da. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*. CURY, Amaral e SILVA, Mendez (Coords.). São Paulo: Malheiros, 1992.

- DEMO, Pedro. *A nova LDB: ranços e avanços*. São Paulo: Papirus, 1997.
- DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1991, v. II e III.
- FACHIN, Luiz Edson. *Da paternidade: relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- GOMIDE, Paula. *Menor infrator a caminho de um novo tempo*. Curitiba: Juruá, 1990.
- GRIFFITH, Daniel B. The best interests standard: a comparison of the state's *parens patriae* authority and judicial oversight in best interests determinations for children and incompetent patients. In: *Issues in law and medicine*.
- LIMA, Mário Franzen de. *Da interpretação jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 1955.
- LISBOA, Roberto Senise. O dano moral e os direitos da criança e do adolescente. *Revista de Informação Legislativa* 118, Brasília, abr./jun. (s.d.).
- MARTINS, Anísio Garcia. *Direito do menor*. São Paulo: Leud, 1988, Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e a aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.
- MENDEZ, Emílio Garcia; BELOFF, Mary. *Infancia, ley y democracia*. Buenos Aires: Depalma, 1998.
- NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Comentários ao Código de Menores*. São Paulo: Saraiva, 1988.
- O'DONNELL, Daniel. A convenção sobre os direitos da criança: estrutura e conteúdo. *Infancia, Boletín del IIN* 230, t. 63, Montevideu, jul. 1990.
- PEREIRA, Tânia da Silva. A convenção sobre os direitos da criança (ONU) e a proteção da infância e adolescência no Brasil. *Revista de Direito Civil* 60, São Paulo: RT, 1992.
- _____. *Infância e adolescência: uma visão histórica de sua proteção social e jurídica no Brasil*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Direito de família e do menor*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.
- _____. *Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.
- SIQUEIRA, Liborni. *Sociologia do direito do menor*. Rio de Janeiro: Âmbito Cultural, 1979.
- STRAUS, Levi. *Estruturas elementares do parentesco*. Trad. Mariano Ferreira. Petrópolis: Vozes, 1982.

6

UM PAI DIGNO DE SER AMADO

Fernanda Otoni de Barros

Psicanalista

Psicóloga Judicial do Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Mestranda em Psicologia Jurídica pela UFMG

Coordenadora do Curso de Especialização de Psicologia

Jurídica do Unicentro Newton Paiva

*“Ao Jurista Francisco Américo
Martins de Barros
dedico esse trabalho...
pela transmissão de um nome,
por todo amor.”*

A Família é uma organização que subsiste às mudanças históricas e políticas da humanidade, redesenhando seu contorno através dos tempos e persistindo na função de sua estrutura inabalável, responsável pela constituição do sujeito e pela transmissão da cultura.

No antigo regime a família exercia várias funções. A figura paterna era um eixo organizador da estruturação familiar. Juridicamente, o pai era o chefe da família e em torno dele as funções de seus membros se ordenavam, em seu nome. A ordem familiar partia sempre da palavra paterna, pai aqui entendido na sua função de autoridade. Se não fosse sua própria voz a ordenar a lei, delegava a outro que falasse a lei em seu nome. Mas era sempre uma função delegada.

Aos poucos o pai de família foi perdendo sua autoridade suprema e outros poderes retiraram a sua legitimidade, substituindo-o. A ciência mesmo é um destes poderes substitutos do velho pai. O discurso científico, com sua pretensão de saber, veio solapar valores tecidos fora de suas redes, descaracterizando o lugar do valor moral, dos costumes e de antigas normas que sustentavam sua legitimidade na tradição familiar. O discurso científico fez cair muitas das referências ordenadoras da família, e os pais, sem saber o que fazer, o que é certo ou errado, recorrem aos profissionais erigidos pela ciência – psicólogos,

pedagogos, fonoaudiólogos, sexólogos etc. – em busca de uma referência que autorize sua função. Enquanto não sabem, a autoridade vacila... O Estado, incorporado de valores científicos reluzentes e dos não tão aparentes valores ideológicos e políticos, acumulando tarefas para além de suas funções públicas, foi se introduzindo nesse campo íntimo e ordenador.

De chefe de família, soberano em seu poder ordenador, o pai permanece, hoje, com sua autoridade indiscutível como transmissor genético via espermatozóide... salvo nos casos em que a produção independente dispensa seus préstimos. Nos outros campos sempre é possível pensar em sua substituição.

A obediência aos pais hoje é uma premissa questionável. As crianças são cada vez mais estimuladas a terem uma posição autônoma, questionadora, na busca da realização de seus desejos. É no cotidiano familiar que percebemos como é difícil administrar esse embate, marcar um espaço necessário no limite à liberdade, conjugar autoridade e amor, introduzindo a lei no universo da criança. Vacilar nesse momento pode corresponder a uma suspensão da lei, e é muito complicado na constituição da criança não lhe dar uma referência de autoridade segura. Se não se submeter à lei do pai, como a criança, futuro cidadão, irá cumprir a norma fundamental que sustenta o ordenamento jurídico?

Hoje, vivemos num mundo, coincidência ou não, cada vez mais desordenado... caótico. Uma questão social que atinge todos nós é sobre as crianças e os adolescentes na rua. Basta conversar poucos minutos com uma criança que faz “arte” na rua, que brinca de assaltar, que cheira cola para ver o mundo passar mais colorido, que pode brincar de roleta russa, morrer ou matar, e perguntar a ela: onde estão seus pais? Receberemos por resposta que são filhos do mundo, das ruas, do Estado... Não desconhecemos toda questão histórica, política e social que acompanha esse percurso de afastamento dos pais de seus filhos, mas nos interessa, neste momento, interrogar sobre os efeitos desta ausência na constituição da criança.

Estes meninos na rua sabem que existe uma lei, “o Estatuto”,¹ que existe para cuidar deles, mas não sabem o que diz a lei, imaginam que diga tudo sobre os seus direitos e desconhecem seus deveres. Não houve uma autoridade próxima e íntima que decifrasse a palavra dura, que ensinasse os limites com os próprios braços, que interpretasse a palavra da lei. Apresentam-se carentes

1 *Estatuto da Criança e do Adolescente*, 1990.

de pais, abandonados, a encontrar no mundo, no Estado, nas portas da Igreja, uma orientação, a palavra da lei que ordene. Frequentemente essas crianças vão encontrar esta palavra num Tribunal... No Juizado da Infância e Juventude vão encontrar o Estatuto, e o Homem da Capa Preta vai decifrar suas letras, numa medida que, longe do abraço, pretende ordenar o caos. Para alguns esse encontro será suficiente, para outros será tarde demais.

Esses são os filhos sem pais, sem referência de autoridade, carentes de figura paterna. Irão encontrar o pai na figura da Capa Preta, quando ao desafiar a existência de uma ordenação, ultrapassando os limites da norma instituída da cidade, serão contidos com garras de aço e levados para a casa da lei.

Mas a carência paterna não é exclusividade das famílias socialmente desamparadas. No momento da dissolução de uma sociedade conjugal, essa queda do pai se evidencia como nunca, em termos jurídicos. Juridicamente, nesse terreno, a letra da lei não cumpriu a isonomia de direitos entre os gêneros, o que fez foi substituir uma hierarquia por outra, numa inversão de poder. Esse pai pouco pode, pouco sabe, não ordena nem mesmo sua relação com seus filhos, depois da separação. A ele será destinada a função de provedor, e a administração desses proventos será destinada à mãe. Ele comparecerá, depositando os recursos na conta materna, e esta fará destes o que bem entender para garantir o interesse das crianças. Seu contato com os filhos será ordenado de acordo com a sentença judicial, salvo nos casos em que a mãe tiver boa vontade e permitir a esse pai fora de casa que apareça mais vezes. A guarda é geralmente materna, salvo nos casos em que sua conduta moral pesar contra ela, e esse guardião assinará pelo interesse de seus filhos na escola, na natação, no curso de inglês, no catecismo etc., independente da palavra paterna. Inegavelmente, em termos jurídicos, a paternidade se restringe a um fato biológico e econômico. É figura totalmente dispensável no ordenamento familiar. E mesmo aquele que se dedicou a seus filhos por toda uma vida, se de repente, não mais que de repente, se deparar com o fato de que algum dos filhos não é seu, biologicamente, será afastado do filho, não terá sido pai. Sua função não será reconhecida, pois não foi seu o espermatozóide: seu nome será retirado da certidão de seu filho. Sabemos que hoje esses conceitos jurídicos têm sido questionados, mas a carência de uma norma que organize as relações conjugais da contemporaneidade tem feito que cada caso seja julgado de acordo com a sua particularidade, e muitas vezes os ex-cônjuges apelam para manobras inconscientes. Em nome do amor, encenam no tribunal uma batalha de poder.

Para ilustrar temos o caso de Antônia, filha de João e Maria até seus seis anos de idade, quando a mãe pediu a investigação da paternidade da filha, alegando que o pai era outro, um senhor que tinha uma importante herança a receber. João e Maria mantinham uma união estável. João, perplexo, nega a versão de Maria, e em sua fala no tribunal mostra como a criança é parecida com ele, como gosta de cantar: tem seus dons. Ele se separa de Maria. O pai indicado também nega, mas pretende resolver o problema oferecendo um apartamento para Maria. Isso é o suficiente para o Juiz determinar o exame de DNA. E Maria tinha razão. Antônia é afastada do convívio paterno, tem seu nome modificado em função da verdade da paternidade e começa a apresentar problemas na escola, troca as letras, está aérea, foge de casa, inventa mentiras sobre o pai, diz que ele é um cantor famoso e que não pode vê-la, pois vive viajando. Mora hoje com a mãe, no apartamento que o pai biológico paga, e este é seu único vínculo com a filha: obrigações alimentícias. O pai João se afastou, segundo ele para não sofrer mais. Quanto a Maria, a última vez que tive contato com ela foi através de um telefonema, em que me pedia indicação para tratamento da filha, por indicação da escola. Ela estava preocupada, queria o melhor para a filha.

Toda prudência é pouca ao nos debruçarmos sobre os casos litigiosos. Neste terreno litigioso, onde o amor que sustentava o laço conjugal deixa de mantê-lo e nenhuma relação de convivência foi possível restar entre o par conjugal, vemos diuturnamente a degradação do pai, até, nos casos mais rígidos, sua paulatina e certa eliminação. O discurso materno, ao apontar as falhas do pai, reinstala a sua queixa de uma insuficiência paterna diante de seu pai-ideal, um pai impossível, super-herói, que só existe na fantasia da mulher que tenta recobrir as falhas do próprio pai. O homem que se torna pai do filho de uma mulher tem sempre um detalhe que a leva ao pai, os encontros amorosos não são possíveis sem esta marca. Isto é o que chamamos de complexo de Édipo. No litígio, em que o amor se apresenta pelo avesso, odeia-se o homem outrora desejado, idealizado. No pai que escolheu para seu filho aparece humilhado, degradado, e nos casos mais litigiosos, sua versão é transmitida com aversão. Algumas dizem: não consigo nem ver, embrulha-me o estômago.

Um problema a mais é que o discurso contemporâneo que circula na sociedade prega ser o pai figura totalmente substituível. A mãe casa-se de novo, e depois outra vez, ou fica na casa de seus pais. O namorado da mãe, o vovô, ou o próximo marido, ou um tio – todos entram na eficaz tarefa de substituição do pai. Ao pai cada vez mais será dificultada a entrada, tanto em

oportunidades quanto no discurso. No melhor desses casos, em que o litígio não for desconstruído pelo tempo, restará de sua incidência na vida da criança o seu nome no registro do filho.

O lugar do pai na contemporaneidade apresenta-se plural. Isso não tem retorno, e de certa forma foi sempre assim; desde que a criança tem a inscrição do nome do pai na ordem subjetiva, ordenando suas relações simbólicas, sociais, está em função a metáfora paterna. Metáfora é aquilo que substitui uma coisa pela outra, então se pode identificar a palavra do pai em outros lugares, como se fosse o pai. Seja o pai Estado, o pai biológico, o pai professor, o pai namorado da mãe, o pai vovô, o *padre pater*, o papai do céu. Todos interferem na operação da constituição da criança. A carência paterna não está ligada às suas diversas versões. A carência do pai não diz respeito a sua presença ou não, ele pode estar presente mesmo na ausência. Quantos de vocês não passaram pela experiência de perder o pai e nem por isto perderam sua palavra? A carência se coloca aí, na dimensão simbólica, na insuficiência da sua palavra. Existem muitos pais presentes na vida do filho, mas carentes em sua função, sua palavra não é suficiente, não ordena.

No momento de uma separação conjugal, em alguns casos litigiosos, assistiremos ao pai da criança, antes um pai potente, viril, agora assustado, precavido, sem lugar em relação ao filho, deslocado, incomodado. Quantas vezes não escutamos as mães queixarem-se desses pais, imaginando como seria um alívio arrancar essa coisa “pai de seu filho” do seu caminho? Como as visitas são desgastantes, ter de encontrar aquele homem, que bom seria que ele deixasse de existir. Quantas não imaginam essa possibilidade, considerando o pai da criança um incômodo, um estorvo? Algumas só imaginam, outras passam ao ato. Muitas vezes o pai terá de recorrer ao campo jurídico para barrar o ato impeditivo da mãe, para sustentar o seu nome, sua palavra junto ao filho. Sua própria palavra não será suficiente.

É o caso de Ana e Gustavo.

Ana conheceu Gustavo aos 15 anos e namoraram. Resolveram dar um tempo e Ana conheceu Tales, com quem teve um romance confuso, pois durante este namoro ainda se encontrava com Gustavo. Nesta confusão engravidou e ficou noiva de Gustavo, casando-se com ele seis meses depois. A dúvida a deixava cada vez mais insegura, sofria as pressões familiares que declaravam efusivamente os traços marcantes do pequeno Artur, que em nada se parecia com o pai.

No aniversário de dois anos da criança, Ana resolveu dizer da sua dúvida, pois não estava suportando mais. Gustavo teve um ataque de ciú-

mes, agrediu Ana e disse que ia matá-la, mas que ninguém iria repetir que aquele filho não era dele. Trancou-se no quarto com o filho e passou aquela noite em companhia dele. Ana, muito amedrontada, fugiu de casa e deixou um bilhete dizendo que quando tivesse condições de cuidar do filho buscaria a criança.

E assim o fez, um mês depois. Ana, diante das ameaças do marido de tirar a criança dela, impediu as visitas. O pai entrou com o pedido de regulamentação de visitas e a mãe disse que ele podia não ser o pai. Ele insistiu em seus direitos de ver o filho, o Juiz encaminhou o caso para o serviço de psicologia do Fórum. A psicóloga encarregada do caso² deparou-se com o fato de que a criança estava lidando com a presença do pai biológico como se este fosse amigo da família. Tinha saudades do pai e aguardava o momento de estar com ele. Trazia em seu discurso, um tanto confuso, expressão de afeto pelo pai e mágoa por ele ter batido na mãe, fazendo-a chorar. Ele oscilava entre o amor e a raiva pelo pai. Já começava a aceitar o coleguinha da mãe, tio Tales, que o buscava no colégio e o levava para tomar sorvete, brincar de fliperama etc.

A psicóloga promoveu o encontro do pai com a criança, a criança foi muito receptiva, não queria parar de brincar, pediu ao pai que o levasse na casa da vovó. O pai deu um brinquedo para a criança, que o deixou cair quando estava indo embora. A psicóloga o pegou e entregou para a criança, esta olhou apreensiva para o lugar onde a mãe estaria esperando e disse: “Deixe ele aqui, quando eu voltar eu brinco com ele aqui”. A psicóloga disse que ele poderia trazer o brinquedo quando voltasse e a criança pediu-lhe que a levasse até a mãe.

O laudo foi no sentido de regulamentar as visitas paternas ao filho. Depois de um ano e meio o caso retornou. O pai não conseguia realizar as visitas, pois a mãe tinha se mudado e dava o endereço errado, sem autorizar que fosse dado o novo endereço ao pai.

O Juiz pediu reavaliação do caso e estabelecimento de visitas no setor de psicologia. A mãe disse que a criança não queria ver o pai, nem o reconhecia mais, e que seu pai era agora Tales, com quem estavam morando. Por conta própria, mudou o sobrenome da criança na escola e autorizou como responsáveis pela criança Tales e ela. Na escola todos conheciam Tales como pai da criança e ninguém sabia da outra história.

2 Este caso foi atendido pela Psicóloga *Dannusa Gomes Prates*, uma colega e amiga, interlocutora importante em meu trabalho cotidiano como psicóloga judicial nas Varas de Família.

A criança chegou para a entrevista com muita resistência ao pai Gustavo. Ainda chamava-o de pai e o Tales, de pai Tales. Sua versão da história era a de um pai mau que batia na mãe e não gostava dele. Ao mesmo tempo tinha lembranças de momentos bons que passara com o pai, das férias na praia e do domingo na casa da vovó. Sabia que tinha dois pais e que um era bom e outro mau. Um fazia a mãe chorar e do outro a mãe gostava. Sua referência passava pelo olhar da mãe.

Iniciadas as visitas, aos poucos foi se aproximando do pai, brincando com ele. Depois de algumas semanas passou a sair com o pai para a praça, para a casa da avó paterna, e ficava eufórico para as visitas, chegando a reclamar quando o pai atrasou. Essa situação começou a incomodar a rotina familiar, e a mãe começou a falar para a criança que o pai queria roubá-la deles. Nas entrevistas-visitas, a criança cobrava isto do pai, dizendo que não iria sair mais com ele, porque a mamãe estava triste.

Neste dia, a criança não quis passear com o pai. Na visita seguinte, o pai trouxe uns doces que a avó tinha feito. A criança comeu e depois, quando foi encontrar com a mãe, começou a passar mal. A mãe fez um escândalo e disse que as visitas estavam fazendo mal para o seu filho.

Em outro dia, durante a entrevista-visita de Artur com o pai, Gustavo convidou Artur para passear. Ele disse que gostaria de ir, mas não queria passar perto da mãe. Perguntou à psicóloga se não tinha uma outra porta, pela qual ele pudesse sair com o pai sem ter de passar na frente da mãe.

Depois destas visitas no setor de psicologia, ficou regulamentada a visita da criança a Gustavo de 15 em 15 dias. Depois ficamos sabendo que o pai Tales estava tentando registrar a criança em seu nome e, até onde foi possível acompanhar, as visitas do pai, Gustavo, aconteceram por um período pequeno, mas diante das dificuldades apresentadas o pai desistiu do processo e da paternidade.

Em sua petição de desistência, encaminhou conjuntamente com sua ex-mulher um acordo ao Juiz, no qual assinou uma separação consensual, dizendo que não tinham bens a partilhar e não tiveram filhos.

O Juiz extinguiu este processo. Tales entrou com um processo de reconhecimento da paternidade, alegando que a criança tinha direito a ter o nome do pai, e que, de acordo com o “não tiveram filhos”, Gustavo reconhecia não ser o pai de seu filho. Anexou o exame de DNA, prova de sua paternidade, e aguardou o deferimento de seu pedido, através de uma sentença judicial.

Qual não foi a surpresa quando a promotora do caso refutou a sua tese, dizendo que a filiação não é de cunho privado. Os pais de uma criança

não podem decidir, quando querem, do jeito que querem, quem é pai e quem não é. Filiação é um registro público, um direito indisponível do filho e que não pode ser regulado por acordos e contratos particulares.

Mas fica uma pergunta: o que é um pai? Antes era o marido da mãe, mas e agora? É o biológico, é o do registro, é o que cria? São tão diversos os casos que não me foi possível encontrar uma resposta que desse fim à questão.

O campo jurídico conseguirá garantir à criança acesso à sua paternidade? Conseguiria abrir uma outra porta sem ser atravessado pelo olhar materno?

Responder à pergunta do que seja um pai ou do que seja uma mãe é bastante difícil. Isso porque não há pais. Há uma mulher e há um homem. A conjugalidade sempre perpassa o processo de filiação.

À pergunta do que seja um pai ou uma mãe cada um de nós poderia tentar responder a partir de seu modelo ou de sua experiência. Nossos pais nunca correspondem exatamente ao nosso ideal. Eles ficam sempre alguém ou além e cada um de nós quando se vê ocupando um desses lugares é tomado de dúvida e angústia: como fazer? Qual a forma correta? O que essa criança tem? O que o pai faz e o que faz um pai?

Nossa experiência ordinária basta para nos mostrar que a biologia não dá uma resposta suficiente. O pai não é aquele que apenas deu uma célula germinal de 70 milésimos de milímetros e a mãe não é nem um ventre nem a Virgem Santíssima. A biologia pode responder sobre a maternidade e a paternidade com relação aos animais, mas para o homem, que é um ser de linguagem, a história é bem outra e bem mais complexa.

Na verdade, bem antes de nascermos já fomos imaginados. Já nos compraram roupinhas, já nos arrumaram um lugar para dormir e um nome. A relação entre os genitores está organizada pelo simbólico. As circunstâncias que marcaram o encontro deste pai e desta mãe, a história própria deles, formam uma rede que antecede a concepção. E nasce um bichinho que vai se transformar num ser que fala e que é dotado de uma sexualidade. A criança vai debater para poder se encontrar com essa história que a precede, mas que no entanto é sua. Nem a linguagem nem a sexualidade estão prontas quando nascemos, somos, aliás, muito prematuros e desamparados, e é por isso que falamos de pai e mãe em termos de funções. Às vezes não são os pais biológicos que as exercem, mas essas funções são absolutamente essenciais para que o bebê se torne um sujeito.

Podemos nos perguntar porque em nossa civilização a criança recebe o nome de seu pai e não o de sua mãe. A filiação se estabelece juridicamente, mais do que biologicamente, por uma relação de linguagem, um ato de nomeação. E esta nomeação se faz a partir do patronímico, que distingue a

criança de sua mãe, embora tenha ficado tanto tempo em seu ventre. O pai une o desejo com a lei e o patronímico é a marca de que este pequeno sujeito vai poder ele mesmo dar significação a seus desejos e não se submeter inteiramente ao desejo da mãe. O pai vem marcar a separação do filho da mãe, o pai é sempre um incômodo, e se a mãe se submete a ele, se se cala diante da palavra do pai, é por amor.

Freud instala o pai no centro do complexo de Édipo. Ele é quem abre sua entrada para o sujeito e também quem tem a chave de saída. É com ele que o sujeito se identifica, é ele quem aponta a mãe como objeto de desejo e quem marca sua proibição. É ele quem garante o nome das coisas e a sua falta. Todas estas operações necessitam do pai no papel de agente, de testemunha, de juiz, de companheiro.

Podemos perceber que a questão é ampla e que é preciso uma avaliação caso a caso para podermos responder a ela. No caso de uma separação do casal é muito importante que essas funções de mãe e de pai fiquem asseguradas para a criança. É verdade que a partir de determinada idade a estrutura já está formada e os riscos que um sujeito corre nessa separação não são tão grandes. O sujeito, de determinada maneira, depende menos das pessoas que encarnam estas funções. Mas se o sujeito ainda é uma criança pequena, todo o rigor é necessário para que ela se veja garantida no exercício destas funções.

O pai, para a psicanálise, com certeza não se resume a seu aspecto simbólico, mas ao analisar a função paterna com relação à questão jurídica este é o aspecto fundamental, a partir do qual a decisão tomada opera.

Percebemos, em alguns casos, que o direito fracassa diante do imperativo materno. O que se evidencia é que a criança tem acesso ao pai que a mãe consente, e o pai apresentado é sempre uma versão do seu amor, que se assenta na trama edipiana. Essa discordância entre o desejo da mãe e o nome do pai vai ganhar relevo nas páginas processuais e ser falada nas audiências. Todas as saídas possíveis para a constituição desta pergunta sobre a paternidade serão atravessadas pelo desejo materno, no momento de sua formulação. Pois o que estes casos nos revelam é que a mãe porta a chave de acesso ao pai.

Mas o que tem acontecido é que, com as separações, a mãe casa-se de novo e entra na vida do filho um outro indivíduo, que certamente no cotidiano será referência a esta criança, pois o desejo da mãe se dirige agora a ele. A mãe apresenta ao filho várias versões paternas, tentando em cada uma delas encontrar a sua própria versão. Todos esses pais, pais de afeto, todos são em algum momento referência para a criança. A criança terá de lidar com os diversos nomes do pai.

Se na contemporaneidade o pai se faz plural, visitar esta pluralidade pode dar consistência ao nome do pai, fazendo emergir alguma palavra no lugar da carência, alguma palavra que nos momentos necessários possa socorrer a criança. Esse nome é a única transmissão possível capaz de marcar a lei na constituição da criança.

O pai pode vir sob várias versões, pluralidade de forma e nomes. O campo jurídico, o social, o biológico, o psicológico, o psicanalítico, são insuficientes para garantir um pai para o filho. O pai sempre estará no registro de uma certa insuficiência. Há um tempo em que todos nós descobrimos que não existem super-heróis, mesmo que continuemos sonhando com eles. O nome do pai é uma metáfora, presente em diversas versões em cada recanto do Édipo, seja qual for seu disfarce. Um lugar a que o sujeito sempre pode recorrer quando lhe faltar recursos: lá estará o nome do pai, sua palavra. Mas é necessário por um tempo que essa palavra tenha corpo que encarne esta função.

O nome do pai deve receber o tratamento de uma instituição; como *Legendre* dizia, instituir o nome do pai para o filho é uma função jurídica muito importante no processo de filiação, uma vez que “instituir é fabricar o traçado escrito”,³ é legitimar o nome do pai.

Esta é a herança de um pai: o nome transmitido por amor. Para isso a mãe deverá ter dado lugar ao nome do pai. Esta ordem precede a ordem jurídica, apesar de ser a condição de sua eficácia. Se a função paterna é introduzir a lei, tornando-se autoridade, é função materna dar ao pai um lugar digno de ser amado.

Esse é nosso maior desafio: a instituição do nome do pai.

3 LEGENDRE, P. *L'empire de la vérité*. Paris: Fayard, 1982, p. 10.

PRINCÍPIO JURÍDICO DA AFETIVIDADE NA FILIAÇÃO

Paulo Luiz Netto Lôbo

Mestre e Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo
Professor dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da UFPE
Presidente da Comissão de Ensino Jurídico do Conselho Federal da OAB
Diretor Regional Nordeste do IBDFAM

Sumário

1. Equívocos da filiação biológica: do modelo tradicional ao científico. 2. Da patrimonialização à repersonalização nas relações entre pais e filhos. 3. Fundamentos jurídico-constitucionais do princípio da afetividade. 4. Aplicação do princípio da dignidade humana à filiação. 5. A filiação, na perspectiva do princípio da afetividade.

1 EQUÍVOCOS DA FILIAÇÃO BIOLÓGICA: DO MODELO TRADICIONAL AO CIENTÍFICO

Em matéria de filiação, o direito sempre se valeu de presunções, pela natural dificuldade em se atribuir a paternidade ou maternidade a alguém, ou então de óbices fundados em preconceitos históricos decorrentes da hegemonia da família patriarcal e matrimonializada. Assim, chegaram até nós:

- a) a presunção *pater is est quem nuptia demonstrant*, impedindo que se discuta a origem da filiação se o marido da mãe não a negar em curto prazo preclusivo;
- b) a presunção *mater semper certa est*, impedindo a investigação de maternidade contra mulher casada;
- c) a presunção de paternidade atribuída ao que teve relações sexuais com a mãe, no período da concepção;

- d) a presunção de *exceptio plurium concumbentium* que se opõe à presunção anterior;
- e) a presunção de paternidade, para os filhos concebidos 180 dias antes do casamento e 300 dias após a dissolução da sociedade conjugal, entre outros.

Especial destaque merece a presunção *pater is est*, principalmente pelo fato de persistir dúvida quanto à sua permanência, após a Constituição de 1988. Durante séculos e até milênios, os povos do sistema jurídico romano-germânico encerraram a incerteza da paternidade, valendo-se dessa presunção prático-operacional. A presunção supõe que a maternidade é sempre certa e o marido da mãe é, normalmente, o pai dos filhos que nasceram da coabitação deles. Sustenta-se que, apesar das normas constitucionais brasileiras, a presunção continua em vigor e permanece adequada à realização da função afetiva da família, como triunfo da vontade sobre a causalidade física, considerando “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”.¹

A presunção *pater is est* não resolve o problema mais comum que é o da atribuição de paternidade, quando não houve nem há coabitação. A presunção fazia sentido quando a filiação biológica era determinante, no modelo patriarcal de família, que exigia certeza e segurança para sucessão dos bens, e não se admitiam outras entidades familiares fora do matrimônio. Os laços de afeto que se constroem entre pais e filhos não dependem de imposição da natureza (origem biológica) ou de imposição da lei. Por outro lado, e por sua própria natureza, a presunção parte da exigência da fidelidade da mulher, pois a do marido não é necessária para que ocorra, circunstância que a incompatibiliza com o § 5.º do artigo 226 da Constituição, para o qual “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. Os tribunais, fundados nos princípios constitucionais e no artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente (“O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercido contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de justiça”), têm entendido que os filhos podem, a qualquer tempo,

1 VILLELA, João Baptista. Repensando o direito de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Repensando o direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 26.

pleitear a paternidade que imputam a alguém, não prevalecendo a presunção *pater is est* nem o registro público do nascimento.

Do mesmo modo, fazer coincidir a filiação com a origem genética é transformar aquela de fato cultural em determinismo biológico, o que não contempla suas dimensões existenciais, podendo ser a solução pior. Com a evolução das ciências biogenéticas, outras presunções surgiram, tais como a que confere pretensa certeza de filiação ao resultado de exame de DNA e a que considera confissão ficta a recusa em a ele submeter-se. A presunção de confissão ficta é agressora do princípio da dignidade humana e do direito de personalidade (intimidade, integridade física), podendo ser injusta e geradora de incertezas.² As manipulações genéticas trouxeram perplexidades: o dador anônimo de sêmen é pai? A mãe hospedeira é mãe? Quando há concepção ou início de existência do nascituro, se a inseminação for realizada *in vitro*? E se a inseminação artificial for totalmente heteróloga?

O modelo tradicional e o modelo científico partem de um equívoco de base: a família atual não é mais, exclusivamente, a biológica. A origem biológica era indispensável à família patriarcal, para cumprir suas funções tradicionais. Contudo, o modelo patriarcal desapareceu das relações sociais brasileiras, após a urbanização crescente e a emancipação feminina, na segunda metade deste século. No âmbito jurídico, encerrou definitivamente seu ciclo após o advento da Constituição de 1988.

O modelo científico é inadequado, pois a certeza absoluta da origem genética não é suficiente para fundamentar a filiação, uma vez que outros são os valores que passaram a dominar esse campo das relações humanas. Os desenvolvimentos científicos, que tendem a um grau elevadíssimo de certeza da origem genética, pouco contribuem para clarear a relação entre pais e filhos, pois a imputação da paternidade biológica não substitui a convivência, a construção permanente dos laços afetivos. O biodireito depara-se com as conseqüências da dação anônima de sêmen humano ou de

2 Na contramão da evolução do Direito, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei 64, de 1999, de autoria da Deputada *Iara Bernardi*, que acrescenta parágrafo único ao artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente, de seguinte teor: “**Parágrafo único.** A recusa do réu em ação de investigação de paternidade a submeter-se a exame de material genético – DNA, se pedido pelo autor, importa em admissão tácita de paternidade.” A parlamentar confunde direito de personalidade ao conhecimento da origem genética com direito à paternidade, com o agravante de presumir pai quem não o seja, nem por origem genética nem por laços de afetividade. No Direito alemão, o Tribunal Constitucional, em decisão de 1994, reconheceu nitidamente o direito de personalidade ao conhecimento da origem genética, mas “sem efeitos sobre a relação de parentesco”.

material genético feminino. Nenhuma legislação até agora editada, nenhuma conclusão da bioética apontam para a atribuição da paternidade ao dador anônimo de sêmen. Por outro lado, a inseminação artificial heteróloga não tende a questionar a paternidade e a maternidade dos que a utilizaram com material genético de terceiros. Situações como essas demonstram que a filiação biológica não é mais determinante, impondo-se profundas transformações na legislação infraconstitucional e no afazer dos aplicadores do Direito, ainda fascinados com as maravilhas das descobertas científicas. Em suma, a identidade genética não se confunde com a identidade da filiação, tecida na complexidade das relações afetivas que o ser humano constrói entre a liberdade e o desejo.

2 DA PATRIMONIALIZAÇÃO À REPERSONALIZAÇÃO NAS RELAÇÕES ENTRE PAIS E FILHOS

A família patriarcal perpassou a história deste país e marcou, profundamente, a formação do homem brasileiro. Suas funções mais evidentes eram econômico-patrimoniais, políticas, procracionais e religiosas. A função de realização da comunidade afetiva, que passou a ser determinante ao final do século XX, era secundária. A filiação biológica, desde que originada na família matrimonializada, era imprescindível para o cumprimento dessas funções e papéis, notadamente o de preservação da unidade patrimonial.

A superação da família patriarcal é fato histórico e social comprovável, notadamente pelas constantes pesquisas nacionais por amostragem de domicílios (PNAD), promovidas pelo IBGE. Analisando os dados da pesquisa de 1986,³ pude constatar o que os estudiosos vinham revelando: o despontar das relações familiares de plúrimas formas, assentadas em laços afetivos, essencialmente. As PNADs dos anos posteriores demonstram o aprofundamento dessa tendência. De um modo geral, a mudança de foco, do patrimônio à pessoa, é o sinal expressivo das transformações mais espetaculares que o Direito Civil passou a ter, desde o advento do individualismo e do liberalismo jurídicos, decorrentes da triunfante revolução liberal-burguesa dos três últimos séculos.

3 LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. In: BITTAR, Carlos Alberto (Org.). *Direito de família na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 67-71.

O iluminismo, reagindo fortemente contra o absolutismo monárquico da primeira fase do Estado nacional, vislumbrou na propriedade individual, concebida como direito subjetivo por excelência, a garantia da pessoa contra os abusos do poder político. A função econômico-patrimonializante da família burguesa foi exasperada, afastando-se, por conseqüência, a filiação não matrimonializada, cuja qualidade de sujeitos de direitos plenos era negada. A tendência contemporânea de ver a família na perspectiva das pessoas que a integram, e não de seus patrimônios, para regulação de seus direitos, constitui o fenômeno que apropriadamente se denomina repersonalização. É na pessoa, enquanto tal, que reside a dignidade humana.

A família, tendo desaparecido suas funções tradicionais, no mundo do “ter” liberal burguês, reencontrou-se no fundamento da afetividade, na comunhão de afeto, pouco importando o modelo que adote, inclusive o que se constitui entre um pai ou mãe e seus filhos. A comunhão de afeto é incompatível com o modelo único, matrimonializado, que a experiência constitucional brasileira consagrou, de 1824 até 1988. A afetividade, cuidada inicialmente pelos cientistas sociais, pelos educadores, pelos psicólogos, como objeto de suas ciências, entrou nas cogitações dos juristas, que buscam explicar as relações familiares contemporâneas.

Essa virada de *Copérnico* foi bem apreendida por *Orlando Gomes*: “O que há de novo é a tendência para fazer da *affectio* a *ratio* única do casamento”.⁴ Não somente do casamento, mas de todas as entidades familiares e das relações de filiação.

3 FUNDAMENTOS JURÍDICO-CONSTITUCIONAIS DO PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

O princípio da afetividade tem fundamento constitucional; não é petição de princípio, nem fato exclusivamente sociológico ou psicológico. No que respeita aos filhos, a evolução dos valores da civilização ocidental levou à progressiva superação dos fatores de discriminação entre eles. Projeteu-se, no campo jurídico-constitucional, a afirmação da natureza da família como grupo social fundado essencialmente nos laços de afetividade. Encontra-se na Constituição Federal brasileira três fundamentos essenciais do

4 *O novo direito de família*. Porto Alegre: Fabris, 1984, p. 26.

princípio da afetividade, constitutivos dessa aguda evolução social da família, máxime durante as últimas décadas do século XX:

- a) todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem (art. 227, § 6.º);
- b) a adoção, como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano da igualdade de direitos (art. 227, §§ 5.º e 6.º);
- c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, tem a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida (art. 226, § 4.º).

A filiação biológica era nitidamente recortada entre filhos legítimos e ilegítimos, a demonstrar que a origem genética nunca foi, rigorosamente, a essência das relações familiares. A Constituição não tutela apenas a família matrimonializada e não estabelece mais distinção entre filhos biológicos e adotivos. As pessoas que se unem em comunhão de afeto, não podendo ou não querendo ter filhos, são família protegida pela Constituição.

A igualdade entre filhos biológicos e adotivos implodiu o fundamento da filiação na origem genética. A concepção de família, a partir de um único pai ou mãe e seus filhos, eleva-os à mesma dignidade da família matrimonializada.⁵ O que há de comum nessa concepção plural de família e filiação é a relação entre eles fundada no afeto.

4 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA À FILIAÇÃO

O princípio da afetividade, assentado nesse tripé normativo, especializa, no campo das relações familiares, o macroprincípio da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III, da Constituição Federal), que preside todas as relações jurídicas e submete o ordenamento jurídico nacional. *Immanuel Kant*,⁶ em lição que continua atual, procurou distinguir aquilo que tem um preço, seja pecuniário, seja estimativo, do que é dotado de dignidade, a

5 É impressionante o número de famílias chefiadas por mulheres, no Brasil: 10 milhões, segundo a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios do IBGE, de 1999.

6 *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Ed. 70, 1986, p. 77.

saber, do que é inestimável, do que é indisponível, do que não pode ser objeto de troca. Diz ele:

“No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está cima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade.”

A dignidade humana é aquilo que é essencialmente comum a todas as pessoas, impondo-se um dever de respeito e intocabilidade, inclusive em face do Poder Público.

Como princípio, ostenta densidade semântica reduzida, de modo a ser preenchida com a mediação concretizadora de quem o deva aplicar. A mediação não se compadece com juízos subjetivos de valor. O princípio é espécie do gênero norma jurídica constitucional, que não fica à mercê da norma jurídica infraconstitucional regulamentadora. Dele brotam efeitos imediatos e determinantes, sendo ao menos de três espécies:⁷

1. imposição permanente ao legislador, para que o densifique com os conteúdos prevaletentes em cada época, mediante normas infraconstitucionais (eficácia positiva);
2. conformação fundamental das normas infraconstitucionais, que devem ser aplicadas e interpretadas a partir e segundo o princípio constitucional (eficácia positiva);
3. compatibilização limitante das normas infraconstitucionais, que não podem com o princípio colidir, sob pena de inconstitucionalidade ou de revogação (eficácia negativa).

Os juristas costumam dizer que os princípios constitucionais são expressos ou tácitos. São tácitos quando emergem do sistema de normas e valores constitucionais. O princípio da afetividade é fato jurídico-constitucional, pois é espécie do princípio da dignidade humana e emerge das normas acima referidas, que o sistematizam.

7 CANOTILHO, Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed., Coimbra: Almedina, 1993, p. 183. Refere-se a três tipos de eficácia mínima dos princípios constitucionais: a) vinculação do legislador; b) diretivas materiais permanentes ao legislador, à administração e à jurisdição; c) inconstitucionalidade das normas que os contrariarem.

Como escrevi em outro trabalho,⁸ na família patriarcal a cidadania plena concentrava-se na pessoa do chefe, dotado de direitos que eram negados aos demais membros da família, 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 aos filhos. Concretizar esse princípio é um desafio imenso, ante a cultura secular e resistente. No que respeita à dignidade da pessoa da criança, o artigo 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.

5 A FILIAÇÃO, NA PERSPECTIVA DO PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

Impõe-se a distinção entre origem biológica e paternidade/maternidade. Em outros termos, a filiação não é um determinismo biológico, ainda que seja da natureza humana o impulso à procriação. Na maioria dos casos, a filiação deriva da relação biológica; todavia, ela emerge da construção cultural e afetiva permanente, que se faz na convivência e na responsabilidade.

No estágio em que nos encontramos, há de se distinguir o direito de personalidade ao conhecimento da origem genética, com esta dimensão, e o direito à filiação e à paternidade/maternidade, nem sempre genético.

O afeto não é fruto da biologia. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência e não do sangue. A história do direito à filiação confunde-se com o destino do patrimônio familiar, visceralmente ligado à consangüinidade legítima. Por isso, é a história da lenta emancipação dos

8 Constitucionalização do direito civil. *Revista de Informação Legislativa* 138/99-109, Brasília, abr./jun. 1999.

filhos, da redução progressiva das desigualdades e da redução do *quantum* despótico, na medida da redução da patrimonialização dessas relações.

O desafio que se coloca aos juristas, principalmente aos que lidam com o Direito de Família, é a capacidade de ver as pessoas em toda sua dimensão ontológica, a ela subordinando as considerações de caráter biológico ou patrimonial. Impõe-se a materialização dos sujeitos de direitos, que são mais que apenas titulares de bens. A restauração da primazia da pessoa humana, nas relações civis, é a condição primeira de adequação do Direito à realidade e aos fundamentos constitucionais.

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. O princípio jurídico da afetividade faz despontar a igualdade entre irmãos biológicos e adotivos e o respeito a seus direitos fundamentais, além do forte sentimento de solidariedade recíproca, que não pode ser perturbada pelo prevailecimento de interesses patrimoniais. É o salto à frente da pessoa humana nas relações familiares.

No estágio em que se encontram as relações familiares e o desenvolvimento científico, tende-se a encontrar a harmonização entre o direito de personalidade ao conhecimento da origem genética, até como necessidade de concretização do direito à saúde e prevenção de doenças, e o direito à relação de parentesco, fundado no princípio jurídico da afetividade.

ADOÇÃO TRANSNACIONAL E OS ATOS PLURILATERAIS DE QUE O BRASIL PARTICIPA

Georgette N. Nazo

Advogada, Parecerista e Consultora Jurídica
Doutora em Direito pela USP
Professora de Direito Internacional
na USP e Orientadora de Pós-Graduação
Professora Titular de Direito Ambiental e Internacional
da Faculdade de Direito da FAAP/SP

É motivo de grande satisfação poder desfrutar do convívio deste auditório, compartilhando a mesa dos trabalhos nesta sessão com o Dr. *Tarcísio José Martins Costa*, Juiz Titular da Vara de Infância e da Juventude de Belo Horizonte, para cuidarmos do tema da Adoção Transnacional. Deixo, pois, de tecer considerações a respeito dos percalços corriqueiros que sobejam nas Varas especializadas, porque, certamente, o magistrado aqui presente poderá trazer informações precisas e preciosas, pela vivência que tem como titular em Belo Horizonte. Restringir-me-ei a examinar, no apertado espaço de tempo, a questão das adoções transfronteiras, tendo como princípio os direitos da criança, tão tardiamente previstos na Constituição Federal de 1988, e a regulamentação que se deu ao instituto da adoção, quer nacional, quer por estrangeiros residentes fora do País, aceitando somente a adoção plena, como prevê o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) de 1990 (arts. 39 a 52). A par dessa legislação nacional é indispensável ao especialista o conhecimento de vários atos plurilaterais de que o Brasil participa junto à comunidade internacional e que, ao longo da sua história, vêm inspirando o legislador pátrio e preenchem os vazios e lacunas do Direito interno.

A adoção de menores e adolescentes abandonados, tanto no plano nacional quanto no de transfronteiras, é um ato generoso e benéfico, pois os retira de condições desumanas, concedendo-lhes cidadania, no desfrute da proteção e segurança familiar, com o estabelecimento do parentesco civil entre a família do adotante e o adotado. Instituto de ordem pública, tem como

característica, na adoção plena, a transferência do pátrio poder dos pais de sangue para os adotantes, mediante um ato solene, voluntário, sinalagmático e, em princípio, irrevogável. Estabelece-se entre adotante e adotado um vínculo fictício de paternidade e filiação legítimas. Criam-se direitos e deveres recíprocos que favorecem o desenvolvimento integral do adotado.

É bom que se ressalte, aqui, um aspecto ponderável entre as adoções nacionais e as transnacionais. Adotantes brasileiros procuram para adoção crianças de tenra idade, até dois ou três anos, no máximo, de preferência de olho azul, preocupam-se com as influências genéticas, parecem especialistas e, portanto, veladamente praticam discriminações. Já os adotantes estrangeiros são mais generosos: não se preocupam com a idade e a origem dos adotáveis; não separam irmãos de sangue, adotando-os conjuntamente; se houver criança portadora de deficiência física e/ou mental, isso não constitui barreira ao ato generoso da adoção. Verifica-se, atualmente, em países estrangeiros, que famílias adotivas formaram verdadeiras sociedades multiétnicas e multiculturais.

Portanto, devemos enfrentar as adoções transnacionais com mais tranquilidade, sem nacionalismos exagerados, especialmente quando, atendendo sempre ao interesse da criança, o Juízo da Infância e da Adolescência vê frustrada a viabilidade de uma adoção nacional. Prudência e cautela devem inspirar não só o Julgador, mas todos os que atuam na seara das adoções transfronteiras, para que não se vislumbre um entreguismo indiscriminado de brasileiros a estrangeiros, ou, pior que isso, tráfico ilícito ou venda desses menores abandonados. Daí a importância da intervenção do Ministério Público para fiscalização no cumprimento da lei e aferição dos reais interesses das partes envolvidas e da salvaguarda dos direitos da criança adotável.

Em se tratando de adoções nacionais, ou seja, entre adotantes e menores de um mesmo país, as soluções são dadas na conformidade de disposições legislativas próprias, inspiradas na melhor doutrina e na prática jurisprudencial dos direitos internos quando aceitam o instituto, quer de modo pleno, quer de modo simples, ou em outras formas aí previstas.

No tocante às transfonteiras, estas são campo propício a eventuais conflitos de leis, ou por divergências internas do Direito positivo, ou porque, até recentemente, o instituto da adoção era desconhecido, inexistindo mesmo qualquer disciplinamento em alguns ordenamentos jurídicos.

É bem verdade que, em situações tais, a tendência da comunidade internacional tem sido a de solucioná-las por via de convenções interestatais, buscando harmonizar e, se possível, uniformizar o tratamento de determi-

nados institutos, ou de determinadas matérias, viabilizando os relacionamentos transfronteiras, em nível regional ou sub-regional, ou com maior cooperação entre Estados, em nível mundial.

Para o tema desse conclave, um exemplo característico ocorreu nas Américas com o Código de Direito Internacional Privado – *Código Bustamante*, votado em Havana, em 1928, promulgado no Brasil pelo Decreto 18.871, de 13.08.1929, e que regulou a adoção nos artigos 73 a 77. Acolheu-se a lei pessoal de cada um dos interessados para as condições e limitações a adotar, prevendo-se no artigo 77 a inaplicabilidade dos artigos precedentes, nos Estados cujas legislações não reconheçam o instituto. Com efeito, naquela fase histórica da evolução dos direitos nas Américas do centro-sul, a adoção era instituição desconhecida por alguns Estados, da mesma forma que o divórcio, o que levou o Brasil a fazer reservas à aplicação dos artigos 52 a 54 relativos a este último, pois se tratava de instituição não reconhecida no Direito pátrio, que só admitia a separação dos cônjuges, subsistindo o vínculo conjugal no desquite.¹

O fato de existirem diferenças legislativas internas ou mesmo políticas legislativas descoordenadas em diversos ordenamentos jurídicos não implica a conclusão de que os direitos da criança e a preocupação em lhe dar proteção especial tenham ficado no esquecimento por parte da comunidade internacional. Tanto em foros internacionais quanto regionais foram tomadas iniciativas ao longo deste século que merecem ser alinhavadas para alertar os especialistas aqui presentes de que o Brasil participou das mesmas, apesar de tardiamente incorporá-las ao Direito positivo interno, com as previsões específicas da Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990, a despeito do exagerado apego nacionalista pelas adoções transnacionais.

Desde a época da Liga das Nações, após a Primeira Grande Guerra, enunciava-se em Genebra, em 1924, a indispensável proteção especial à infância, com fins humanitários.

Depois da Segunda Guerra Mundial, sob a égide da ONU, com a *Declaração dos Direitos do Homem*, em 1948, alvitrou-se votar um texto mais específico direcionado às crianças: foi a primeira *Declaração de Direitos da Criança*, em 1959. Todo o trabalho realizado no âmbito do Conselho Econômico e Social – ECOSOC – da ONU, direcionado à infância e às mulheres, desaguou em Resoluções importantes, tais como a de número 3.138 (XXIX),

1 Esclareço que mesmo depois de 1977, quando introduzido o divórcio a vínculo, no Brasil, não foram ripristinados os artigos 52 a 54 do Código Bustamante, entre nós...

de 14.12.1974, quando se fez a *Declaração sobre a Proteção das Mulheres e das Crianças em Períodos de Guerra e Urgência*; a de número 40/33, de 29.11.1985, que incorporou as *Regras de Beijing para Administração da Justiça aos Menores e Adolescentes*; a de número 41/85, de 03.12.1986, com a *Declaração sobre Princípios Sociais e Jurídicos Aplicáveis à Proteção e ao Bem-Estar dos Menores*, visando, sobretudo, às práticas em matéria de adoção e colocação em lares substitutos, nos planos nacional e internacional.

Aliem-se a essas revoluções dois importantes pactos internacionais adotados na Assembléia Geral das Nações Unidas em dezembro de 1966, sobre *Direitos Econômicos, Sociais e Culturais* e sobre *Direitos Cívicos e Políticos*, que entraram em vigor, internacionalmente, em 1976 e que só foram promulgados no Brasil em 1992. No primeiro deles, promulgado pelo Decreto 591 de 06.07.1992, o artigo 10, em seus três itens, visa “conceder à família a mais ampla proteção e assistência para sua constituição e enquanto ela for responsável pela criação e educação dos filhos”, pregando “proteção especial às mães, antes e depois do parto”, com as garantias laborais e previdenciárias, incitando os Estados a “adotar medidas de proteção e assistência em prol de todas as crianças e adolescentes, sem distinção alguma por motivos de filiação ou qualquer outra condição”. Prossegue afirmando uma série de medidas protetivas que devem ser adotadas com relação ao trabalho, bem como nas disposições subseqüentes cuida da temática da educação, alimentação, moradia, enfim, tudo que favoreça o desenvolvimento normal do ser humano e a melhoria constante de suas condições de vida. Quanto ao *Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos*, incorporado ao Direito pátrio pelo Decreto 592, de 06.12.1992, o tema da família e da proteção à infância veio expresso nos artigos 23 a 24, enunciando que não se fará qualquer tipo de discriminação contra a criança, mormente por nascimento, origem e situação econômico-social. Toda criança tem direito a adquirir uma nacionalidade. O artigo 27 volta-se para os Estados em que haja minorias étnicas, religiosas ou lingüísticas, para que as pessoas pertencentes a esses grupos “não sejam privadas dos direitos de ter sua própria vida cultural, professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua”.

Corolário desses instrumentos internacionais foi a *Convenção do Direito da Criança*, de 20.11.1989, aprovada pelo nosso Decreto Legislativo 28, a 18.09.1990.

De outra parte, no âmbito das Américas, além da *Declaração de Direitos e Garantias do Homem*, promulgada pouco antes da *Declaração Universal da ONU*, em 1948, o Brasil já acolhera, como vimos, o Código Bustamante em 1929, e

veio firmar, como integrante da Organização dos Estados Americanos – OEA – a *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, aprovada na Conferência de San José da Costa Rica, em 1969, e que só foi publicada no País em novembro de 1992, por força do Decreto 678, que em seu artigo 19 cuidou dos direitos da criança, assegurando-lhe a proteção necessária no seio da família (art. 17), além do direito ao nome (art. 18) e à nacionalidade (art. 20).

Curial, portanto, que o País, na esteira de todos esses instrumentos, quer universais, quer regionais, inserisse pela vez primeira no texto constitucional de 1988 o *Capítulo VII: Da Família, da Criança, do Adolescente e do Idoso*, que melhor explicita os princípios fundamentais do Título I e os direitos e garantias fundamentais do Título II, promovendo na legislação infraconstitucional o regramento do *Estatuto da Criança e do Adolescente* – ECA (Lei 8.069, de 13.07.1990), redirecionando a proteção ao menor e ao adolescente, a despeito de alguma crítica que se lhe possa fazer quanto às adoções transfronteiras.

Afirmo, linhas atrás, o exagerado apego nacionalista com relação a essas adoções, mormente levando-se em conta que o estágio para o indispensável convívio entre adotantes e adotáveis torna-se extremamente oneroso aos estrangeiros. Mesmo quando cumpridas as exigências legais para a formalização do ato, o recurso com efeito suspensivo obriga o estrangeiro a prolongar sua permanência no País, negando-lhe o direito ao trabalho, impedindo-o de tomar as providências necessárias junto aos órgãos competentes para obtenção da documentação hábil que permita a saída do menor para o exterior. É notória a morosidade da Justiça e o excesso de burocracia que dificultam soluções mais céleres, especialmente nesses casos que se inspiram no amor, na generosidade e na solidariedade por crianças deixadas ao abandono, ansiosas por carinho e atenção que lhes devolva a auto-estima e lhes permita uma identidade e cidadania com todos os corolários daí decorrentes, vez que não obtiveram uma adoção nacional.

Cabe-me, ainda, esclarecer que o tema das adoções transfronteiras não ficou adstrito aos atos internacionais até aqui examinados e que têm dado suporte à melhoria do ordenamento jurídico nacional. Firmou, o Brasil, outras tantas convenções, tanto em nível regional quanto no âmbito universal, já incorporadas ao Direito interno e que favorecem a elucidação dos questionamentos a respeito da lei aplicável, ou seja, se a do adotante, se a do candidato à adoção por estrangeiros, bem como regras de procedimento, evitando-se, assim, conflitos espaciais de leis de que se ocupa o Direito Internacional Privado.

A propósito de analisá-las no estágio em que se encontravam em 1997 e tecendo algumas considerações quanto ao Direito Comparado de outros sistemas jurídicos, publiquei pela Editora Oliveira Mendes um livro de bolso, *Adoção internacional: valor e importância das convenções internacionais vigentes no Brasil*, fruto de palestra para um curso de extensão universitária, coordenado pelo Professor *Álvaro Villaça de Azevedo*, na Faculdade de Direito da USP. Encontram-se ali considerações quanto ao que já estava acontecendo em alguns outros países, bem como a existência de organizações não governamentais, idôneas, credenciadas nos Estados de origem e que promovem a intermediação entre pretensos adotantes e crianças estrangeiras adotáveis, atendendo às exigências legais dos interessados. Acredito que as informações ali expendidas poderão completar as breves colocações adiante expostas.

Tal como afirmado anteriormente, embora perdue a vigência do Código Bustamante em países da América Central e do Sul, o critério da lei pessoal das partes para aferição da capacidade para adotar e ser adotado e os efeitos quanto à sucessão do adotante, a própria evolução dos direitos internos vem demonstrando que a realidade social já não é a mesma do início do século. Várias conferências de Direito Internacional Privado foram realizadas, no âmbito da OEA, com o objetivo de melhor disciplinar determinadas matérias. São *as chamadas CIDIPs*, onde foram votadas convenções a respeito de vários temas, buscando maior aproximação e uniformidade de tratamento legislativo interamericano. Exemplos característicos: a Convenção do Panamá (1975) a respeito de arbitragem comercial internacional e a de Eficácia Extraterritorial de Sentenças e Laudos Arbitrais, de Montevidéu (1979), que deram azo à nossa Lei 9.307/96. Várias outras foram firmadas, sendo que mais diretamente direcionadas a interesse da infância: a *Convenção Interamericana sobre Obrigação Alimentar* (Montevidéu, 15.07.1989), a de *Restrição Internacional de Menores* (Montevidéu, 15.07.1986), a de *Tráfego Internacional de Menores* (México, 18.03.1984), já recepcionadas no Brasil, e a *Convenção Interamericana sobre Conflitos de Leis em Matéria de Adoção de Menores*, votada em La Paz (Bolívia) aos 24.05.1984, aprovada pelo Decreto Legislativo 60 de 19.06.1996, com 29 artigos. Aplica-se às adoções plenas, legitimação adotiva e formas afins que equiparem o adotado à condição de filho legítimo, tendo as partes domicílio e/ou residência habitual em Estados-partes diferentes. Envolve maior número de países com similitude de problemas socioeconômicos e um contingente de menores carentes, abandonados, muitas vezes largados à própria sorte, outras vezes recolhidos por instituições públicas ou privadas. Vigora, portanto, entre os Estados americanos que a ela se vincula-

rem. Assim sendo, se um estrangeiro com domicílio em outro Estado-parte nesta Convenção pretender adotar crianças brasileiras, caberá ao Juízo brasileiro exigir o cumprimento integral dos requisitos previstos para a adoção plena, sempre no atendimento dos interesses da criança e em conformidade com o Estatuto da Criança e do Adolescente, ficando atendidos, portanto os artigos 3.º, 4.º e 12 a 19 da Convenção. Se adolescente, com mais de 14 anos, é necessária oitiva do menor para obter seu consentimento. Se se tratar de caso inverso, ou seja, brasileiro pretendendo adotar menores de outro Estado-parte na Convenção, aplica-se o artigo 5.º desta, que proclama o conhecimento dos efeitos de pleno direito nos demais Estados-partes, sem que se possa invocar a exceção de instituição desconhecida, tal como consta do Código Bustamante (art. 73 a 77), mesmo que pela lei local do menor sejam admitidas outras formas de adoção que não só a plena. É decorrência do texto convencional tal possibilidade. Todavia entendo que, mesmo cumpridas as exigências da lei local de residência do menor, bem como as previsões convencionais interamericanas, o brasileiro adotante, se retornar ao Brasil com seu adotado, terá de homologar a decisão estrangeira e, portanto, deverá ter a cautela de promover adoção plena, no ato de adoção *aliundi*, para não ter de enfrentar os percalços exigíveis pelo ordenamento jurídico pátrio para a eficácia da decisão alienígena. E isso porque, no estágio atual do Direito brasileiro, não vislumbro a incorporação automática do julgado estrangeiro sem deliberação.

Passo mais decisivo e de alcance universal foi dado em Haia, aos 29.05.1993, solucionando o problema dos conflitos de leis dos ordenamentos internos nas questões de adoção transfronteiras, ao estabelecer como elemento de conexão pessoal para adotante e adotado a lei da *residência habitual* em seus respectivos países, para dizer da lei aplicável às condições e requisitos a serem atendidos, visando o estabelecimento do vínculo de filiação. A conexão mais significativa é do local do ato da sua formalização.

Trata-se da *Convenção de Cooperação Internacional e Proteção de Crianças e Adolescentes em Matéria de Adoção Internacional*, aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo 63, de 19.04.1995, e promulgada pelo Decreto 3.087, de 21.06.1999.

Nos artigos 4.º e 5.º, em diversos itens, ficou assentado que as autoridades competentes do Estado de origem do adotando é que determinam que o menor até 18 anos é adotável; depois de verificar a impossibilidade da adoção em seu próprio Estado, assegurarão uma adoção internacional, atendidas as exigências quanto ao consentimento da criança e, conforme o caso, sua oitiva, garantindo-se seu bem-estar. Quanto aos requisitos dos adotantes, as autoridades do Estado de acolhida de menor é que devem assegurar a

possibilidade dessa adoção e garantir que a criança será autorizada a entrar e residir permanentemente nesse Estado. Semelhante disposição conjuga-se ao que prevê o artigo 18. Melhor explicando: a Convenção estabeleceu que os Estados devem designar uma autoridade central para promover o cumprimento bilateral das obrigações impostas, se se tratar de sistema jurídico único, podendo existir mais de uma autoridade central, nos sistemas jurídicos com unidades territoriais autônomas. As autoridades centrais deverão cooperar entre si, promover a colaboração entre as demais autoridades competentes de seus próprios Estados, bem como estender essa colaboração aos órgãos públicos credenciados que demonstrem aptidão para cumprimento correto de tarefas que lhe possam ser confiadas (art. 6.º a 13). Daí a importância das informações trocadas e dos relatórios que efetivamente resguardem os reais interesses do menor adotável, com acompanhamento *a posteriori*.

As regras de procedimento encontram-se nos artigos 14 a 22 (Capítulo IV), cuidando os artigos 23 a 27 do reconhecimento e efeito da adoção. A propósito desta parte, seria impossível, nesta oportunidade, tecer maiores considerações, tal como fiz, em 1997, em livro já mencionado, esclarecendo-se que esta Convenção trouxe Disposições Gerais e Cláusulas Finais cuja leitura é indispensável por parte de qualquer profissional que pretenda envolver-se nestas questões transnacionais em favor de menores abandonados. Em se tratando de advogados, à guisa de resposta a uma pergunta que me foi dirigida neste conclave, diria que, além do embasamento legislativo pátrio e do conhecimento que se deve ter dos instrumentos internacionais aqui trazidos, seria conveniente verificar a origem do estrangeiro que pretenda adotar crianças brasileiras, buscando todas as informações necessárias para cumprimento dos requisitos internos e convencionais, inclusive esclarecendo se algum organismo credenciado está envolvido; só depois promoverá a aproximação com o Juízo da Infância para verificar a viabilidade. O principal é saber da honestidade de propósitos de quem quer adotar.

Finalizando, devo fazer referência a uma *Convenção de Cooperação Judiciária em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa*, firmada entre Brasil e França em Paris, em 1981, que entrou em vigor aos 29.04.1985, por força do Decreto 9.1207, e que permite a advogados de ambos os países, devidamente inscritos em suas respectivas entidades profissionais, apresentarem-se na congênere do outro Estado, para o exercício da advocacia, dando atendimento a mandato outorgado por seus constituintes. Tal Convenção bilateral não cuida propriamente de adoções, porém do reconhecimento e da execução de sentenças judiciais relativas à *guarda de menores, direito de visitas e*

obrigações alimentares, sempre com interferência de autoridades centrais, ou seja, Ministérios da Justiça das partes, que se dirigem às autoridades competentes de cada país. Em disposição constante no artigo 26 (2.^a parte), cuida-se do deslocamento ilícito ou retenção abusiva de menores, o que, em última análise, implica seqüestro.

Dita Convenção não tem sido vantajosa para brasileiros, particularmente em casos de interesse de menores seqüestrados, pois a pretendida e desejada cooperação judiciária tem deixado muito a desejar, como esclareço na minha obra já citada, com um exemplo ocorrido na Primeira Vara de Família do Rio de Janeiro, pouco depois da entrada em vigor desse instrumento bilateral (caso *Maria Célia Vargas X Raymond Rozner*).

Acredito ter podido trazer a este Congresso do IBDFAM a referência aos atos internacionais de que o Brasil participa e que devem ser levados em consideração pelos especialistas quando envolvidos nas questões familiares, particularmente nos casos de adoção de menores deixados ao abandono, realizada por estrangeiros, à falta de interessados nacionais em lhes dar afeto e carinho, segurança e bem-estar, contribuindo para seu desenvolvimento integral, tanto psicológico quanto material, transformando-os em verdadeiros cidadãos, com uma nacionalidade definida.

ADOÇÃO INTERNACIONAL: ASPECTOS JURÍDICOS, POLÍTICOS E SOCIOCULTURAIS

Tarcísio José Martins Costa

Juiz da Infância e Juventude de Belo Horizonte
Presidente da Associação Brasileira dos Magistrados
da Infância e Juventude – ABRAMINJ
Membro efetivo do Comitê Central da Associação
dos Magistrados da Juventude e de Família
Tesoureiro da Associação Internacional Mercosul
dos Juízes da Infância e da Juventude – AIMJJJ
Autor do livro *Adoção transnacional*

Sumário

1. Introdução. **2.** A dialética entre sociedades ricas e pobres: sociedades demograficamente controladas e sociedades com explosão demográfica. **3.** A excepcionalidade da adoção internacional. **4.** Probabilidades de êxito de uma criança numa sociedade diversa. **5.** Tráfico internacional de crianças. **6.** Algumas questões de Direito Internacional Privado. **7.** Direito comparado. **8.** A adoção no Estatuto da Criança e do Adolescente: sugestões para uma futura revisão legislativa. **9.** Conclusão. **10.** Bibliografia.

1 INTRODUÇÃO

A adoção internacional, um dos temas mais complexos e polêmicos, quase sempre envolto em preconceitos e equívocos, não pode ser compreendida fora da ordem globalizada em que vivemos.

O mundo atual é um mundo uno e o destino de cada homem está entrelaçado ao de todos os outros. O desenvolvimento da técnica e da produção engendrou uma economia cada vez mais globalizada, interligada por vasos comunicantes. A integração dos países em blocos de notável expressão

populacional e econômica é uma realidade, produzindo o estreitamento dos laços entre os povos e a superação das divisões político-geográficas entre as nações. Em todas as áreas, são celebrados tratados de cooperação técnica, científica e cultural.

O avanço tecnológico, forte instrumento de homogeneização, fez surgir a chamada *networked society*, baseada num sistema interativo diferente de tudo o que existia antes, fluindo pelas redes de computadores, *em que tudo estará ligado a tudo cada vez mais*. Costumes de um país são transportados para outros com uma rapidez nunca antes imaginada. A flexibilização das fronteiras territoriais, o deslocamento cada vez mais rápido e intenso de pessoas além das fronteiras, o aumento das uniões entre homens e mulheres de diferentes nacionalidades e a internacionalização da família, tudo isso permite comunicarmo-nos de outra maneira, quebrarmos desconfianças e preconceitos, conhecermo-nos melhor e tratarmos-nos mais cooperativamente.

Ainda que inconformados com os efeitos devastadores da globalização da economia e da cultura, especialmente a decomposição dos valores humanísticos e sociais e o aniquilamento de milhares de empregos, temos de reconhecer, como *Martin Luther King*,¹ que “todos nós estamos presos numa rede inescapável de mutualidade, confinados numa única peça de destino. O que afeta uma pessoa, afeta a todos indiretamente. Temos de viver juntos devido à estrutura interrelacionada da realidade”.

É, portanto, dentro do espírito de aproximação e entendimento entre os povos e nesta rede de mutualidade do mundo globalizado que a adoção internacional deve ser inserida.

Largamente utilizada na Europa para vencer as graves conseqüências de duas guerras mundiais, a adoção propiciou uma nova rede familiar afetiva aos infantes que tiveram suas famílias dizimadas pelo conflito armado.

De instituto considerado em franca extinção, no período que se estende desde a sanção dos códigos civis europeus até o primeiro conflito mundial, a adoção culminou por atravessar fronteiras territoriais, representando hoje um eficaz instrumento alternativo de integração sociofamiliar para as crianças realmente abandonadas, que não lograram obter um lar em seu país de origem. Pode-se dizer que a adoção de crianças por estrangeiros somente surge, como prática regular, logo depois da Segunda Guerra Mundial. Até então, a filiação adotiva restringia-se unicamente ao âmbito interno.

1 LUTHER KING, Martin. *O grito da consciência*. Rio de Janeiro: Exposição e Cultura, 1968, p. 111.

O incremento das adoções entre países, ocorrido a partir da metade da década de 60 e intensificado nos anos 70 e 80, primeiramente na Ásia, em razão dos conflitos armados da Coreia e Vietnã, e depois na América Latina, trouxe à tona uma vasta e complexa gama de problemas jurídicos, políticos e socioculturais, os quais originaram controvérsias e preocupações na comunidade internacional que só com o tempo estão sendo superadas.

Encarada não raras vezes de forma simplista pela opinião pública e por algumas organizações estrangeiras como solução para o problema de “milhões de crianças abandonadas do terceiro mundo”, a adoção internacional vem crescendo no mundo contemporâneo, provocando controvérsias e preocupações em toda a comunidade internacional, especialmente nos países da América Latina e da Ásia, tradicionalmente provedores de crianças.

Entre os principais problemas jurídicos, as diversas formas de abusos praticados (venda, tráfico, seqüestro, falsificação de registros de crianças); a incapacidade ou a indisposição de muitos países receptores em conceder reconhecimento legal às adoções externas, colocando crianças numa espécie de *limbo jurídico*; a inexistência de regras uniformes para determinar qual a legislação aplicável a uma adoção desta natureza (a legislação do país da criança ou a do país dos adotantes, ou a concorrência de ambas); os divergentes critérios para estabelecer os tribunais internacionalmente competentes para o conhecimento das adoções e a falta de controles jurídicos adequados, funcionando como fator de incentivo à prática de abusos e atos ilícitos. Do ponto de vista político, o tema está ligado a políticas nacionais sobre migrações de recursos humanos, com a freqüente invocação de argumentos relativos à soberania. Do ponto de vista sociocultural, cujos problemas, como ressalta *Ubaldo Calvento Solari*,² podem chegar a ser mais importantes do que os anteriores, surgem a todo instante questionamentos sobre as probabilidades de êxito de uma criança numa sociedade econômica, cultural, lingüística e racialmente distinta da de sua origem.

Em que pesem todos os problemas e controvérsias, causados em grande parte pelo enorme *vazio normativo* então reinante, a *adoção internacional*, também conhecida como *adoção entre países*, *adoção por estrangeiros* ou *transnacional*, converteu-se no decurso dos últimos anos em prestigiosa figura jurídica, exaustivamente discutida nos fóruns internacionais, submetida a freqüentes retoques legislativos, visando ao seu aperfeiçoamento e à melhor proteção dos infantes acolhidos por famílias estrangeiras.

2 CALVENTO, Ubaldo Solari. *Derecho internacional sobre la niñez*. Montevideu: Instituto Interamericano del Niño, 1996, p. 8.

A moderna ordem legislativa supranacional, tendo à frente a *Organização das Nações Unidas*, não tem medido esforços a fim de criar mecanismos eficientes de proteção ao bem-estar da criança adotada e assegurar-lhe uma situação jurídica estável, tanto no seu *país de origem* como no *país de acolhimento*.

Muitos progressos foram alcançados nas últimas duas décadas, no campo do Direito interno – Nacional e Internacional Privado – dos diferentes países, bem assim do Direito convencional, com especial ênfase nas correntes de codificação americana e européia, impulsionadas pela *Conferência Especializada Interamericana de Direito Internacional Privado – CIPID* e pela *Conferência de Haia de Direito Internacional Privado*, que há muito anos incursionam em temas da criança e da família, já tendo firmado importantes convenções a respeito.

O que todos desejamos é que os avanços produzidos na proteção internacional da criança, incorporados ao Direito positivo brasileiro e latino-americano, mediante a paulatina ratificação das convenções internacionais pelos países de nossa região, não se restrinjam apenas à dimensão normológica, pois a criança desamparada, centro de nossas preocupações e valor fundamental a defender, somente terá assegurada a efetiva proteção de seus direitos pelo ponderado labor dos que atuam nessa delicada área, na qual, infelizmente, ainda grassam muitos preconceitos e equívocos.

Diante do objetivo maior de encontrar uma nova família para as crianças segregadas e eternizadas nas instituições de amparo e diante dos laços cada vez mais sólidos entre nações e culturas, estamos que fazer da adoção internacional um cenário de confrontos, mediante a invocação da soberania como valor político superior, é contrapor-se ao interesse social de proteção ao menor e à própria essência da metamorfose do mundo atual, onde nada é mais natural do que o intercâmbio entre os povos.

2 A DIALÉTICA ENTRE SOCIEDADES RICAS E POBRES: SOCIEDADES DEMOGRAFICAMENTE CONTROLADAS E SOCIEDADES COM EXPLOSÃO DEMOGRÁFICA

A pretensão de resolver pela adoção, seja nacional ou internacional, a situação dos expressivos contingentes de crianças marginalizadas, nos países mais pobres, constitui-se, talvez, num dois maiores equívocos em torno do tema, resultante de uma confusão conceitual entre abandono e pobreza. Geralmente, os motivos que levam à institucionalização da maioria das crianças, em nosso país e na América Latina, não são o abandono, a violên-

cia, a negligência ou a rejeição por parte dos pais, mas as precárias condições de vida que conduzem à desestruturação de milhões de famílias integrantes dos chamados *núcleos duros de pobreza*. Quanto mais perversa a distribuição da riqueza em um país, maior o número de famílias desestruturadas e de crianças entregues à própria sorte. Quanto maior a redução dos níveis de emprego, maiores também as taxas de pobreza e indigência.

A melhor distribuição da renda e a implementação de políticas sociais básicas visando proteger e orientar as famílias excluídas do processo de desenvolvimento, nas quais se concentram as *crianças adotáveis*, irão permitir que elas próprias cuidem melhor de seus filhos, prevenindo o abandono e a institucionalização. A educação, requisito essencial de qualquer projeto de desenvolvimento econômico, deve ser incluída nesta análise, pois, indubitavelmente, melhora o nível de vida, especialmente do sexo feminino. As mulheres de melhor nível de instrução, além de terem mais condições de cuidar, têm menor número de filhos.

Outro aspecto sobre o qual não se pode silenciar ao abordar o tema, como lembrou *Didier Opperti Badán*,³ “*es el de la dialéctica – que tiende a agudizarse –, entre sociedades ricas y pobres, sociedades demográficamente controladas y sociedades con explosión poblacional, entre sociedades con niñez abandonada y sociedades con apetentes de hijos adoptivos, entre sociedades en paz y en guerra*”.

A nosso ver, embora a adoção internacional retrate de forma inequívoca a desigualdade estrutural entre países ricos e pobres, ela não pode ser encarada como mera reprodução, no plano individual, de situações de injustiça e de exploração existentes no plano econômico. A posição estruturalista, segundo *Rui Muggiati Sobrinho*,⁴ tem o inegável mérito de colocar em realce as injustiças que as estruturas sociais provocam, seja no plano interno, seja no plano internacional. Dessas distorções, a situação de muitas crianças é um dos mais dolorosos reflexos. No confronto entre o enfoque social e o enfoque pessoal, a solução não pode ser outra senão a concretização do projeto pessoal, em consideração à criança e à pessoa que ela encarna. Enfim, não se pode pretender que a criança seja relativizada nos confrontos da estrutura social, em que vivencia a situação limite do abandono. Absolutamente nada pode ser exigido dela, para que as estruturas sociais sejam reformadas, muito menos o sacrifício de sua colocação em família substituta estrangeira.

3 BADÁN, Didier Opperti. La adopción internacional. *Revista Uruguaya de Derecho de Familia* 6/69.

4 MUGGIATTI SOBRINHO, Rui. Adoção internacional: uma reflexão crítica. *Revista da Associação dos Magistrados do Estado do Paraná* 49/529, Curitiba.

A colocação em família substituta, seja nacional ou estrangeira, deve ser encarada como um remédio subsidiário, e não principal, para o desamparo da criança. Sua excepcionalidade, como recurso jurídico perante as diversas situações que conduzem ao abandono dos menores, leva à priorização da família de origem. Somente não existindo quem cumpra razoavelmente as funções de assistência à criança na família biológica e não sendo possível mantê-la junto dela é que se recorre aos meios subsidiários de proteção. Se ela não estiver em situação de desamparo ou violada em seus direitos pelos próprios pais, não se deve modificar a sua filiação.

No dizer de *Nora Lloveras*:⁵

“La adopción no puede seguir funcionando como el egresso del menor de cualquier situación de quiebra familiar, o con una visión economicista, tendiente a mejorar las calidades patrimoniales de los padres – ahora adoptivos –, como se ‘fuera mejor’ que el menor se desprenda de su pertenencia anterior, para ‘estar mejor’ com el nuevo núcleo que se puede proporcionar mejores condiciones de vida especialmente economicas.”

3 A EXCEPCIONALIDADE DA ADOÇÃO INTERNACIONAL

O “princípio da prioridade da própria família” ou “princípio da excepcionalidade da adoção internacional” não pode ser considerado absoluto e, em seu nome, não se pode impedir ou dificultar as adoções, impondo-lhes exigências rigorosas, tanto de fundo como de forma. Embora a falta ou carência de recursos materiais não seja motivo suficiente para a destituição do pátrio poder-dever (ECA, art. 23), não se pode admitir que uma criança permaneça no núcleo familiar de origem em situação de abandono psicológico ou desamparo físico e material. Não reunindo os pais condições pessoais mínimas de cumprir, satisfatoriamente, as funções que lhes são exigidas, ou seja, os deveres e obrigações de sustento, guarda e educação, e uma vez exauridas as possibilidades de manutenção dos vínculos com a família natural, o caminho da colocação em família substituta deve ser aberto, sem restrições. Somente depois de busca, infrutiferamente, a reinserção em família substituta nacional é que se considera a possibilidade da adoção internacional.

5 LLOVERAS, Nora. *La adopción*. Buenos Aires: Depalma, 1994.

É indubitável que toda criança tem o direito de ser criada e educada em sua própria família, em seu próprio país e na sua própria cultura. Como reconheceram a *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, a *Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança* e o *Pacto de São José da Costa Rica*, toda pessoa tem o direito de conservar a sua nacionalidade. Deste direito fazem parte a manutenção dos vínculos com a família, a terra, as tradições, a cultura e a língua materna. Por isso mesmo, conforme reconhece a moderna tratativa supranacional, o rompimento do processo de interação com aqueles que estão ligados pelos vínculos familiares e pelas mesmas raízes só se justifica em caráter de excepcionalidade. Não encontrando a criança uma alternativa possível de colocação familiar dentro de seu próprio país, não se pode privá-la de encontrar o seu bem-estar e felicidade junto de uma família estrangeira.

4 PROBABILIDADES DE ÊXITO DE UMA CRIANÇA NUMA SOCIEDADE DIVERSA

Do ponto de vista sociocultural, a todo instante surgem questionamentos sobre as probabilidades de êxito de uma criança numa sociedade cultural, lingüística e racialmente distinta de sua origem. As investigações realizadas em diversos países já oferecem condições de avaliar se as crianças adotadas por estrangeiros, hoje adolescentes ou adultos, têm tido problemas dessa ordem. As pesquisas científicas realizadas na Suíça e na Suécia, assim como a rica experiência dos antigos Juizados de Menores, nesse campo, revelam que a maioria das adoções internacionais, feitas com a rigorosa observância dos critérios legais, tem alcançado notável sucesso na sua finalidade superior de promover a integração plena da criança em seu novo meio familiar e social. Como bem ponderou *Denise Spring-Duvoisin*,⁶ autora de uma importantíssima investigação com 300 adoções internacionais, isto por si só bastaria para tranquilizar todos os opositores da adoção internacional, mesmo que uma baixa percentagem de casos haja conhecido insucesso. O êxito dessas adoções comprova, mais uma vez, o que de há muito a sublime instituição vem demonstrando: *que os vínculos familiares se nutrem muito mais de afeto do que de sangue.*

6 SPRING-DUVOISIN, Denise. *L'adoption internationale: que sont-ils devenus?* Lausanne (Suíça): Editions Advimark, 1986.

Em que pesem todos os problemas que a envolveram, a adoção transnacional culminou por converter-se em prestigiosa figura jurídica, exaustivamente discutida nos fóruns internacionais. O notável interesse em torno da instituição acabou por gerar intensos estudos jurídicos sobre a matéria e profundas modificações na normativa legal existente. Aprovaram-se diversas declarações, tratados e convenções internacionais sobre o assunto, que tiveram decisiva influência no desenvolvimento da legislação dos diferentes países, de tal sorte que, atualmente, o novo instituto da adoção internacional pode ser considerado, conforme a feliz expressão de *Opperti Badán*, “*patrimonio comun de los Estados*”.

5 TRÁFICO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS

A existência do hediondo tráfico de crianças (prostituição, exploração sexual, pornografia, matrimônio, mão-de-obra barata, mendicância, roubo e outras atividades ilícitas), nova forma de violação dos direitos da infância que tanto influenciou a situação negativa que se faz sentir em relação à adoção internacional, é uma vergonhosa e inocultável realidade do mundo de nossos dias, conforme apontaram os relatórios produzidos pelas *Nações Unidas* e por diversas organizações não governamentais de reconhecida idoneidade. Diante da sofisticação cada vez maior do crime organizado, não se pode descartar, de plano, a possibilidade do tráfico até mesmo para fins de transplante de órgãos, muito embora as inúmeras denúncias veiculadas pela imprensa não tenham sido comprovadas.

Ressalte-se que os relatórios produzidos em 1992 e 1993 pelo tailandês *Vitit Muntarbhorn*, então presidente da *Subcomissão de Modernas Formas de Escravidão das Nações Unidas*, deram especial ênfase à enorme demanda por órgão humanos, bem superior à oferta, admitindo que “...*habida cuenta las provas irrefutables de que existe un comércio de órganos de adultos, pesa sobre los niños una amenaza constante*”. No relatório de 92, consta uma advertência da *Organização Mundial de Saúde – OMS*, em que claramente se admite a existência do tráfico de órgãos humanos.

Da mesma forma, o grupo de trabalho criado pelo *Conselho da Europa*, em sua primeira reunião, realizada em 1992, preocupado com a difusão do comércio de órgãos, observou que “*la compra y venta nacional e internacional de órganos humanos constituía una realidad y su intensificación provocaba preocupación*”.

A escassez de órgãos disponíveis nos países desenvolvidos foi apontada por fontes idôneas do meio médico europeu como a causa principal do tormentoso problema, que estaria relacionado com os seqüestros e desapareções ocorridas nos diversos países do terceiro mundo.

As preocupações da comunidade internacional e da *Organização das Nações Unidas* com o problema do tráfico internacional de menores culminaram por produzir importantes instrumentos que vieram contemplar e sancionar tais atividades.

Assim, a *Convenção sobre os Direitos da Criança das Nações Unidas*, de 1990, deu especial atenção ao problema, comprometendo-se os países signatários à adoção de “medidas de caráter nacional, bilateral e multigeral, que sejam necessárias para impedir o seqüestro, a venda e o tráfico de crianças para qualquer fim, em qualquer de suas formas”.

Também a *Convenção de Haia*, de 1993, subscrita inicialmente por 67 países, procurou evitar o tráfico e o seqüestro de crianças. Com o objetivo de preservar a adoção internacional, instituiu mecanismos efetivos de cooperação entre os países, estabelecendo, numa série de considerações bastante pormenorizadas, efetivas garantias para as crianças adotivas. Como a mais relevante, foi ressaltado o sistema de *Autoridades Centrais* a ser estabelecido em cada país, as quais deterão a responsabilidade última de vigiar todos os aspectos de uma adoção internacional, nas suas diversas fases.

A *Convenção Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores*, realizada no México em 1995, informada pelo princípio da proteção integral e efetiva do menor, representa, indubitavelmente, o mais importante documento internacional sobre o tormentoso tema. Conforme demonstrado, estabeleceu minuciosas normas de prevenção e sanção do tráfico, nos aspectos civis e penais, visando à proteção dos direitos fundamentais e dos superiores interesses do menor. Sua importância ainda mais se avulta em razão das obrigações assumidas pelos Estados-partes, que se comprometeram a adotar medidas eficazes, conforme seu Direito interno, para sancionar o malsinado tráfico internacional de menores e estabelecer mecanismos de assistência mútua, intercâmbio e cooperação. Dentre eles, o referido sistema de cooperação internacional entre autoridades (*Autoridades Centrais*), já consagrado na *Convenção de Haia*, de 1993. O que se espera é que não só os Estados signatários integrantes do sistema interamericano promovam o quanto antes a ratificação do expressivo instrumento, mas também que recebam a adesão dos países dos demais continentes, conforme o permitido contido em seu artigo 30.

Diante da moderna ordem legislativa internacional, dos mecanismos de defesa e proteção por ela introduzidos e das modificações que se operaram na legislação interna dos diferentes países visando coibir o tráfico internacional de menores, os procedimentos criminosos que se verificaram, divulgados com grande repercussão nos meios de comunicação, não podem mais servir de justificativa para a extinção ou dificultação das adoções por estrangeiros. Devem ser combatidos com todo o rigor da lei, impondo-se que os mecanismos de controle examinados neste estudo, já instituídos em âmbito nacional e internacional, cuidem de eliminá-los operacionalmente.

6 ALGUMAS QUESTÕES DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

A adoção internacional, conforme se tem proclamado, constitui um dos problemas de mais difícil solução no campo do Direito Internacional Privado.

No que se refere aos diferentes critérios de solução para o difícil problema da *lei aplicável às condições de fundo*, a normativa internacional tem se inclinado para a conveniência da solução *distributiva*, que procura atender às condições impostas pelas leis em confronto, segundo o critério da repartição.

A aplicação do *critério distributivo*, que conta com maior apoio doutrinário, respeita a característica internacional da instituição em estudo, impedindo as chamadas *adoções claudicantes*, sem recorrer à solução cumulativa de quase impossível aplicação. Critério este que, na tentativa de conciliar os requisitos da lei do adotante com os da lei do adotado, conduz a um tal número de impedimentos que torna praticamente impossível a adoção internacional. O *Código de Bustamante*, de 1928, e a *Convenção Interamericana sobre o Conflito de Leis em Matéria de Adoção de Menores*, firmada em La Paz, em 1984, consagraram a aplicação distributiva das leis em conflito nos artigos 4.º e 73, respectivamente. A ressalva da parte final do artigo 4.º da Convenção em evidência resguarda adequadamente os interesses da criança, ao inclinar-se para a aplicação da *lei do adotado*, quando os requisitos da *lei do adotante* forem manifestamente menos restritivos do que aqueles exigidos pela lei da residência habitual do adotado.

A adoção transnacional, por criar um vínculo duradouro através do tempo, suscita conflitos de leis não apenas ao tempo de sua constituição, mas nas diversas etapas subseqüentes de seu desenvolvimento. Assim, a lei aplicável aos efeitos da adoção também pode não coincidir com a lei aplicável à relação adotiva no momento de sua constituição. A lei que governará

tais relações deverá ser a mesma dos filhos legítimos dos adotantes. Em matéria sucessória, a maior parte da doutrina excluiu a aplicação pura e simples da *lex adoptionis*, optando pela *lex successionis*. Se, contudo, a lei que criou o vínculo veda o direito sucessório, este não poderá ser reconhecido ao filho adotivo, ainda que previsto na lei sucessória aplicável.

O assunto foi regulado tanto pela *Convenção Interamericana de La Paz*, de 1984, como pela *Convenção de Direito Internacional Privado de Haia*, de 1993. A primeira, ao dispor no artigo 11 que “*los derechos sucesorios que corresponden al adoptado o adoptante (o adoptantes) se regirán por las normas aplicables a las respectivas sucesiones*”. Dispõe, ainda, que na *adoção plena* e figuras afins terão os mesmos direitos que correspondem à filiação legítima. A segunda, ao estabelecer que as adoções realizadas na sua conformidade serão automaticamente reconhecidas pelos outros países contratantes (art. 23) e que a criança adotada passará a gozar de direitos equivalentes, no país de acolhida e em qualquer outro país contratante, se a adoção concedida tiver o efeito de romper os laços anteriores de filiação.

No que diz respeito à importante questão da determinação da *jurisdição competente* para conhecer e decidir sobre a constituição da adoção internacional, por ser tratar de matéria de interesse público (todo Estado tem o dever de proteger a sua infância), deve ser delegada inteiramente às normas internas do ordenamento a que está subordinado o adotado.

As autoridades judiciais ou administrativas de cada país exercem uma função tutelar e de proteção sobre os menores domiciliados em seu território e, por via de consequência, somente elas poderão decidir se a criança, sob sua jurisdição, está ou não em condições de ser adotada. É o que preceitua o artigo 4.º da *Convenção de Haia* de 1993, ao estabelecer que as adoções regidas pela Convenção só serão realizadas se as autoridades competentes do país de origem “estabelecerem que a criança é adotável”. Assim, o Juiz, ou a autoridade administrativa, só pode ser aquele em cuja jurisdição a criança tem a sua residência habitual, mesmo porque a constituição do vínculo adotivo está subordinada às normas internas do ordenamento legal a que pertence a autoridade. Também a anulação ou a revogação de uma adoção deverá ser pronunciada pelo Juiz do Estado de residência habitual do adotado, que somente assim terá a certeza de que a adoção se extinguiu por causas previstas na sua própria legislação e não por motivos estranhos. Para a conversão da adoção simples em plena, poderá o requerente optar entre as várias jurisdições competentes, medida que somente favorece o menor.

Finalmente, quanto aos elementos de conexão, a *residência habitual* constitui solução mais adequada à proteção dos interesses da criança do que os tradicionais e superados *nacionalidade* e *domicílio legal*, o primeiro com seus complexos problemas políticos e o segundo nem sempre coincidente com o país da verdadeira e estável residência da criança, suscitando problemas subjetivos de investigação e prova da intenção de permanência e ânimo definitivo de viver em determinado lugar. A conexão *residência habitual* é a adotada pelas modernas convenções internacionais: *Convenção sobre Autoridades Competentes e Lei Aplicável em Matéria de Proteção de Menores* (Haia, 1961), *Convenção Interamericana sobre Restituição de Menores* (Montevideu, 1989) e *Convenção Interamericana sobre Obrigações Alimentares* (Montevideu, 1989). E, ainda, pelas convenções examinadas neste estudo: *Convenção Interamericana sobre Conflito de Leis em Matéria de Adoção de Menores* (La Paz, 1984), *Convenção Internacional sobre a Proteção de Crianças e a Colaboração em Matéria de Adoção* (Haia, 1993) e *Convenção Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores* (México, 1994).

7 DIREITO COMPARADO

O estudo do Direito comparado demonstra que os três princípios reitores da *Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança* e da *Convenção de Haia de Direito Internacional Privado relativa à Proteção de Crianças e Colaboração em Matéria de Adoção*, de 29 de maio de 1993 – o *superior interesse do menor*, o *princípio da excepcionalidade* e a *instituição da autoridade central e entidades autorizadas* –, encontraram acolhimento quase unânime no Direito interno mais recente de diversos países. O *interesse do menor*, por exemplo, é reconhecido como principal objetivo da adoção no Brasil (Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 43), Bolívia (Código do Menor, art. 63), Colômbia (Código de Menores, arts. 88 e 93), Equador (Código de Menores, arts. 1, 8 e 9), Peru (Código das Crianças e Adolescentes, art. 8), Albânia (Lei 7.650/82, arts. 1, 2, 3, 4, 5 e 48), Romênia (Lei de 5 de julho de 1991, arts. 6, 66, 81 e 85), Polônia (Código de Família, arts. 114, 119, 127), El Salvador (Decreto 677/93, art. 165) e Honduras (Decreto-lei de 19 de outubro de 1992, Cap. II).⁷

7 CALVENTO, Ubaldino Solari. *Legislación atinente a la niñez en las americas*. Buenos Aires: Depalma, 1995.

O princípio da excepcionalidade da adoção internacional, acolhido no artigo 21-b da *Convenção dos Direitos da Criança das Nações Unidas*, de 1990, e no artigo 4-b da *Convenção de Haia* de 1993, é também consagrado no Direito interno de um grande número de Estados, em especial nas legislações dos países tradicionalmente provedores de menores: Brasil, art. 31 do Estatuto da Criança e do Adolescente; Bolívia, art. 69 da Lei 1.403, de 18 de dezembro de 1993 (Código del Menor); Equador, art. 104 da Lei de 16 de julho de 1992 (Código de Menores); Colômbia, art. 107 do Decreto 2.737, de 27 de novembro de 1989 (Código de Menores); Peru, art. 139 do Dec.-lei 26.106, de 28 de dezembro de 1992; Polônia, art. 9.º do Decreto de 17 de agosto de 1993; Romênia, art. 3.º da Lei de 5 de julho de 1991; Albânia, art. 8.º da Lei 7.650 de 19 de dezembro de 1992; El Salvador, art. 184 do Decreto 677, de 11 de outubro de 1993; Honduras, art. 120 da reforma da Lei de Adoção de 19 de outubro de 1993; Índia, Resolução de 4 de julho de 1989, revista em 1992.

As legislações mais recentes também prevêm a introdução do novo instrumento da Autoridade Central para a gestão das adoções transnacionais. De acordo com a *Convenção de Haia* de 1993, cada país nomeará uma Autoridade Central para desincumbir-se das tarefas impostas e tomar todas as medidas para “facilitar, seguir e acelerar o processo em vista da adoção” (art. 6.º). Será estabelecido um sistema internacional de cooperação entre as Autoridades Centrais dos *países de origem* e dos *países de acolhimento*, que funcione como pólo controlador da lisura do processo de adoção. A instituição da Autoridade Central foi acolhida em diversas legislações, dentre elas a do Brasil, art. 52 do ECA (*Comissões Estaduais Judiciárias de Adoção*), Bolívia, arts. 99 a 104 (*Organismo Nacional*), Colômbia, art. 118 *et seq.* (*Instituto Colombiano de Bienestar Familiar*), Chile, art. 42 (*Serviço Nacional de Menores*), Equador, arts. 115 a 118 (*Departamento Técnico de Adopciones*), Peru, art. 134 (*Secretaría Técnica de Adopciones*), Índia, Resolução de 4 de julho de 1989, revista em 1992 (*Central Adoption Resource Agency*), Honduras (art. 20), Polônia, art. 9.º do Decreto de 17 de agosto de 1993 (*Publiczny Osrodek Adopcyjno-Opiekunczy* ou *Centro Público de Adoção e Tutela*); Romênia, arts. 6.º a 10 (*Comitê Romeno para Adoção – CRA*) e Albânia, arts. 6.º a 10 (*Comitê Albanês para Adoção – CAA*).⁸

Obteve-se, assim, por via do Direito Internacional, uma notável modernização e integração das legislações nacionais de proteção à criança. A

8 VERECHIA, Stefano. L'adozione dei minori. Studio comparato della recente legislazione e de nuove convenzioni. In: *L'adozione internazionale*. Milano: Franco Angeli, 1995.

ratio legis das três pilastras tomadas em consideração – *excepcionalidade, interesse superior e Autoridades Centrais* – tem claramente por objetivo a salvaguarda dos superiores interesses dos menores, que a liberalização das fronteiras e o deslocamento cada vez mais intenso de pessoas entre países colocam em perigo. Sem dúvida, os direitos assegurados pela instituição da adoção internacional ao enorme contingente de crianças transferidas de um país para outro somente poderão ser efetivamente garantidos mediante uma ampla e estreita cooperação entre os Estados, conforme demonstra o recente desenvolvimento do *Direito Internacional Privado Convencionado*.

Do ponto de vista jurídico, as garantias desejáveis para a adoção internacional podem ser assim resumidas:

- a) determinação das autoridades competentes para pronunciá-la, a lei que deve por elas ser aplicada e a definição do procedimento a seguir;
- b) assegurar que a adoção seja reconhecida nos países envolvidos;
- c) impedir que se concedam autorizações de adoção sem as necessárias precauções;
- d) estabelecer preferência de organizações confiáveis, devidamente credenciadas, em lugar de indivíduos que atuam como intermediários;
- e) vedação de adoções por procuração;
- f) punição dos responsáveis pelas adoções realizadas com fraude às leis nacionais e internacionais;
- g) melhor controle das autorizações de viagens internacionais e emissão de passaportes para menores;
- h) respeito aos princípios básicos já mencionados, consagrados pela *Convenção das Nações Unidas* sobre direitos da criança e *Convenção de Haia* relativa à adoção.

8 A ADOÇÃO NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: SUGESTÕES PARA UMA FUTURA REVISÃO LEGISLATIVA

O *Estatuto da Criança e do Adolescente*, numa retrospectiva histórica, representou um marco evolutivo de nossa legislação, pelos enormes avanços que introduziu. No campo específico da adoção, liberalizou a instituição, diminuindo-lhe as exigências; consagrou a adoção de efeitos plenos como modalidade única e estabeleceu as garantias desejáveis para a adoção inter-

nacional, até então inexistentes. O novo diploma brasileiro, além de reconhecer o interesse do menor como o principal objetivo da adoção (art. 43), consagrou também o princípio da excepcionalidade da adoção internacional (art. 31) e ensejou a possibilidade de criação das Comissões Estaduais Judiciárias de Adoção (art. 52), que, de certa forma, vêm desempenhando o papel de Autoridades Centrais.

Entre as principais garantias estabelecidas pelo legislador pátrio estão a vedação das adoções por procuração (art. 39, parágrafo único); a proibição da saída do adotando do território nacional antes de consumada a adoção (art. 51, § 4.º); a participação das agências especializadas e credenciadas no país de origem (art. 51, § 1.º); a instituição do registro centralizado de estrangeiros interessados na adoção (art. 52, parágrafo único) e a punição dos atos destinados ao envio de criança ou adolescente ao exterior com a inobservância das formalidades legais ou com a finalidade de obter lucro (art. 239).

A seguir, apontamos alguns pontos que a nosso ver devem ser revistos numa futura reforma do Estatuto:⁹

- a) mudança da atual sistemática do estágio de convivência, por se tratar de uma verdadeira ficção legal e representar um retrocesso legislativo até mesmo se comparada com o sistema do código anterior. Somente ao Juiz caberá, *em cada caso*, fixar qual a duração do estágio a ser submetido o adotante estrangeiro, não devendo mais prevalecer o prazo legal fixado pelo legislador no art. 46, § 2.º, do Estatuto da Criança e do Adolescente. O estágio poderá, ao prudente critério da autoridade judiciária, ser substituído por um estudo de compatibilidade;
- b) uma regulamentação mais precisa e clara do procedimento relativo à obtenção dos consentimentos, suspensão e destituição do *pátrio poder-dever*;
- c) a indispensabilidade da presença do advogado, tanto no procedimento de jurisdição contenciosa como voluntária;
- d) proibição das *adoções diretas* ou *independentes*, por se tratar de foco de irregularidades, conforme tendência das modernas legislações (Albânia, Colômbia, Coreia, Equador, Índia, Indonésia, Peru, Polônia, Romênia);

9 MARTINS COSTA, Tarcísio José. *Adoção transnacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 397-398.

- e) estabelecer a obrigatoriedade das Comissões Estaduais Judiciárias de Adoção, fixando prazos para a sua instalação, por ser medida necessária, salutar e urgente;
- f) regulamentar e outorgar às CEJAs ou CEJAIs as funções conferidas às Autoridades Centrais, previstas nos arts. 7.º a 9.º e 18 a 21 da *Convenção de Haia* de 1993;
- g) proibir o consentimento da mãe biológica antes de decorrido o prazo de pelo menos seis semanas, a contar da data do nascimento da criança, solução acolhida em algumas legislações com o objetivo de resguardar a manifestação da vontade de qualquer vício que possa inquiná-la de nulidade (Suíça, Portugal, Reino Unido, Suécia e outros);
- h) fixar o prazo de no mínimo dois meses para a revogação do consentimento dado pelos pais biológicos, tal como previsto no art. 1.983, 1, do Código Civil de Portugal. Escoado este prazo, o consentimento só poderia ser revogado se o menor não se encontrar acolhido por alguém que pretenda adotá-lo;
- i) permitir expressamente a mudança do lugar de nascimento e, em casos excepcionais, a modificação da própria data de nascimento, nunca por mais de seis meses, medida que tem por objetivo a proteção dos filhos adotivos e a superior finalidade de sua completa integração sociofamiliar, conforme admitido no Código de Matrimônio e Família da extinta União das Repúblicas Socialistas Soviéticas;
- j) proibir a consumação da adoção de um dos filhos do cônjuge se houver exclusão de um outro filho, salvo por motivos justificados e plenamente comprovados, solução já adotada pela lei venezuelana de 18 de julho de 1983, em seu artigo 10;
- k) proibir, por qualquer meio de divulgação, inclusive Internet, que informações atinentes às crianças e adolescentes possam ser difundidas no exterior, conforme vedação existente no art. 9 do Decreto de 17 de agosto de 1993 do Ministério da Educação da Polônia. Toda informação deverá ser repassada, em caráter reservado, pelas CEJAs ou CEJAIs, que estabelecerão os mecanismos necessários de intercâmbio de informação com as Autoridades Centrais dos países de acolhimento;
- l) legislar expressamente a cláusula de inseparabilidade dos irmãos, cuja separação somente poderá ocorrer em circunstâncias excepcionais e no melhor interesse do menor.

9 CONCLUSÃO

Finalmente, é dentro do contexto de inescapável mundialização em que vivemos que a adoção internacional deve ser inserida.

A revolução dos meios de comunicação, a integração dos países em blocos econômicos, a flexibilização das fronteiras, o aumento das uniões entre homens e mulheres de diferentes nacionalidades e o intenso deslocamento de pessoas além-fronteiras cada vez mais aproximam os povos, permitindo-lhes que melhor se conheçam e se tratem mais solidariamente. Portanto, nada mais natural no mundo de hoje do que o intercâmbio entre as nações e os povos.

Não se pode, entretanto, esquecer os imensos obstáculos a superar, em especial o de compatibilizar não só legislações, mas, principalmente, costumes e culturas distintas. Não obstante, impõe-se enfrentar a questão das crianças desamparadas, centro de todas as preocupações e valor fundamental a defender, sem preconceitos ou condicionamentos ideológicos prévios. Como os valores familiares e humanos estão acima dos valores difusos, como pátria, cultura, língua e outros, não se pode transformar o instituto humaníssimo da adoção internacional em cenário de confrontos, seja pela reafirmação injustificada de nacionalismos, seja pela invocação da soberania como valor politicamente superior.

10 BIBLIOGRAFIA

- BADÁN, Didier Opperti. La adopción internacional. *Revista Uruguaya de Derecho de Familia* 6.
- CALVENTO, Ubaldino Solari. *Legislación atinente a la niñez en las Americas*. Buenos Aires: Depalma, 1995.
- _____. *Derecho internacional sobre la niñez*. Instituto Interamericano del Niño. Montevideú, 1996.
- LLOVERAS, Nora. *La adopción*. Buenos Aires: Depalma, 1994.
- LUTHER KING, Martin. *O grito da consciência*. Rio de Janeiro: Exposição e Cultura, 1968.
- MARTINS COSTA, Tarcísio José. *Adoção transnacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- MUGIATTI SOBRINHO, Ruy. Adoção internacional: uma reflexão crítica. *Revista da Associação dos Magistrados do Estado do Paraná* 49, Curitiba.

SPRING-DUVOISIN, Denise. *L'adoption internationale: que sont-ils devenus?* Lausanne (Suíça): Editions Advimark, 1986.

VERECHIA, Stefano. L'adozione dei minori. Studio comparato della recente legislazione e de nueve convencioni. *In: L'adozione internazionale*. Milano: Franco Angeli, 1995.

GUARDA E DIREITO DE VISITA

Sílvio Neves Baptista

Advogado

Professor de Direito Civil na Faculdade de Direito da Universidade Federal e na Universidade Católica de Pernambuco

Sumário

1. Introdução. As peculiaridades do Direito de Família segundo *Rudolf von Jhering*. 2. As dificuldades do tema. 3. Conceito de guarda. 4. A guarda na Lei do Divórcio. 5. Interesse do menor. 6. Do direito de visita. 7. Sobre a visita dos avós. 8. Bibliografia.

1 INTRODUÇÃO. AS PECULIARIDADES DO DIREITO DE FAMÍLIA SEGUNDO *RUDOLF VON JHERING*

Os estudos do Direito de Família se revestem de peculiaridades não encontradas em nenhum outro campo do Direito, pois versam sobre objeto que a ordem jurídica não pode disciplinar internamente, quer em razão da sua própria natureza, quer pelo caráter complexo das suas relações.

A família é um corpo social impenetrável, cerrado e protegido da interferência dos outros, inclusive da ordem jurídica. *Jhering*¹ falava de um “poder fechado” – “*das Haus, ein Asyl*”, “a casa, um asilo” – para aludir ao disciplinamento interno da família, ordenado pelos seus próprios membros e impeditivo da intervenção de terceiros nos negócios domésticos.

Por isso nenhuma lei se arriscaria a dizer como os casais deveriam cumprir seus deveres específicos, ou de que maneira os pais deveriam exercer o pátrio poder. A lei determina que os pais devem dirigir a criação e educação dos filhos, mas não diz de que maneira deveriam criá-los ou educá-los; fala no

1 *Geist des römischen rechts auf den verschiedenen stufen seiner entwicklung*. 7. ed., Leipzig: Druck und Verlag von Breitkopf & Haertel, v. 2, 1.ª parte, 1929, p. 156.

dever de companhia e guarda, todavia não descreve a modalidade de exercício. Os códigos de família de todos os povos estabelecem os deveres recíprocos dos cônjuges, inclusive o de coabitação,² mas ninguém de bom senso poderia imaginar como seriam as normas disciplinadoras da prática do ato sexual. O Juiz pode o mais mas não pode o menos. Pode até destituir um pai do pátrio poder se ficar provado que ele abusou do exercício, porém não diz nem poderia dizer como esse pai deve executar os encargos parentais. Se, por exemplo, um dos cônjuges se recusa a manter relação sexual com o parceiro, o outro pode requerer a dissolução da sociedade conjugal; contudo, querendo manter o casamento, não tem como pedir ao Juiz a execução específica.

Escreveu *Jhering*³ a propósito que “a tentativa de semelhante regulamentação jurídica seria tão perniciosa, se exporia tanto a ferir profundamente o sentimento moral, que degeneraria em imoralidade e torpeza. À medida que o sentimento se torna mais delicado, mais nobre e puro na sua expressão real, mais facilmente seria ferido com semelhante profanação. O Direito não tem regras para a vida que nela se desdobra, nem para as relações existentes, nem para os litígios (íntimos) que ela suscita”. E concluiu o citado autor: “A vida íntima da família desenvolve-se por si mesma, sem que lhe tenha acesso a prosa árida do direito.” Esse fenômeno foi por ele denominado de “concentração interior” da família.⁴ É a “concentração” que “impede o direito de aproximar-se da família”, faz com que as suas regras esbarrem na periferia de institutos como casamento, concubinato, pátrio poder, filiação, guarda, direito de visita. Seu disciplinamento interno é cultural, ditado pela compreensão, pelo bom senso e sobretudo pelos laços de amizade que unem os elementos do grupo familiar.

As dissensões são resolvidas *intra muros*, sem a participação externa de quem quer que seja, ressalvadas apenas as intervenções de caráter excepcional, ora para impedir a prática de ação criminosa (torturas, maus-tratos, cárcere privado), ora para evitar que se ultrapassem os quadros da normalidade e se comprometa a própria estrutura familiar.

2 “Coabitação” está aí no sentido que lhe emprestou o Professor Álvaro Vilaça Azevedo. (*Dever de coabitação*: inadimplemento. São Paulo: Buschatsky, 1976, p. 17-18). Diz ele: “Fica mais nítido o significado do vocábulo *coabitação* como o ato de *coabitar*, de manter relações sexuais na vida íntima, no casamento ou fora dele. Daí o sentido de *coabitar*, ventilado pelos dicionaristas, que, baseados na sua descendência de *habeo*, *es*, ter, haver, possuir, como vimos, conceituam-no como ter ou manter relação sexual, lícita ou ilícita, viver junto na mesma casa sob o casamento ou não, viver intimamente, ter relação habitual, lícita ou ilícita, com pessoa de outro sexo.”

3 *Op. cit.*, p. 195.

4 *Gesicherten abgeschlossenheit*. *Op. cit.*, p. 198.

2 AS DIFICULDADES DO TEMA

Há nos temas de guarda e direito de visita pelo menos quatro dificuldades: a primeira é a redoma ética que encobre a família, de que nos fala *Jhering*, conforme acima comentado, impedindo a criação de normas legais que explicitem o modo como os direitos de família devem ser exercitados; a segunda decorre da circunstância de que, ao lado de questões estritamente jurídicas, existem graves problemas de natureza moral e psicológica;⁵ a outra resulta de que, dada a grande diversidade de situações, a matéria exige uma regulamentação genérica e flexível, com a inconveniência de que a extrema generalidade dos princípios ou normas pode comprometer sua aplicação aos casos concretos; e, por último, o fato de que guarda e direito de visita existem em função dos menores, objetivando manter o contato freqüente entre pais e filhos após a separação conjugal, segundo os interesses destes, mas a lei, paradoxalmente, pauta e organiza o seu exercício como se o interesse fosse dos pais.

3 CONCEITO DE GUARDA

A guarda constitui um dos deveres integrantes do conteúdo do pátrio poder. Na concepção moderna o pátrio poder compreende o conjunto de deveres que a ordem jurídica impõe aos pais em relação à pessoa e aos bens dos filhos.⁶ Até bem pouco tempo definia-se o pátrio poder como um direito dos pais, porém hoje ele é considerado um complexo de deveres dos mesmos em relação aos filhos e aos bens destes, inclusive em casos de aparente exercício de direito (como dirigir-lhes a educação, castigar moderadamente, dar-lhes consentimento para o casamento, administrar-lhes os bens), pois todos esses casos representam deveres a serem cumpridos no interesse e em proveito dos filhos. O próprio usufruto legal constitui um dever dos pais para a proteção dos bens dos filhos menores, devendo cumprir tudo o que a Lei Civil estabelece nos artigos 729, 732, 733, I, 733,

5 MARTHALER, Maurice. *Le droit de visite des parents séparés de leurs enfants*. Neuchâtel: Delachaux & Niestlé, 1963, p. 7.

6 GERNHUBER, Joachim. *Lehrbuch des familiensrechts*. 2. ed., München: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1971, p. 548; ELIAS, Roberto João. *Pátrio poder*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 105; PACE, P. J. *Family law*. Plymouth: Macdonald & Evans, 1981, p. 198.

II, 735, só não estando obrigados a prestar a caução *de bene utendo* a que se refere o artigo 731, II, do Código Civil.⁷

Ensina *Eduardo de Oliveira Leite*⁸ que “o direito de guarda, exercido pelos pais em relação aos filhos, é antes um dever de assistência material e moral do que uma prerrogativa. Acarreta obrigação dos pais relativamente à sobrevivência física e psíquica dos filhos. Embora o Código Civil tenha privilegiado a noção de direito, o novo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069 de 13.07.1990) imprimiu nova característica ao instituto favorecendo a idéia de dever, em favor dos menores”.

Assim, o pátrio poder não é um direito subjetivo e sim um poder-dever. Como tal, o único direito do titular (no caso os pais) é o de cumprir o próprio dever. Sabe-se que na classificação geral dos poderes que integram a posição ativa da pessoa numa situação jurídica, além dos *direitos subjetivos* (pretensão, direitos absolutos e potestativos), existem outros poderes que não se enquadram na categoria dos direitos subjetivos, entre os quais estão os poderes-deveres, os direitos de família, as expectativas de direito, os legítimos interesses. Da mesma maneira que, além da *obrigação*, existem deveres que integram a posição passiva da pessoa numa situação jurídica, a exemplo da sujeição, do dever genérico de abstenção, dos ônus, dos deveres de família.⁹ A principal diferença entre o direito subjetivo e o poder-dever é que enquanto o direito subjetivo destina-se à realização de um interesse do próprio titular, o poder-dever é sempre exercido no interesse alheio.

Portanto a guarda – como de resto todos os elementos integrantes do conteúdo do pátrio poder – constitui um dever dos pais e não um direito destes em relação aos seus filhos. Consiste em ter consigo o menor, reger-lhe a conduta, protegê-lo, obrigando o seu titular ao dever de prestar assistência material, moral e educacional (ECA, art. 33). E dado que voltada unicamente para o interesse do menor, sujeita-se a guarda às restrições que não recomen-

7 L. 8, § 4.º d. C., *de bonis, quae liberis in potestate constituti ex matrimonio vel aliter adquiruntur*, 6, 61: “paterna reverentia eum excusante (...) et a cautionibus”. PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de direito privado*. 3. ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, t. IX, p. 125; WALD, Arnoldo. *O novo direito de família*. 12. ed., São Paulo: RT, 1999, p. 197.

8 LEITE, Eduardo de Oliveira. *Temas de direito de família*. São Paulo: RT, 1994, p. 133.

9 Aliás, no tocante ao direito subjetivo comete-se constantemente um duplo equívoco: primeiro, o de considerá-lo como a outra face do direito objetivo – o que não é, porque o direito objetivo é a norma do plano existencial, e o direito subjetivo é efeito, só se verifica após o fato jurídico –; segundo, o de querer concentrar nele todos os poderes da posição ativa de uma pessoa.

dam seu deferimento a pessoas inidôneas, imaturas ou portadoras de qualquer deficiência de natureza psíquica ou comportamental.¹⁰

4 A GUARDA NA LEI DO DIVÓRCIO

A Lei 6.515, de 26 de dezembro de 1977, introduziu sete regras a respeito da guarda de filhos menores, dos artigos 9.º ao 13: **a)** na separação consensual, atender-se-á ao que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos (art. 9.º, *caput*); **b)** na separação litigiosa fundada no *caput* do art. 5.º, a guarda será concedida ao cônjuge que não deu causa à separação (art. 10); **c)** se ambos forem culpados, os filhos ficarão com a mãe (art. 10, § 1.º); **d)** se o Juiz verificar que os filhos não podem ficar nem com a mãe nem com o pai, a guarda será deferida a uma pessoa idônea da família de qualquer dos cônjuges (art. 10, § 2.º); **e)** no caso de ruptura, os filhos permanecerão em poder do cônjuge em cuja companhia estavam naquele momento (art. 11); **f)** no caso de doença mental grave, os filhos ficarão na guarda do cônjuge sadio (art. 12); **g)** em qualquer hipótese, no interesse dos filhos, o Juiz poderá disciplinar a guarda de forma diferente da estabelecida nas regras acima (art. 13).

Primeira regra: A lei estabelece no seu artigo 9.º que na separação consensual observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda e o direito de visita. Imaginou o legislador que ninguém melhor do que os pais para saber o que melhor convém aos seus filhos. Conquanto isso ocorra na maioria dos casos, nem sempre os pais estão devidamente preparados para disciplinarem a matéria, principalmente quando tratam do assunto debaixo de fortes emoções, usando os filhos como objetos de interesses mesquinhos ou joguetes de suas emulações e caprichos. São aqueles pais a que aludia Antonio Cezar Peluso, que “transformam o direito em paixão e os filhos em instrumentos de revide”.¹¹

10 É de afastar-se a idéia da guarda como uma relação jurídica, como pensou José Antônio de Paula Santos Neto, em que os pais figuram como “sujeitos ativos” e os filhos menores como “sujeitos passivos”, pois a guarda, como poder-dever, não se estrutura numa situação jurídica relacional, e sim numa situação jurídica uniposicional. *Apud* STRENGER, Guilherme Gonçalves. *Guarda de filhos*. São Paulo: LTr, 1998, p. 51.

11 PELUSO, Antonio Cezar. O menor na separação. *In*: PINTO, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família*. São Paulo: RT, 1993, p. 20-41. CUNHA, Sérgio Sérvulo da. *Direito de família: mudanças*. São Paulo: RT, 1985, p. 111: “Quem perde mais é sempre a criança, dividida entre ordens, preceitos, escalas conflitantes, utilizada como peça num jogo de pequenas chantagens.”

Segunda regra: No *caput* do artigo 10, a lei diz que os filhos ficarão com o cônjuge que não deu causa à separação. Ou seja, por ter agido em conduta desonrosa ou por ter violado deveres do casamento, enfim, por não ter sido um bom marido ou uma boa esposa, o legislador entendeu que esse cônjuge também não pode ser um bom pai ou uma boa mãe! E, por causa disso, pelo artigo 10, a guarda deve ser deferida em favor do outro, dito “inocente”. A nosso juízo não tem nada a ver uma coisa com outra. Uma mulher pode ser uma péssima esposa e uma excelente mãe; o marido, igualmente, pode ser um péssimo esposo e um ótimo pai. São dois níveis de situações inteiramente distintos: a dos cônjuges entre si e a dos pais em relação aos filhos. A culpa do cônjuge na separação não compromete o cumprimento dos deveres parentais. Asseverou R. Limongi França¹² que “determinando o legislador que os filhos ficarão com o cônjuge que não for culpado, está simplesmente impondo ao responsável *uma pena, às custas dos filhos*, que nenhuma ligação possuem com as *causas da separação*. Eles *não são partes* no feito ou no ato jurídico jurisdicional, e no entanto arcam com os ônus, que podem não ser apenas morais, como também físicos, de uma relação jurídica que lhes é estranha”. (Grifos do autor citado.)

Terceira regra: Se ambos forem considerados culpados, a lei determina que os filhos ficarão em poder da mãe, porque o legislador achou que nesse caso, entre um e outro, a mãe reuniria melhores condições do que o pai. Todavia, a exemplo da anterior, essa regra também não faz o menor sentido, porque em hipótese alguma deve levar-se em consideração o elemento culpa dos pais para a fixação da guarda dos filhos.¹³ Mostra muito bem Antonio Cezar Peluso¹⁴ que “não é suficiente que sejam ambos responsáveis pela separação para que, *sic et simpliciter*, se confiem os filhos menores à guarda mater-

12 FRANÇA, R. Limongi. *A lei do divórcio comentada e interpretada*. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 74.

13 Justificando de certo modo a posição do legislador, o Professor *Silvio Rodrigues* diz que duas razões o conduziram a adotar essa solução, “uma de caráter tradicional, outra de ordem prática. Com efeito, no Brasil, em geral, não é pequeno o número de senhoras que se ocupam dos afazeres domésticos, não exercendo profissão fora do lar, enquanto a maioria dos homens tem seus dias ocupados pelo trabalho fora de casa. Isso era mais verdade no passado, mas ainda hoje representa uma realidade, pois, nas classes mais abonadas da sociedade, o exercício de profissão pela mulher ainda é fato relativamente reduzido. Daí parecer mais conveniente, se inexistirem razões em sentido contrário, conferir-se a ela e não ao marido a guarda dos filhos menores. A segunda razão da regra, esta de ordem prática, é a inescandível conveniência, se não mesmo a necessidade, de confiar-se à mãe os filhos de tenra idade. A mulher tem, ordinariamente, refinamentos de sensibilidade que o homem, por mais bondoso que seja, nem sempre apresenta” (*Op. cit.*, p. 110). Cf. CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e separação*. São Paulo: RT, 1978, p. 313; LIMA, Domingos Sávio Brandão. *A nova lei do divórcio comentada*. São Paulo: O. Dip Editores, 1978, p. 259.

14 *Op. cit.*, p. 26-27.

na (art. 10, § 1.º), ou, em caso de responsabilidade exclusiva (art. 10, *caput*), à guarda do cônjuge inocente. Estas normas atuam, quando à responsabilidade legal de um ou ambos os cônjuges se associe indicação de inidoneidade para guarda, expressa através de desqualificação ética, imaturidade psíquica, incapacidade material ou qualquer defeito de ordem bio-psicológica que não recomende a atribuição do encargo, em atenção aos interesses dos menores”.

Quarta regra: Se os pais não tiverem condições de exercer a guarda dos filhos, o juiz poderá deferi-la a qualquer pessoa idônea da família de qualquer um dos cônjuges, não havendo qualquer preferência em relação à família paterna ou materna, mas deverá sem dúvida levar em conta o grau de parentesco e o nível de relacionamento do menor com essa pessoa da família. A tendência dos Tribunais é fazer recair a escolha na pessoa dos avós.¹⁵ Consoante lembra *Pedro Sampaio*,¹⁶ o Magistrado tem sérias dificuldades para apontar o nome da pessoa da família que poderá servir como guardião de menores, porque não dispõe de mecanismos seguros de investigação. Não podendo identificar quem da família do menor teria condições de assumir o encargo, o Juiz pode, com base no artigo 13 da mesma lei, deferir a guarda a qualquer pessoa idônea que possua as condições morais necessárias para o desempenho dessa incumbência.

Quinta regra: Na hipótese de ruptura da vida em comum por mais de um ano, os menores ficarão em poder do cônjuge em cuja companhia estavam ao tempo da ruptura. Trata-se de manter o *status quo ante*. Na hipótese, os pais já estão separados há mais de um ano, e os filhos em poder de um deles. Se não existirem outros fatores que possam prejudicar os menores, é recomendável que se preserve a situação de fato em que os filhos se encontram, mantendo-se a guarda com o genitor que com eles estava por ocasião da ruptura da vida em comum.

Sexta regra: Se a separação se der em virtude de “doença mental grave” do outro, a guarda dos filhos será concedida ao cônjuge sadio, em condições de assumir a responsabilidade da guarda. Parece óbvio que se a separação se funda em doença mental grave de um dos pais, seria inadmissível entregar a guarda dos menores ao genitor doente.¹⁷

Sétima regra: Pelo artigo 13 da Lei do Divórcio, a bem dos filhos o Juiz poderá regular de maneira diferente da prevista nas regras acima. Essa deve-

15 “Normalmente, o carinho dos avós pelos netos resolve a situação da guarda que não possa ou não convenha manter-se com um dos progenitores.” BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Apud* LEITE, Eduardo de Oliveira. *Op. cit.*, p. 134.

16 SAMPAIO, Pedro. *Divórcio e separação judicial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 104.

17 FRANÇA, R. Limongi. *Op. cit.*, p. 79.

ria ser a regra básica da fixação da guarda: discipliná-la segundo os superiores interesses do menor, ouvindo-o sempre que possível, conforme recomenda o artigo 28, § 1.º, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069, de 13 de julho de 1990).¹⁸ A despeito da recomendação do Estatuto, a escuta do menor, principalmente da criança, envolve problemas de duas ordens: uma de natureza prática e duas de natureza psicológica. A dificuldade prática decorre do fato de o sistema judiciário brasileiro não dispor de mecanismos que absorvam tais dificuldades; os problemas psicológicos que podem resultar da escuta são o estresse a que o menor está sujeito e, o que nos parece mais grave, a culpa, que pode tomar conta do menor chamado a decidir em favor de um ou de outro pai.¹⁹ Ouvindo-se ou não, o importante é que as regras da guarda atendam ao interesse do menor, sendo este o exclusivo vetor na fixação da guarda, ou o “único elemento sobre o qual o juiz se deve apoiar para tomar uma decisão em matéria de guarda”.²⁰ Ocorre na atualidade o que G. Strenger²¹ intitulou de “deslegalização do direito contemporâneo da família, em favor do crescimento do poder moderador do juiz e importância conferida às práticas e usos, pela via dos acordos familiares”.

5 INTERESSE DO MENOR

Conquanto não dê uma definição de interesse do menor, doutrina G. Strenger²² que há dois critérios a considerar: o critério de controle, através de instrumentos que permitam “fiscalizar o exercício da autoridade dos pais”, e o critério de solução, no sentido de que a atribuição de autoridade “irá depender da apreciação que faça o juiz do interesse do menor”. E conclui o mesmo autor que o interesse do menor “não constitui uma noção-quadro”, sendo na verda-

18 PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 237. GORNY, Violette. *Priorité aux enfants*. France [s.l.] Hachette, 1991, p. 7. Antonio Cezar Peluso acrescenta: “São os interesses morais e materiais dos filhos que decidem, em qualquer caso, a disciplina da guarda, como aplicação particularizada do princípio geral.” *O menor na separação*, p. 26.

19 Segundo Maria Antonieta Pisano Mota, “o juiz deve fazer com que a criança saiba que a decisão final será dele e que a sentença será baseada nas suas conclusões a partir de tudo o que viu, ouviu e de que participou. É fundamental que ele se coloque como o responsável pela decisão final, pois é muito comum que a criança se culpe, quer seja pela própria separação dos pais, quer pelas dificuldades dela decorrentes”. (*Revista Literária de Direito*, set./out. 1996, p. 19). Sobre o mesmo assunto, cf. GUILLARME, Jean-Jacques; FUGUET, Philippe. *Les parentes, le divorce et l'enfant*. 2. ed., Paris: Les Éditions ESF, 1987, p. 65.

20 STRENGER, Guilherme G. *Op. cit.*, p. 56.

21 *Op. cit.*, p. 65.

22 *Op. cit.*, p. 56.

de “uma noção polimorfa, plástica e essencialmente não objetivável”. *João Baptista Villela*²³ enfatiza que “nesse novo quadro de referências, o estalão geral que tudo determina e orienta é o bem do menor. Portanto, enquanto as prerrogativas dos pais, tutores, guardiões sofrem todas as limitações que se revelam necessárias à preservação daquele valor, amplia-se a liberdade do menor em benefício do seu fundamental direito de chegar à condição adulta sob as melhores garantias materiais e morais”.

Mas em que consistiria o *interesse do menor*? De que modo o julgador poderia atender ao interesse dos filhos num processo de dissolução da sociedade conjugal? Aqui não está em jogo o interesse no sentido jurídico, muito menos o interesse financeiro dos filhos, já que nenhum juiz de bom senso daria a guarda a um dos pais só por ser ele financeiramente mais forte do que o outro.

O que de fato interessa ao menor é a boa formação moral, social e psicológica; a busca da saúde mental ou a preservação da sua estrutura emocional. Como então preservar a estrutura emocional da criança ou do adolescente? A resposta a essa indagação chega através de recentes estudos de psicanalistas, psicólogos e pedagogos. *Françoise Dolto*²⁴ sustenta que o disciplinamento da guarda deve atender basicamente a três referenciais de continuidade: **a) o continuum de afetividade; b) o continuum social e c) o continuum espacial.**

- a) O *continuum de afetividade* indica que a criança ou adolescente deve permanecer sob a guarda do genitor em cuja companhia o menor se sinta mais feliz e seguro. Sugere esse mesmo referencial que a guarda seja deferida ao genitor que puder dedicar mais tempo ao filho, que pode ser tanto o pai quanto a mãe, ou ao que estava com o menor ao tempo da ruptura (hipótese prevista pelo art. 11 da Lei do Divórcio).
- b) O segundo é o *continuum social*. Ao atribuir a guarda a um dos genitores o juiz deve levar em consideração o ambiente vivido pelo menor no momento da separação dos pais para preservar-lhe o relacionamento social com os colegas e amigos de rua. É preferível, por força desse referencial, que os filhos fiquem com o genitor que puder criá-los todos juntos. Separar irmãos nessa fase é desastroso.

23 *Apud* VIANA, Marco Aurélio S. A tutela da criança e do adolescente. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Direitos de família e do menor: inovações e tendências*. Belo Horizonte: Del Rey, p. 141.

24 “Il faut savoir qu’il y a dans la vie de l’enfant trois continuums: – le continuum du corps, le continuum de l’affectivité; le continuum social.” Françoise Dolto explica adiante que “le continuum chez l’enfant, c’est son corps et son affectivité. Son corps s’est construit dans un certain espace, avec ses parents qui étaient là.” *Quand les parents se séparent*. Paris: Éditions du Seuil, 1988, p. 17.

- c) O terceiro *continuum* é o *espacial*. Segundo esse referencial, o espaço dos filhos deve ser preservado porque a personalidade do menor se constrói dentro de certo espaço. Quando há mudança de espaço – do local onde vive, da escola onde estuda –, a criança perde um dos seus referenciais, que é o referencial de espaço, o que *Françoise Dolto* denomina de *d'enveloppe spatiale de sa sécurité* (“envoltório espacial da sua segurança”).²⁵ Recomenda-se por isso mesmo que se deixem os filhos com o genitor que permanecer na casa onde eles moravam ao tempo da separação, e que se mantenham os filhos na mesma escola onde vinham estudando, pelo menos durante a fase aguda da separação.

A citada psicanalista sublinha que as medidas quanto à guarda devem considerar três graus de interesse:

“O interesse imediato e urgente de que a criança não se desarticule; o interesse a médio prazo, a fim de que ela recupere sua dinâmica evolutiva após os momentos difíceis; e o interesse a longo prazo, para que ela possa deixar seus pais: é preciso que ela seja apoiada na conquista da sua autonomia mais depressa de que os filhos de casais unidos, ou seja, que se torne capaz de assumir a responsabilidade por si, e não se deixar apegar demais ao genitor contínuo ou desenvolver mecanismos de fuga, que são principalmente de dois tipos: a inibição – a fuga para dentro de si – ou o abandono da formação pré-profissional, dos estudos, o que às vezes chega até às fugas repetidas. O ‘interesse do filho’ consiste em levá-lo a sua autonomia responsável.”²⁶

6 DO DIREITO DE VISITA

Das oito normas trazidas pela Lei do Divórcio para a proteção da pessoa dos filhos, sete dizem respeito à guarda e somente uma se refere ao direito de visita, consubstanciada no artigo 15 da mencionada lei, cujo texto é o seguinte:

Art. 15. Os pais, em cuja guarda não estejam os filhos, poderão visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo fixar o juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.

²⁵ DOLTO, Françoise. *Op. cit.*, p. 42.

²⁶ *Idem*, p. 125-126.

Segundo a regra do artigo citado, a lei confere a visita ao genitor que não tem a guarda. Inspirada por esse dispositivo, a doutrina brasileira vem estudando a guarda e a visita como se fossem dois direitos contrapostos ou correlatos de ambos os pais em relação aos seus filhos: a *guarda*, conferida ao genitor guardião, e a *visita*, ao genitor que não tem a guarda. A nosso ver essa é uma visão equivocada do fenômeno, pois enquanto a guarda é um poder-dever do pai, cujo beneficiário da norma é o filho, a visita é um direito de personalidade do filho de ser visitado não só pelos pais, como por qualquer pessoa que lhe tenha afeto.

De um modo geral a visita é o ato de ir ver alguém. Porém no Direito de Família é mais do que isso: não é só a ação de ir ver alguém, mas também de estar com esse alguém de forma não permanente. Exercita a visita tanto o pai que vai ver o filho e passa com ele algumas horas como aquele que fica com o filho aos finais de semana e nas férias escolares.²⁷

A visita pressupõe que visitador e visitado não estão numa situação de presença permanente. É obvio: não se visita pessoa com quem se vive, e sim alguém com quem não se convive. A visita importa, assim, intermitência, intervalo, descontinuidade.²⁸ Dá-se a visita no Direito de Família quando preexiste a guarda de um menor por outra pessoa. Quem tem a guarda não visita; faz visita quem não tem a guarda. Se um deve visitar é porque a guarda é de outro.

Ressalte-se que apesar do descaso com que o legislador tratou o direito de visita, o pai visitador não ocupa uma posição secundária em relação ao outro que fica com a guarda. Poder-se-ia pensar que o guardião desempenha um papel mais importante porque está com a criança o dia todo. No entanto, ambas as funções são relevantes para a formação do menor. Quando o pai ou a mãe que tem a guarda se limita a “adestrar” a criança (em ordens diárias como escovar os dentes, tomar banho, pentear o cabelo, limpar os ouvidos e as unhas, fazer os deveres, dormir cedo), a função educativa se desloca para o pai visitador, e esse pai que simplesmente visita pode exercer sobre o filho uma influência muito maior do que aquele que fica com o menor a maior parte do tempo.

27 SILVA, José Luiz Mônaco da. *Questões de direito de família*. São Paulo: Ícone, 1997, p. 187.

28 Alguns autores franceses vêm no direito de visita uma subespécie da guarda. Falam de “guarda contínua” ou permanente, que é a guarda propriamente dita, e de “guarda descontínua”, de quem tem o dever de visitar. Chamam de “genitor contínuo” o guardião e de “genitor descontínuo” o pai visitador.

Françoise Dolto sustenta que “a maior influência na criança vem de quem fica com ela nas horas de folga. Durante a semana, a criança volta da escola cansada e encontra a mãe ou o pai que lhe dão alimentação e segurança. Mas a verdadeira iniciação cultural, a abertura para o mundo se faz nos dias de folga, quando a criança está disponível”.²⁹

Por isso é muito importante que o guardião não se restrinja às tarefas de “ordenador”, reservando uma boa parte do tempo para as funções de orientação pedagógica, formação moral e religiosa, educação e lazer. Não é por outro motivo que se recomenda a permanência alternada dos pais em fins de semana, feriados prolongados e férias. A visita, entretanto, há de ser proveitosa para a formação do menor e não se constituir numa mera presença física.³⁰ Sendo um dos fatores da co-responsabilidade parental,³¹ a visita tem por escopo estreitar os laços de amizade entre o filho e o pai visitador.

“Um dos objetivos da visita é o de fortalecer os laços de amizade entre os pais e filhos, enfraquecidos pela separação do casal; é o de proporcionar aos últimos a assistência e o carinho daqueles; é o de minorar os efeitos nocivos impostos à prole com a separação definitiva dos genitores” (RJTJSP 22/204).

O direito de visita – melhor seria *direito à visita* – consiste no direito de ser visitado, e não no direito de ir visitar o outro. A expressão “direito de visita” deve ser interpretada como a faculdade que alguém tem de receber visita, quer de pais, quer de parentes e amigos. Não é, pois, um direito do pai em relação ao filho, de acordo com o generalizado entendimento, mas um direito do filho em relação ao pai que não tem a guarda, ou em relação a toda e qualquer pessoa cuja convivência lhe interessa. Não pode assim ser entendido como uma extensão do poder parental. O Código Civil português, ao tratar da visitação aos filhos de casais separados, não se refere a “direito de visita” do pai, mas ao “regime de visita ao pai ou progenitor”.³²

29 Entrevista concedida à *Revista Veja* 541, sob o título “A criança sabe tudo”, jan. 1979.

30 No livro *Letters from my father*, *Amanda Allsop* revela que o seu pai exerceu sobre ela e o irmão uma forte influência, pois embora tivesse vivido distante do seu convívio por longos períodos, ele sempre esteve muito presente em sua vida (GUERSEY, Channel Islands, Alan Sutton Publishing, 1992, p. V e VI).

31 LEITE, Eduardo de Oliveira. O direito (não sagrado) de visita. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família*. São Paulo: RT, 1996, p. 68.

32 Código Civil português, art. 1.905, n. 3: “No caso referido no número anterior, será estabelecido um regime de visitas ao progenitor ou progenitores a quem não tenha sido confiada a guarda do filho, a

Como a todo direito corresponde um dever, admitir que alguém tenha o “direito” de visitar o outro significaria aceitar que este teria o “dever” de sujeitar-se (dever de sujeição) ao exercício do primeiro, ou, noutras palavras, o visitado teria de suportar a ação do visitante, o que sem dúvida violaria os direitos fundamentais à liberdade e à intimidade da pessoa humana.

Trata-se de um direito de personalidade, na categoria do direito à liberdade, em que indivíduo no exercício desse direito recebe as pessoas com quem quer conviver. No tocante às pessoas maiores, esse direito se exercita pessoalmente, sem qualquer dificuldade, porque em geral ninguém recebe visita contra a sua própria vontade. Quanto aos menores, a categoria jurídica não muda, mas na prática, enquanto a pessoa maior exerce por si mesma o seu direito, selecionando as pessoas da comunidade que quer receber em seu convívio, o menor, em especial as crianças, não tem escolha, uma vez que o seu direito é exercitado por seu representante ou assistente, algumas vezes contra o seu próprio interesse.

Todas as pessoas têm a faculdade de receber visita, decorrente do seu direito à convivência familiar e comunitária, previsto no artigo 227 da Constituição Federal. Além da norma constitucional citada, o menor tem esse mesmo direito especificamente assegurado pelos artigos 16, inciso V, e 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente, assistindo-lhe por isso o direito de ser visitado por qualquer pessoa do seu interesse.

Em suma, os pais não separados têm o dever de respeitar a visita de outros parentes ou de pessoas estranhas à relação parental, porque o menor tem o direito de personalidade à visita. O pai separado tem o dever parental (resultante do pátrio poder) de visitar o filho que se acha sob a guarda do outro genitor. Conseqüentemente, ao menor assiste direito de dupla natureza: o direito de personalidade de ser visitado por qualquer pessoa que lhe tenha afeto e, especialmente, o direito (correlato do dever parental) de ser visitado pelo pai que não tem a guarda.

Por outro lado, o regime de visita há ser disciplinado de acordo com a idade do menor. A visitação das crianças deve sujeitar-se a regras distintas das estabelecidas para a visitação de adolescentes. No tocante às crianças, impõe-se a diferenciação de disciplina conforme a faixa etária em que se encontra o menor. Assim, por exemplo, se a criança está na fase de amamentação, não é

menos que excepcionalmente o interesse deste o desaconselhe”; e art. 1.919, n. 2, do mesmo código: “Se o menor tiver sido confiado a terceira pessoa ou a estabelecimento de educação ou assistência, será estabelecido um *regime de visita aos pais*, a menos que, excepcionalmente o interesse do filho o desaconselhe.”

recomendável visitação do pai por período de tempo que ultrapasse o horário da alimentação dela. Porém, se a criança se acha numa faixa de idade que lhe permita uma relativa autonomia, as visitas devem ser programadas de maneira que o pai que não tem a guarda possa manter contatos freqüentes e regulares com os seus filhos. Na adolescência é prudente que se criem mecanismos de relacionamento que viabilizem tanto quanto possível o regime aberto de visitas, condicionado evidentemente às conveniências do menor e à privacidade do genitor que detém a guarda.³³ Mas até mesmo entre os adolescentes não é possível criar-se um regime uniforme de visitas, posto que varia a forma de tratamento entre os pais e os filhos consoante a faixa etária dos mesmos. Assim, o disciplinamento da visita a um menor de 12 anos deve prever normas diferentes em relação às visitas de adolescentes na faixa de 18 a 20 anos.

De qualquer sorte, objetivando os superiores interesses do menor, a visita deve submeter-se às mesmas limitações impostas ao genitor guardião (inidoneidade, desqualificação ética, imaturidade psíquica, incapacidade ou qualquer defeito de ordem biopsicológica). Em casos excepcionais a visita pode ser suspensa, quando se evidencia prejudicial ao menor. *Eduardo de Oliveira Leite* chamou a atenção para uma tendência observada junto à grande maioria da doutrina brasileira, que “pende inexoravelmente em direção ao absolutismo do direito de visita, ‘por pior que seja o procedimento do pai’, o que nos causa perplexidade” – diz ele – “uma vez que, em tais hipóteses, estar-se-ia priorizando os interesses egoísticos do pai, em manifesto detrimento dos superiores interesses do filho”.³⁴

7 SOBRE A VISITA DOS AVÓS

Os tribunais do país e do exterior têm reconhecido o direito dos avós de visitar os netos (RT 187/892; 258/545; 463/84). Segundo os historiadores, a primeira decisão a respeito teria ocorrido na Suíça, no ano de 1924. No

33 PELUSO, Antonio Cezar. *Op. cit.*, p. 33.

34 LEITE, Eduardo de Oliveira. *Op. cit.*, p. 71. O autor comenta, às páginas 69 a 71 da obra referida, a posição assumida por *Washington de Barros Monteiro*, *Silvio Rodrigues*, *Ney de Mello Almada*, *Orlando Gomes*, *Caio Mário da Silva Pereira*, *Maria Helena Diniz* e *Castelo Branco Rocha*, todos eles defendendo o ponto de vista de que o “direito de visita não pode ser negado em hipótese alguma”. Alguns falam em “irrenunciabilidade” ou “inabdicação”. Partem estes do entendimento equivocado de que a visita é um *direito do pai* e não um *dever do pai*, segundo nos parece. O pai não pode renunciar ou abdicar do direito de visita, simplesmente porque não lhe assiste tal direito. É óbvio que não poderia ele renunciar a um direito que não tem!

Brasil, o *leading case* foi uma decisão do STF admitindo o direito de uma avó visitar a neta contra o abuso da autoridade parental, que tentara impedi-la.

A doutrina tenta justificar esse direito sob os mais variados argumentos. Autores renomados, como *Marilza Fernandes Barretto*,³⁵ falam da existência de uma “prerrogativa natural não desamparável pela Justiça”.³⁶ *Fábio Maria de Mattia* acentua que “a natureza jurídica do direito de visita dos avós está no fato de ser um direito natural. Os avós têm o direito de visita aos netos como prerrogativa específica decorrente do *juri sanguines* que se integrou aos outros direitos que a lei lhes atribui explicitamente em relação aos netos”.³⁷ *Edgard de Moura Bittencourt*³⁸ escreveu que “a afeição dos avós pelos netos é a última etapa das paixões puras do homem. É a maior delícia de viver a velhice. A jurisprudência que assegura essa afeição sanciona na frase de *Gaston Garde* – os direitos morais dos avós”. *Antonio Cezar Peluso*³⁹ sustenta que “o direito de visita é extensivo aos avós. No quadro já esboçado, cresce a importância desta extensão da titularidade do direito, pois, em geral, o relacionamento afetivo entre aqueles e os netos é tecido de fios delicados, enriquecidos de paciente atenção e preocupação que só a idade consegue salvar às neuroses da sociedade de consumo”.

No entanto, a despeito de abalizadas opiniões de juristas consagrados, entendemos que não existe direito do avô em visitar o neto, nem Direito positivo, nem direito natural, muito menos “direito moral”. Admitir o direito de o avós visitarem os netos importaria reconhecer uma das três situações igualmente equivocadas: ou a de que o neto teria o dever correlato de ser visitado pelos avós; ou a de que os avós teriam um “direito subjetivo” (!) contra os pais (avós, sujeitos ativos, e pais, sujeitos passivos), tendo por “objeto” o próprio neto; ou ainda a de que os demais parentes em diferentes graus de parentesco (bisavós, tios, irmãos, primos) teriam idênticos direitos. (Por que só os avós? A relação entre bisavós e bisnetos é também estreita e muito afetiva.) Na verdade, o neto é que tem o direito de personalidade de ser visitado, não só pelos avós, como também pelos bisavós, irmãos, tios, primos, padrinho, madrinha, enfim, por toda e qualquer pessoa que lhe tenha afeto.

35 *Direito de visita dos avós: uma evolução no direito de família*. São Paulo: Lumen Juris, 1989, p. 41.

36 STRENGER, Guilherme. *Op. cit.*, p. 83.

37 *Idem*. p. 83.

38 BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Família*. Rio de Janeiro: Alba, (s.d.), p. 184.

39 *Op. cit.*, p. 34.

8 BIBLIOGRAFIA

- ALLSOP, Amanda. *Letters from my father*. Guersey: Alan Sutton, 1992.
- AZEVEDO, Álvaro Vilaça. *Dever de coabitação: inadimplementos*. São Paulo: José Buschatsky, 1976.
- BARRETO, Maria Fernandes. *Direito de visita dos avós*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1989.
- BEITZKE, Günther. *Familienrecht*. München: C. H. Beck, 1966.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Família*. Rio de Janeiro: Alba, (s.d.).
- BEVILAQUA, Clovis. *Direito de família*. Recife: Ramiro M. Costa & Filhos, 1910.
- CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e separação*. São Paulo: RT, 1978.
- CARVALHO, Henrique Martins de. *Problemas sócios-culturais contemporâneos da família em Portugal*. Lisboa: Academia Internacional da Cultura Portuguesa, 1995.
- CUNHA, Sérgio Sérvulo da. *Direito de família: mudanças*. São Paulo: RT, 1985.
- DAGOT, Michel; SPITERY, Pierre. *Le nouveau droit de la filiation*. Paris: Librairies Techniques, 1972.
- DOLTO, Françoise. *Quand les parents se séparent*. Paris: Éditions du Seuil, 1988.
- ELIAS, Roberto João. *Pátrio poder*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. Trad. Leandro Konder. 7. ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1981.
- ESPÍNOLA, Eduardo. *A família no direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Conquista, 1957.
- FACHIN, Luiz Edson. Em nome do pai. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de família contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- FORTINO, Marcella. *Diritto di famiglia*. Milano: Giuffrè, 1997.
- FRANÇA, R. Limongi. *A lei do divórcio comentada e interpretada*. São Paulo: Saraiva, 1978.
- FRANCESCATO, Donata. *Hijos felices de pareja rotas*. Barcelona: Ariel, 1995.
- GERNHUBER, Joachim. *Lehrbuch des familienrechts*. 2. ed. München: C. H. Beck'sche, 1971.
- GOMES, Orlando. *O novo direito de família*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1984.
- _____. *Direito de família*. 11. ed., atual. Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- GORNÝ, Violette. *Priorité aux enfants*. France, [s.l.] Hachette, 1991.
- GUILLARME, Jean-Jacques; FUGUET, Philippe. *Les parents, le divorce et l'enfant*. 2. ed., Paris: Les Éditions ESF, 1987.

- LEHMANN, Heinrich. *Derecho de familia*. Trad. José Navas. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1953, v. IV.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. *Temas de direito de família*. São Paulo: RT, 1994.
- _____. O direito (não sagrado) de visita. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; LAZZARINI, Alexandre Alves (Coords.). *Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família*. São Paulo: RT, 1996, v. 3.
- LIMA, Domingos Sávio Brandão. *A nova lei do divórcio comentada*. São Paulo: O. Dip Editores Ltda., 1978.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. Igualdade conjugal: direitos e deveres. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de família contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- LÓPEZ, A. M.; MONTÉS V. L.; ROCA E. *et al.* *Derecho de familia*. Valencia: Tirant Lo Blanche, 1991.
- LÜDERITZ, Alexander. *ESJ Familien-und Erbrecht*. München: C. H. Beck, 1971.
- MADALENO, Rolf. *Direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1998.
- MALAUURIE, Philippe; AYNÈS, Laurent. *Cours de droit civil: la famille*. Paris: Éditions Cujas, 1987.
- MARTHALER, Maurice. *Le droit de visite des parents séparés de leurs enfants*. Neuchâtel: Delachaux & Niestlé, 1963.
- MATTIA, Fábio Maria de. Direito de visita de avô. *Revista de Direito Civil* 15, Ano 5, São Paulo: RT, 1981.
- MASSIP; MORIN; AUBERT. *La réforme de la filiation*. 2. ed., Paris: Répertoire du Notariat Defrenois, 1973.
- MÜNCH, Eva Marie von. *Das neue ehe-und familienrecht von A-Z*, München: C. H. Beck, 1986.
- NICOLEAU, Patrick. *Droit de la famille*. Paris: Ellipses, 1995.
- PACE, P. J. *Family law*. Plymouth: Macdonald & Evans, 1981.
- PELUSO, Antonio Cezar. O menor na separação. In: PINTO, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família*. São Paulo: RT, 1993.
- PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*. Rio de Janeiro: Tribuna Liberal, 1889.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família*. 2. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 3. ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, t. IX.

- RIZZARDO, Arnaldo. Separação e divórcio. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de família contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- RODRIGUES, Silvio. *O divórcio e a lei que o regulamentava*. São Paulo: Saraiva, 1978.
- ROQUE, Sebastião José. *Direito de família*. São Paulo: Ícone, 1994.
- SAMPAIO, Pedro. *Divórcio e separação judicial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- SEREJO, Lourival. *Direito constitucional da família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- SILVA, José Luiz Mônaco da. *Questões de direito de família*. São Paulo: Ícone, 1997.
- STRENGER, Guilherme Gonçalves. *Guarda de filhos*. São Paulo: LTr, 1998.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Direitos de família e do menor*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.
- VACCARI, Pietro. *Corso di storia del diritto italiano*. Milano: Edizioni Universitarie Malfasi, 1950.
- VIANA, Marco Aurélio S. *Curso de direito civil: direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, v. 2.
- WALD, Arnaldo. *O novo direito de família*. 12. ed., São Paulo: RT, 1999.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Reflexões sobre alguns aspectos do processo de família. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de família contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- ZAGURY, Tânia. *Sem padecer no paraíso*. Rio de Janeiro: Record, 1992.

Temário III

**DIREITO DE FAMÍLIA E SUAS
CONEXÕES – MERCOSUL, SOCIOLOGIA,
ECONOMIA, ÉTICA, DIREITO PENAL
E ANTROPOLOGIA**

APLICACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA POR TRIBUNALES DE INSTANCIA UNICA COLEGIADA – BENEFICIOS – MODALIDAD – AUXILIARES INTERDISCIPLINARIOS

Carlos Enrique Pardo

Advogado em Buenos Aires

Especialista em Direito Binacional e Mercosul

e Assessoramento Empresarial em Porto Alegre/RS

Pós-graduação em Teoria e Técnicas Psicoterapêuticas

e Psicodiagnósticas (Belgrado)

Professor de Teoria das Obrigações

(Universidade Argentina J. F. Kennedy)

Professor Titular de Contratos da Universidade

Nacional de Lomas de Zamora

Sumário

1. Etapas del procedimiento ante el tribunal de familia. **2.** Equipo tecnico auxiliar – funciones. **3.** Consejero de familia – funciones. **4.** Conclusion y propuesta.

Es innegable que dentro del marco de lo jurídico, los conflictos derivados de las relaciones de familia son los de mas complicada resolución por hallarse impregnadas de cargas emocionales, intereses patrimoniales y muchas veces ánimos hostiles entre los integrantes de la pareja, así y atento la gravedad de las cuestiones, las soluciones han de ser rápidas requiriendo para ello la colaboración de otros profesionales (auxiliares del judicante), como lo son los médicos, psicólogos, asistentes sociales, etc, los que aportarán al juez una visión de las conductas del grupo familiar y las posibilidades de logros en soluciones muchas veces no sentenciadas sino tratadas con algún tipo de terapia, de lo que podría resultar ya no una sanción judicial sino un “ordenar” al grupo familiar o alguno de sus integrantes, pasando así de una justicia “impuesta” hacia esta nueva justicia

“negociada” de un nuevo sistema judicial basado en la oralidad, inmediatez y celeridad, cuyo objetivo primordial será el bienestar e interés familiar.

De hecho, la dificultad que se presenta, respecto los decisorios del la aplicación del derecho de familia, en un juzgado unipersonal encuentra su primer y gran hito en la mente del juzgador, así el Sr. Juez no podría escindir su mente juzgando de una forma en lo que respecta conflictos patrimoniales-creditorios, en los cuales el paso del tiempo no altera la sustancia de los reclamos ya que las nivelaciones respecto punitivos o intereses legales inalteran los resultados por mas atemporaneos que ellos fueren, en contraposición con los decisorios del derecho de familia, donde la celeridad ha de dar por resultado la exacta aplicación de la solución dictada, mas, la destemporalidad dictada en igual decisorio da por resultado la ineficacia de la labor judicial atento la constante modificación de las variables que componen el conflicto. No puede un juzgador entonces, resolver con una mentalidad las cuestiones de indole creditorio obrados en su juzgado y, mudar dicha mentalidad a un modo diferente para resolver los problemas derivados del derecho de familia.

En los juzgados Civiles Unipersonales el Juez es solo uno y la mentalidad que aplica a sus decisorios se halla diagramada merito a su preparación de un modo de aplicación racional que abarca todo tipo de decisorio, nunca habremos de hallar una misma mente que aplique un sistema de pensamiento logico para un tipo de procesos y otro para procesos diferentes.

De allí que cuando de aplicación del derecho de familia se trate, el juzgador debe abocar su estructura de razonamiento en el enmarque de ese fuero, o sea debe abocarse solamente el juzgado a Derecho de Familia, familiarizandose con sus auxiliares, con los principios del particular fuero y las variables que imponen tanto la modalidad de juzgar en el fuero como las aportadas por las partes en cada caso concreto, no hallandose las mismas variables externas en diferentes casos por similares que sean, debido esto que al juzgar o entender sobre un conflicto de Familia se esta juzgando o entendiendo sobre conflictivas de sus integrantes y no sobre la aplicación de la fria norma legal la que se convierte en mero rector del procedimiento. De aquí que la decisión del Juez en su sentencia crea ley de aplicación en cada caso, diferenciandose del caso siguiente en tanto que las variables de aplicación nunca seran las mismas.

El juzgador así al sentenciar tendra, con la colaboración de sus auxiliares, la total dimensión del universo sobre el cual dicta, aplicando tanto la normativa de fondo como su libre convicción lograda con pleno y profundo conocimiento de las conductas del grupo familiar en conflicto y resolviendo con la *celeridad*

propia que ha de primar en este fuero a fin de no convertir la sentencia en un dictado inaplicable atento las constante mutaciones de las conductas humanas.

La pregunta es en este momento y frente a la actividad procesal del Derecho de Familia, es: cual sería el medio procesal mas oportuno para judicar en él?, así hallamos dos caminos:

- a) *Sistema de juzgados*: En juzgados de primera instancia (en instancia doble), común a todo tipo de proceso, por lo general se atenta contra la seguridad del decisorio, alterando la inmediatez, celeridad y la economía procesal que deben prevalecer en el derecho de familia, ya que como se explicito supra, al resolver el juzgador en base a la normativa en vigencia pero munida la sentencia de su *Libre Conviccion* al haber entendido en la completividad de las variables del proceso, la exacta reproducción de lo acontecido, es en la práctica imposible ante el tribunal de segunda instancia (apelación), la vivencia del juzgador que lo guía a resolver como la hace en modo alguno pueden reproducirse ante el tribunal de alzada, perdiendose asi de su labor, por una parte el entendimiento por el superior de la magnitud y puntualidad de la cosa en juzgamiento, y, por otra se pierde la *celeridad* que la sentencia debia tener en su aplicación para ser efectiva como ya lo explicaramos, las demoras que generan las apelaciones de instancia hacen asi inaplicables y hasta riesgosos los dictus alcanzados.
- b) *Sistema de tribunal colegiado*: Pero respecto lo tratado en el punto que antecede jamás podríamos dejar la resolución de un conflicto en manos de una sola persona con facultad de sentenciar y negar la posibilidad de revisión del proceso por otro juzgador o instancia, la solución a ello la hallamos en la formación de Tribunales Colegiados cuya función, como le es propia al tribunal, es la de control de legalidad por sus propios integrantes, así la instancia única resuelve conforme la modalidad descrita en el fuero, muni-do de sus auxiliares y, al tener en si mismo control de legalidad, objetividad e independencia, salva, al no ser sus dictados apelables a otra instancia, la conflictiva de falta de *celeridad* que ataca a los dictados de juzgados unipersonales, dejando a salvo como de corriente, aquellas apelaciones que devengan a la Suprema Corte respecto cuestiones de dictados incursos en Inaplicabilidad de Ley o Inconstitucionalidad, los que de hecho, han de ser siempre revisables por el Supremo Tribunal. Por lo expuesto, en el fuero de

Familia se debería adoptar el sistema de colegiación, o sea *Tribunales Colegiados de Instancia Unica del Fuero de Familia* los que se hallaran a cargo de tres jueces; marcándose por ello en este sistema las siguientes conveniencias:

- b.1.)** factor tiempo: El sistema propuesto (como infra se explicara), da la posibilidad de llegar a una solución en la “etapa previa”;
- b.2.)** reducción del volumen de las causas a las que se le anexas incidentes a la espera de la resolución final ya que los tratamientos de todos los conflictos derivados del proceso serían tratados simultaneamente;
- b.3.)** disminución de las cargas emocionales de las partes y letrados al tramitar etapas previas con guias de profesionales y consejeros de familia, lo que tiende a la solución del conflicto y no como de comun se encuantra en los actuales procesos de familia donde la meta común es la destrucción de cualquier modo de la parte contraria, muy por el contrario el objetivo del Tribunal es aquel que debe por todos sus medios intentar *terminar* con el conflicto, una verdadera solución en el interes superior de la familia y del niño.

Para ello es necesaria una *actividad multiple judicial preventiva*, como lo sostiene Zulema de Gundin en su obra “..ayudando a la familia en crisis a reorganizarse, es lo que se conoce modernamente como un sistema de autocompensación..”, esto implica pasar de un sistema de justicia impuesto al nuevo sistema de “justicia negociada”, solución mas factible a lograr por el tribunal y su cuerpo de tecnicos auxiliares interdisciplinarios que por un juzgado unipersonal el que se abocaría solamente a sentenciar si no contara con el equipo adecuado.

1 ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO ANTE EL TRIBUNAL DE FAMILIA

El procedimiento ante un tribunal ha de estar dividido en dos etapas

a) Etapa Previa y **b)** Etapa Contensiosa, de las que resulta:

- a)** En la *Etapa Previa* se inicia el expediente a fin de tener radicación ante un tribunal, donde el Juez de tramite dara intervención al Consejero de Familia ante quien se sustanciaran todas las actuaciones (salvo las que no admitan demora o aquellas por las cuales la etapa Previa sea

improcedente). No es necesario en esta etapa adunar el escrito de demanda, basta con una planilla en la cual conste el tipo de reclamo a tratarse, tramitan en esta etapa las tomas de conocimiento de las cuestiones a ventilarse, en reuniones guiadas por el Consejero de Familia y con facultad del mismo de acudir al cuerpo de auxiliares técnicos del Tribunal, el objetivo es el de arribo de una solución negociada entre las partes respecto a los conflictos planteados y a los que surjan de las entrevistas en esta etapa. Cerrándose la misma en dos circunstancias: 1.) Con un acuerdo interpartes la que se eleva a los jueces del tribunal a los efectos de su Homologación, o 2.) con acta de clausura de la etapa dando cuenta al Tribunal que no hubo conciliación arriada y tramita así el pase a la otra etapa “la contenciosa” con intervención de los jueces y resolución sentenciada.

- b)** La *Etapa Contenciosa* se inicia, como explicamos, una vez agotada la instancia conciliatoria sin que se halla arriado a un avenimiento, comprendiendo el proceso judicial conforme lo pretendido por el actor en su demanda, lo sustanciado en el responde y eventual reconvencción así como las pruebas aportadas, las cuales diligenciadas daran como fin del proceso la Vista de Causa por los miembros del tribunal quienes senteciaran en momento oportuno dando fin al proceso.

Es innegable que al contar en el propio tribunal con una etapa de conciliación con intervención de personal técnico especializado en cuestiones relativas a conflictos de familia, se agota gran porcentual de los temas del tribunal en dicha etapa, logrando resolución inmediata y sin necesidad de tramitar todo el proceso judicial, acotando los tiempos y labores a los propios jueces y haciendo menos traumático los procesos a las partes en conflicto.

2 EQUIPO TECNICO AUXILIAR – FUNCIONES

Los Tribunales de Familia Colegiado de Instancia Unica han de poseer en su estructura, además del lógico personal del órgano y de su consejero de familia, un cuerpo técnico auxiliar formado por médicos psiquiatras, psicólogos y asistentes sociales, estos formarían el cuerpo técnico de auxiliares con dependencia orgánica de cada tribunal y con actuación tanto en las etapas previas como en las etapas contenciosas.

Es trascendente su intervención en las soluciones de los conflictos de familia, operando con funciones interdisciplinarias de asistencia y colaboración con los jueces y los consejeros de familia, agilizando el procedimiento tanto el juez como el consejero mediante los informes (orales o escritos), en forma directa aclarando sobre cuestiones determinadas que hagan a los obrados, la facultad del juez al manejarse con equipo técnico del propio tribunal lo autoriza a consulta directa sin mediar formales pedidos de informes a oficinas periciales, dando celeridad a las resoluciones a adoptar.

Así referenciando la moderna Ley de Tribunales Colegiados de Familia de la República Argentina la misma establece en su artículo 3:

“Los Tribunales Colegiados de instancia única del fuero de familia estarán a cargo de tres (3) jueces cada uno, los que tendrán jerarquía funcional y presupuestaria de los jueces de primera instancia, e integrados con un consejero de familia cada uno.

Cada tribunal colegiado de instancia única del fuero de familia contará con un secretario y con la dotación de un cuerpo técnico auxiliar que asistirá interdisciplinariamente y colaborará con los jueces y el consejero de familia en las tareas y funciones que estos le asignen.

El cuerpo dependerá orgánicamente de cada tribunal y estará integrado por un (1) médico psiquiatra, un (1) psicólogo, y tres (3) asistentes sociales.

La dotación integrada de cada tribunal colegiado de instancia única del fuero familiar, será nombrada y removida por la Suprema Corte de Justicia.”

3 CONSEJERO DE FAMILIA – FUNCIONES

La ley de Tribunales de Familia de la Prov. de Buenos Aires (Argentina), introduce como novedosa la figura del Consejero de Familia y dentro de las variadas funciones que la norma le atribuye encontramos las siguientes:

- a)** Asesoramiento
- b)** Orientación
- c)** Seguimiento del proceso
- d)** Conciliación
- e)** Pedido de medidas cautelares

Se incorpora así la idea de consagrar soluciones más fáciles y pragmáticas al planteo del conflicto familiar, analizándolo en forma totalizadora y global, estableciendo para tal fin el trabajo interdisciplinario y evitando durante la etapa previa el método adversarial procurando actitudes volitivas de los sujetos del proceso convirtiéndolos en protagonistas de las auto composiciones de sus diferendos.

A sus efectos basa su actuación en el principio de intermediación y se halla dotado de herramientas (orientación y propuesta de distintas alternativas), para aportar a la familia en conflicto una adecuada solución.

Es función propia del Consejero de Familia la de amigable conciliador, para ello se halla facultado a citación a las audiencias tanto a las partes como terceros, solicitar informes y requerir colaboración de las oficinas periciales además del propio equipo auxiliar del tribunal, mas sin desplazar en momento alguno las funciones de representación promiscua y demás funciones legales del Asesor de menores e incapaces.

Respecto la conciliación, esta es una categoría procesal a fin de componer el conflicto o litigio, caracterizándose por la función activa que desempeña aquí el consejero de familia, quien ha de tomar puntual conocimiento de las posturas de cada parte, entrevistarse con ellos y con sus letrados en forma independiente, para luego poder plantear una solución alternativa que lo sea en interés de las partes poniendo fin al conflicto procediendo de la manera más conveniente al interés familiar, por ello que la actitud conciliatoria del Consejero de Familia, por más obligatoria que sea la instancia, no ha de partir solo del funcionario sino que los letrados de cada parte han de tomar, dentro de la custodia de los legítimos intereses de sus clientes, participación activa en la intención de lograr un fin conciliado a los conflictos planteados.

Así el consejero de familia mediará a toda instancia y con la libertad de procedimiento que la ley le otorga, a los fines de llegar a un acuerdo negociado inter partes logrando, en su éxito liberar al tribunal de intervenir en una cuestión ya por su intermediación resuelta, cerrándose el litigio con la homologación por el tribunal del acuerdo logrado en la instancia previa.

La importancia de este tipo de procedimientos reviste trascendencia cuando la aplicación se pretende en países como Argentina o el mismo Brasil, atento que la cultura media de la población no interpreta aun cuando un conflicto ha de ser dirimido por el órgano jurisdiccional, respecto la gravedad de los planteos o cuando las partes por sí mismos pueden lograr una solución “negociada” de sus conflictos sin poner en funcionamiento el tan complejo órgano judicial en un proceso de conocimiento.

4 CONCLUSION Y PROPUESTA

En atención de las experiencias basadas en las normativas actuales de mayor custodia a los derechos del menor y la familia, como las expuestas en el Congreso Hispanoamericano de derecho de Familia, Salta Argentina 1983; VII Congreso Mundial de Derecho de Familia, El Salvador 1992; X Congreso Internacional de Derecho de Familia Argentina 1998, con mas lo normado por el Codigo de Organización de tribunales colegiados de Francia; reformas del derecho del matrimonio y familia de Alemania 1976; la Family Court de 1987 fusionada con la Federal Court organizadoras del Tribunal de la Juventud de Australia; las normativas del derecho de familia de Espana 1981 por decreto 1322; seguida la norma Española por las de Estados Unidos en los estados de New York y Los Angeles; la celeridad impuesta a las cuestiones del menor y la familia por el derecho Israeli; el sistema de especialidad del “Codigo de Familia” de Bolivia, en el que se regulan en el Libro IV los tribunales de familia; la Family Court de Nueva Zelandia que cuenta con gran eficacia por la implementacion de “equipos interdisciplinarios”; y el modelo Argentino (Prov. De Buenos Aires), de reciente creacion pero favorable acogida en el mundo de lo juridico, por todo ello hemos de hallar la mayor protección a los intereses del fuero en la modalidad de Tribunales Colegiados de Familia munidos de su correspondiente equipo técnico de auxiliares a los efectos de discernir y resolver con la celeridad que lo juzicable merece, proponiendo el suscrito respecto al derecho de familia Brasilerlo lo siguiente:

- a) Separar la legislación que refiere a la familia y los menores del derecho general civil de fondo, creando al efecto el Codigo de Familia Brasilerlo.
- b) Adoptar para la aplicación de dicha normativa en el fuero de familia la de “Tribunales Colegiados de Instancia Unica en Derecho de Familia”, con aplicación del sistema de equipo técnico auxiliar y consejero de familia en la modalidad supra explicada.

A MULHER NO MERCOSUL

Maria Berenice Dias

Desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
Presidente da Associação Brasileira das Mulheres
de Carreira Jurídica – ABMCJ/RS

A desigualdade entre os países é o que tem levado à criação de novos mecanismos voltados à manutenção da paz, à coexistência solidária, à cooperação e ajuda mútua, fazendo surgir um novo sujeito de Direito Internacional – a comunidade – com um objetivo maior, que é a integração. O surgimento dos micromercados e a globalização das relações propiciou um novo conceito de soberania, sem que ocorra, no entanto, o desenvolvimento da ordem jurídica nacional de cada nação.

A América Latina, inspirada pelo sucesso dos projetos integracionistas da América do Norte (NAFTA – *North American Free Trade Agreement*), do Grupo Asiático e das Comunidades Européias, tomou o rumo da integração e cooperação a partir da Declaração de Iguazu, em 1985, que culminou com o Tratado de Assunção.

A concretização desse projeto no Cone-Sul, cujo objetivo é a criação de um mercado comum, submete-se a diversas condicionantes, tendo como traço essencial a supranacionalidade.

Impõe-se, nesse contexto, a formação de uma estrutura que integre os sistemas jurídicos, dotada de personalidade jurídica a ser reconhecida no plano internacional. Nesse tema de circulação dos modelos jurídicos, as propostas vão desde a uniformização da legislação, mediante convenções, até a criação de um código supranacional.

No que se refere aos direitos da mulher e à garantia de sua igualdade nas relações familiares e laborais, verificam-se notáveis divergências nos sistemas jurídicos internos de cada Estado-membro.

A Constituição Federal brasileira é a mais enfática, chegando a ser repetitiva ao consagrar a igualdade de sexos. Além da regra geral da igualdade de todos perante a lei, posta no *caput* do artigo 5.º, seu inciso I insiste na igualdade entre homens e mulheres, sendo que o artigo 226, § 5.º, refere

que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. Em três pontos a Constituição apresenta tratamento diferenciado na questão de gênero: confere licença gestante de 120 dias, concede à mulher aposentadoria com diferença de cinco anos a menos e assegura-lhe proteção no mercado de trabalho mediante incentivos específicos.

A Carta Constitucional do Paraguai, que data de 1992, é de todas a mais atenta à questão feminina. No capítulo intitulado *Da Igualdade*, em seu artigo 46, proclama que todos os habitantes da República são iguais em dignidade e direitos, não se admitindo discriminações, e, no artigo 48, enfatiza que o homem e a mulher têm iguais direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais, acrescentando: “O Estado promoverá as condições e criará os mecanismos adequados para a igualdade ser real e efetiva, afastando os obstáculos que impeçam ou dificultem seu exercício, facilitando a participação da mulher em todos os âmbitos da vida social”. Explicita que o homem e a mulher têm os mesmos direitos e obrigações com relação à formação e desenvolvimento da família e, de modo expresso (art. 52), diz que a lei regulamentará a ajuda que se deve prestar à família de prole numerosa e às mulheres cabeça de família. Também dispensa proteção especial ao trabalho das mulheres. Após afirmar que os trabalhadores de um e outro sexo têm os mesmos direitos e obrigações laborais, proclama que a maternidade será objeto de especial proteção, que compreenderá os serviços assistenciais e os descansos correspondentes, os quais não serão inferiores a 12 semanas. Acrescenta que a mulher não será despedida durante a gravidez nem durante o descanso por maternidade.

A Constituição da República do Uruguai, que data de 1952 e foi objeto de reforma em 1966, em seu artigo 8.º limita-se a afirmar que todas as pessoas são iguais ante a lei, não se reconhecendo outra distinção entre elas senão a dos talentos e virtudes. A única regra específica está no artigo 42, no qual é reconhecido o direito de proteção à maternidade, qualquer que seja o estado da mulher.

A mais antiga Constituição é a da Argentina, que data de 1853, tendo sofrido sucessivas reformas, sendo a última de 1994, por convenção constituinte. Consagra a igualdade em seu artigo 16, afirmando que todos os habitantes da nação argentina são iguais ante a lei. A única regra referente à questão do gênero é a relativa aos direitos políticos: “A igualdade real de oportunidade entre varões e mulheres para o acesso a cargos eletivos e partidários garantir-se-á por ações positivas na regulação dos partidos políticos e no regime eleitoral (art. 37)”.

O Chile, que acaba de se integrar ao Mercosul, no âmbito constitucional em nada atenta à questão feminina. Limita-se, no artigo 1.º, a dizer que os homens nascem livres e iguais em dignidades e direitos, e o artigo 16, ao tratar da liberdade de trabalho e sua proteção, proíbe qualquer discriminação que não se baseie na capacidade e na idoneidade pessoal.

Merece registro que somente Brasil e Paraguai deferem proteção às relações extramatrimoniais. A nossa Carta, no § 3.º do artigo 226, outorga proteção estatal à união estável entre o homem e a mulher. O artigo 51 da Constituição guarani possibilita às uniões de fato entre homem e mulher sem impedimentos legais para contrair matrimônio, e que reúnam as condições de estabilidade e singularidade, a produção de efeitos similares ao matrimônio, dentro das condições que a lei estabeleça.

Com exceção da Constituição argentina, os demais países integrantes do Mercosul consideram a família o fundamento da sociedade (art. 48 da Constituição paraguaia, art. 226 da brasileira, art. 40 da uruguaia e art. 1.º da chilena).

A presença dessas disparidades mostra a necessidade de uma unificação em nível legislativo, tanto constitucional como infraconstitucional. Mesmo na experiência européia, lentos são os trabalhos da Corte de Justiça e da doutrina na elaboração de um Direito comunitário, ainda que já exista um projeto de Código Civil em estudo.

No estágio em que se encontra o nosso projeto integracionista do Cone-Sul, está muito distante de uma codificação supranacional.

No entanto, relativamente à mulher e à família, a harmonização se vislumbra mais viável em face das convenções e tratados internacionais que foram assinados por plenipotenciários do Mercosul e recebidos na ordem jurídica interna de cada Estado-membro.

Tanto a *Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminações contra a Mulher*, decorrente da 1.ª Conferência Mundial promovida pela ONU na Cidade do México, em 1979, como a *Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher*, aprovada pela OEA na convenção de Belém do Pará, em 1994, são fontes normativas de Direito Internacional que têm primazia sobre as normas de Direito interno.

A nossa Constituição, no último dispositivo consagrador dos direitos e garantias, expressamente prevê a não-exclusão dos direitos decorrentes dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte.

A carta constitucional argentina, no inciso 22 do artigo 75, menciona os tratados subscritos, afirmando sua hierarquia superior às leis, sendo que seus textos acompanham as publicações da Constituição.

É necessário lembrar que o maior evento já realizado pela ONU foi a *IV Conferência Mundial sobre a Mulher*, realizada no ano passado, em Pequim. Reuniu, no encontro oficial, representantes de 180 países, e o Foro Paralelo das Organizações Não-Governamentais agregou mais de 30 mil mulheres, provindas de 218 países.

O encontro, do qual tive o privilégio de participar, traçou uma política de universalização dos direitos da mulher e respeito a sua dignidade, elaborando uma plataforma de ação para os próximos dez anos. Cabe ressaltar que os países participantes do evento firmaram um documento mais significativo, a *Declaração de Beijing*, verdadeira carta política por meio da qual assumiram o compromisso de implementar as metas traçadas durante o encontro.

Assim, estão consagrados, nas ordens jurídicas dos países signatários do Tratado de Assunção, a plena igualdade e o compromisso de eliminação da violência e da discriminação, cumprindo unicamente a introdução efetiva dessas normas consagradoras dos direitos da mulher, conferindo-lhes eficácia pela aplicabilidade.

De nada resolve termos leis, garantias constitucionais, tratados internacionais, se não houver a busca incessante pelo fim da discriminação, única forma de erradicar a violência contra a mulher, fruto, exclusivamente, da falta de consciência de igualdade.

O QUE HÁ DE NOVO NO DIREITO DE FAMÍLIA?

Marcos Antônio Paiva Colares

Advogado familiarista

Sociólogo

Mestre em Sociologia, Professor da UFC e UECE

Membro do Instituto dos Advogados do Brasil

Conselheiro Federal da OAB

Secretário Geral da Comissão Nacional dos Direitos Humanos
do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil

Sumário

1. Introdução. **2.** O Direito comporta inter-relações contenciosas? **3.** Velhos fantasmas retornam com outras cores no pós-divórcio. **4.** À guisa de conclusão

1 INTRODUÇÃO

Uma questão que costumeiramente me ocorre é: *existe algo de novo no Direito de Família?* Tomando o Brasil como referência, podemos dizer que a resposta é afirmativa, se levarmos em consideração as nossas raízes latinas. Não temos mais amparo para a figura prepotente do *pater família*; o casamento ora é dissolúvel via divórcio – sem que isso implique um declínio social para a mulher; as uniões concubinatórias começam a receber amparo legal; a proteção à infância e à adolescência agora é colocada como um dever social, o que inclui não só a família, mas o Estado, a comunidade e a sociedade em geral; as relações entre pessoas do mesmo sexo são alvo de discussão com fito regulamentador – em favor do fato e contra a hipocrisia.

E as famílias, como estão? Apesar da incongruência entre a próxima afirmação e as anteriores, *as famílias não mudaram muito*. Aqui corro risco de repetir o canção popular ao dizer “apesar de termos feito tudo o que

fizemos, ainda somos os mesmos e vivemos como nossos pais”.¹ As mudanças normativas, pela sua característica *erga omnes*, a todos contemplam, mas nas relações domésticas a diferenciação de gênero e os papéis sociais assumem outras conotações. A coabitação mantém-se como o modo mais freqüente de formação de famílias, embora a incompatibilidade de gênios, que se acentua pela convivência, seja um dos motivos mais recorrentes das separações. Na verdade, as famílias, por razões conjunturais, reproduzem os modelos possíveis de socialidade, por vezes fechando os olhos ou simplesmente não percebendo a sedução do desejo – que freqüentemente mora na “contramão”.

Os que trabalham com populações carentes sabem que as famílias matrifocais são, principalmente, fruto de uma contingência estrutural, e não uma reviravolta econômico-social. Por outro lado, as pendências mais difíceis de transpor nos casos de separação, independente da classe social, ainda são de natureza patrimonial – no mesmo patamar estão a casa de praia e o fogão de quatro bocas, ou, ainda, o carro importado e o guarda-roupa de fórmica: *é como se disséssemos – a cada um segundo suas necessidades, de cada um segundo suas possibilidades.*

Da mesma forma, apesar de ter crescido o número de filhos sob a guarda paterna, isso ainda é uma questão polêmica entre os operadores do Direito. Podemos notar um certo crescimento das decisões judiciais favoráveis à concessão de guarda ao cônjuge ou companheiro varão, mas nas peças processuais e salas de audiências ainda é afinado o coro dos que defendem que a prole ficará mais bem assistida sob a guarda da mãe.

Repetindo as perguntas:

- a) *existe algo de novo no Direito de Família?* Podemos dizer que sim. Merece destaque a vontade de adaptar os institutos jurídicos à realidade social e aos imperativos de uma ética que se deseja – sob os auspícios da ONU – seja planetária;
- b) *as famílias permaneceram imutáveis?* Considero que não, mas ainda guardam uma série de resquícios culturais vinculados a tradições que antecedem aos atuais modelos legais.

Neste trabalho tentarei expor um pouco do esforço que vem sendo empreendido para combinar avanços jurídicos, inter-relações acadêmicas e posturas sociais.

1 BELCHIOR. Como nossos pais. *In: Alucinação*. Philips, 1976.

2 O DIREITO COMPORTA INTER-RELAÇÕES CONTEUDÍSTICAS?

O hábito de expor didaticamente faz com que eu freqüentemente engendre rotas pelo caminho das questões, por isso aí vem outra: *O Direito comporta inter-relações de conteúdo com outras esferas do saber?* A resposta sensata é sim (pois caso contrário retornamos àquela velha discussão sobre o lugar acadêmico do Direito), mas a resposta real é: *Sim, embora ainda exercitemos isso muito pouco.*

Enquanto objeto de análise, as ações e relações sociais humanas fazem parte do campo de interesse de uma série de saberes acadêmicos; o que nem sempre ocorre é a busca da apreensão coletiva desse objeto – algo capaz de construir uma leitura interdisciplinar. Isso, em parte, se dá por conta de uma certa fleuma durkheimiana² de alguns cientistas, que, apesar de falarem na inter-relação do conhecimento humano, defendem ardorosamente seus “feudos intelectuais”.

De certa forma nossos cursos jurídicos contribuem para esse afastamento entre o Direito e os outros saberes. Ali os estudantes não são treinados para o exercício da interdisciplinaridade: “nosso mundo” resume-se à lei, à doutrina e à jurisprudência. Freqüentemente, também não há lugar para noções de negociação, mediação e cooperação. Ensina-se a beligerância como metodologia de trabalho e raramente ofertam-se disciplinas de outras áreas humanísticas; todo o esforço no sentido de ampliar seu horizonte intelectual fica a cargo do estudante.

Nos estágios, curriculares ou não, a ênfase está na cultura *juris et de juris* (de direito e por direito), sem abertura à prática do diálogo com outras interpretações acadêmicas. Gratas são as exceções, quase todas oriundas de alguns programas de extensão universitária e instituições do terceiro setor.

Por outro lado, a falha de comunicação não se expressa exclusivamente por responsabilidade das letras jurídicas, posto que as outras esferas de conhecimento mantêm-se a uma “distância segura” em relação ao Direito, talvez pela aparência totêmica do nosso horizonte de saber. Usualmente essa fronteira só se vê rompida diante de necessidades como o ajuizamento de uma ação, um parecer, a propositura de um pleito administrativamente etc.

Como o tema é vasto, vou concentrar-me, nesta pista de mão dupla, no itinerário dos operadores do Direito.

2 Referência a *Émile Durkheim* e sua visão do “fato social”.

Há alguns anos ouvi *Ciro Marcos da Silva* dizer que a combinação entre Direito e Psicanálise era para alguns “coisa de exóticos”.³ Com certeza o meu bom amigo não estava exercitando a sua veia poética ou a sua verve metafórica. Frequentemente, tenho testemunhado que o Direito “serve-se” dos outros saberes (exemplo disso são as perícias), ou se dispõe a produzir interpretações multidisciplinares, mas poucas vezes despe-se da sua vaidade de pseudociência nomotética e materializa ações interdisciplinares. No campo do Direito de Família, em nosso país, vejo no Estatuto da Criança e do Adolescente a principal exceção a essa regra maquiavélica.

O Estatuto (Lei 8.069/90) é exemplar enquanto construto normativo no aspecto metodológico, posto que contou com a contribuição de educadores, sociólogos, psicólogos e juristas na sua elaboração, sendo, de fato, fruto de um trabalho interdisciplinar, pois apenas com o auxílio da hermenêutica é possível decodificar fissuras identificadoras da contribuição mais acentuada de um ou outro saber.

Ainda referindo-me ao Estatuto da Criança e do Adolescente, há de se observar que a participação da equipe interprofissional nas varas competentes do Poder Judiciário para essa matéria (art. 150s), em tese, é mais larga do que a vivenciada por qualquer profissional não jurídico em qualquer outra esfera cível. Gozam legalmente de relevância no dia-a-dia da operacionalização daquela norma, praticando atos de orientação e prevenção, bem como funcionando no processo como serviços auxiliares da Justiça, o que representa um grande avanço se comparado com o raio de ação dos peritos nas Varas de Família.

Embora possamos questionar o fato de os “serviços auxiliares” supracitados estarem subordinados à autoridade judiciária, o que pode levantar suspeita sobre a independência de suas manifestações, há de se lembrar que a lei é clara ao afirmar que aos profissionais dessa equipe interprofissional é “assegurada a livre manifestação do ponto de vista técnico”.

Como as Varas de Família não dispõem legalmente de estrutura semelhante às Varas da Infância e da Juventude, conta-se, frequentemente, somente com pareceres técnicos apresentados pelas partes (que têm a missão explícita de contribuir na formação do convencimento do julgador) e, em algumas comarcas, com um serviço social, geralmente utilizado apenas pelos hipossuficientes, que pouco acrescenta, em termos de elaboração acadêmica, ao universo que envolve as lides familiaristas, não poucas vezes funcionando como espaço de pressão sobre uma das partes.

3 *Encontro Brasileiro de Direito e Psicanálise*. Curitiba/PR, 1994.

Infelizmente, experiências de pesquisa e extensão junto às Varas de Família, como a empreendida pelo Instituto Brasileiro de Estudos Interdisciplinares de Direito de Família,⁴ onde a investigação de paternidade é acompanhada psicológica e socialmente, envolvendo o requerente, sua mãe e o suposto pai, ainda são ímpares em nosso país. Da mesma forma, ainda são poucas as iniciativas conjuntas (universidade/sociedade civil/Judiciário), como o PAPI (Posto Avançado Proteção Integral), que combina exercício de direitos com uma leitura ontológica do sentido da cidadania. A multiplicação de ações que contribuam para a interligação orgânica entre o Direito e outros saberes pode conferir à nossa área de conhecimento maior integração com a sociedade e aproximar-nos da consecução do ideário de justiça.

A título exemplificativo, chamo a atenção para os casos de decisões em tese de medidas cautelares que impliquem a saída de um dos membros do casal do domicílio comum.⁵ Nestes casos, a ausência de um aparato de apoio que forneça ao julgador elementos psicossociais sobre o caso faz com que ele baseie-se apenas nas peças trazidas aos autos por ocasião da propositura da ação e em testemunhos (por vezes desmerecedores de valor jurídico).

Considero que esses poucos motivos aqui elencados – os quais dão conta do desaparecimento do Judiciário na maioria das Varas de Família, das lacunas na formação acadêmica dos operadores do Direito, quanto à produção interdisciplinar sobre a familiaridade, do hiato que se dá entre a operacionalização da Justiça nas Varas de Família e da Infância e da Adolescência – já justificariam a conclusão de que, no campo das inter-relações conteudísticas – nossos avanços ainda são irrisórios. A meu ver, tudo isso acena para a necessidade de:

- buscar-se a reformulação dos currículos dos cursos jurídicos na perspectiva interdisciplinar;
- estimular-se as iniciativas de produção de conhecimento interdisciplinar sobre a familiaridade;
- implantar-se a unificação dos procedimentos judiciais que afetam a família, no espírito da Constituição Federal.⁶

4 CATTANI, Aloysio Raphael *et al.* O nome e a investigação de paternidade: uma nova proposta interdisciplinar. In: *Direito de família e ciências humanas*. 2. ed., São Paulo: Jurídica Brasileira, 1998, p. 10-30. Caderno de estudos.

5 Para alguns julgadores é cabível a Medida Cautelar de Separação de Corpos, quando casados (art. 7.º, § 1.º, da Lei 6.517/77, c/c art. 796 do CPC) e a Cautelar Inominada, para os que mantêm união estável (art. 798 do CPC).

6 Pois se observa, nitidamente, um descompasso entre a operacionalização dos artigos 226 e 227, no tocante à absorção de pessoal especializado nas áreas psicossociais e afins, sem o que os avanços legais não terão eficácia.

3 VELHOS FANTASMAS RETORNAM COM OUTRAS CORES NO PÓS-DIVÓRCIO

Parafraseando *Shakespeare*, há muito mais entre o real e o justo do que possam dar conta nossas limitadas possibilidades jurídicas. Após a adoção do divórcio no Brasil, viramos uma página de preconceito e injustiça social. Sob o ângulo moral, a sociedade majoritariamente absorveu o novo instituto como fruto dos novos tempos. Considero que o Estado, via aparelho jurídico, institucionalizava uma nova ordem familiar sob a pressão social – e com isso mantinha-se o império da regulamentação do desejo.

Creio que ainda existem muitos problemas jurídicos familiaristas a serem analisados e institucionalizados. Destaquei, para este diálogo, três que têm se mantido entre a polêmica e a efetividade:

- *o concubinato;*
- *as uniões homossexuais;*
- *o aborto.*

I. O peso da tradição no Direito de Família não conseguiu manter por mais tempo a situação ridícula do não-reconhecimento do concubinato e seus efeitos. A Constituição de 1988, ao absorver a união estável como geradora de famílias e merecedora da proteção do Estado, deu um basta na hipocrisia reinante na Emenda Constitucional 1, de 1969, que só reconhecia como família a instituição gerada a partir do casamento.

A questão mais polêmica acerca dessas relações afetivas parece dizer respeito ao aspecto patrimonial. A configuração da relação como sociedade de fato ou união estável tem sido o ponto nodal, quer para os teóricos, quer para os julgadores.

Considero que o aperfeiçoamento de entendimento sobre os efeitos da união estável passa pela reformulação das legislações que tratam do assunto (Lei 8.971/94 e Lei 9.278/96), posto que a manutenção destas tem contribuído para a instalação de uma série de equívocos interpretativos; o que compromete a eficácia do Direito.

Por outro lado, o passo mais importante com relação a essa temática somente se dará com o desenvolvimento da consciência coletiva no rumo da absorção da união estável como uma opção legal e digna de familiaridade.

II. A união entre pessoas do mesmo sexo esbarra num preconceito muito mais acentuado do que com relação à união estável. Sobre esta questão residem referências das mais diversas ordens e inclusive problemas de ordem psicossocial; posto que legislar sobre esta matéria tende a expor a libido das pessoas.

O Brasil teve uma oportunidade recente de legalizar a situação de muitos homossexuais que mantêm compromisso afetivo-patrimonial entre si, através do Projeto de Lei⁷ de autoria da então Deputada *Marta Suplicy*, que trata do *Contrato de parceria civil entre pessoas do mesmo sexo*. A polêmica em torno da questão não permitiu que ele fosse votado, mas um dado interessante se coloca diante do problema: enquête feita pelo programa televisivo *Fantástico*, da Rede Globo, colheu uma pequena mas simbolicamente significativa maioria de votos a favor da regulamentação, entre os telespectadores de todo o Brasil.⁸

Creio que provavelmente a regulamentação das relações homossexuais encontrará guarida no Brasil no momento em que a questão passar a ser tratada em um número mais significativo de países, principalmente por parte daqueles que encabeçam a pirâmide da economia mundial. Isso se deve ao fato de que a polêmica que envolve a questão torna cômodo ao cidadão, anonimamente, manifestar-se favorável à regulamentação, mas tem embaraçado políticos da mais diversas cores partidárias.

III. O aborto traz um elemento novo, em relação às duas outras questões – é uma conduta criminalizada. Embora afeto à familiaridade, o aborto inclui particularidades que vão, por exemplo, da Sociologia à Filosofia, da Medicina à Psicanálise, da História ao Direito. Sem falar que a questão também traz ingredientes religiosos e éticos. Por outro lado, internacionalmente a questão esquentou embates de posições antagônicas entre si, chegando a ser legal em alguns Estados de um país e ilegal noutros.

Particularmente, sou favorável à manutenção das hipóteses previstas na legislação penal, socialmente extensivo aos que não podem custear a intervenção, pelo Sistema Único de Saúde, pois essa é uma forma de universalizar o acesso a serviços médicos legais, o que, em tese, protege a vida da mãe e oferece meios para o Estado controlar o cumprimento da lei.

7 Projeto de Lei 1.151/95.

8 A título ilustrativo, pesquisa divulgada pela revista *Realidade*, em julho de 1965, dava conta de que 79% dos brasileiros consultados eram favoráveis à legalização do divórcio, o que veio a ocorrer em 1977.

Por outro lado, graças aos avanços da medicina, alio-me aos que defendem que a intervenção também pode acontecer nos casos em que é patente a impossibilidade de sobrevivência do feto, como no caso de diagnóstico de anencefalia.

Como o objeto é extremamente rico, considero inoportuno continuar a discorrer sobre ele sem a chance de poder aprofundar esta manifestação, posto que é lateral ao tema dessa discussão.

4 À GUIA DE CONCLUSÃO

Sinto que urge o investimento da comunidade jurídica na formação de familiaristas, posto que o conhecimento inobjetivo tem seus dias contados. Constrange-me e incomoda-me profundamente continuarmos a conviver com alusões propagandísticas do tipo: “Fazemos separações, divórcios, cobranças e defesas criminais”. O que me incomoda não é a descrença de que alguns colegas possam ser polivalentes em sua advocacia, mas a atitude aética de tratar a familiaridade como mercadoria.

Da mesma forma considero imprescindível que as demais carreiras jurídicas, ao depararem-se com questões de família, o façam com os olhos de juristas, e não sob o tãço do moralismo e do legalismo.

As mudanças no universo profissional afetadas ao Direito de Família passam necessariamente pelo desenvolvimento acadêmico dos operadores do Direito, tudo isso fundado em princípios de interdisciplinaridade.

Considero que urge o estabelecimento de uma codificação de Direito de Família. Sei que contra essa tese pesam duas outras. A primeira fundada no argumento de que a era dos códigos está superada, posto que as leis esparsas têm maior mobilidade diante das necessidades históricas de modificação do texto legal. A segunda estriba-se no argumento do longuíssimo espaço de tempo necessário para a aprovação de um código – sendo um bom exemplo disso o nosso Código Civil. Enfrento ambas as argumentações de maneira singela, embora as respeite. Vejamos: os códigos ou estatutos fazem parte da tradição civilista herdada do Direito Romano e da Revolução Francesa, e não poucas vezes levantaram-se pela abolição dos já existentes. Condensar a legislação afeta ao Direito de Família, da Infância e da Adolescência e das Sucessões num único instrumento normativo impediria que tantas posições díspares, em relação ao mesmo objeto, fossem freqüentemente tomadas – fruto da tarefa hercúlea que é compatibilizar o que se encontra disperso. Por outro

lado, mais facilmente se poderia unificar procedimentos, no que tange à familiaridade, conferindo uniformidade aos institutos e celeridade aos processos. Quanto à velocidade para modificar a legislação, as reformas sofridas pela atual Constituição em pouco mais de uma década de vida deixam claro que, existindo vontade política – mesmo ao arrepio dos interesses nacionais –, rapidamente se emenda uma lei, no Brasil.

Considero, outrossim, que é chegada a hora de lançar mão de instrumentos mais generosos que o foro para com as partes na solução de conflitos. Neste sentido a mediação tem demonstrado ser uma metodologia valiosa, por respeitar as partes em suas individualidades e chamá-las a vivenciar a condição de sujeitos de suas vidas, não permitindo que tergiversem em relação ao verdadeiro motor da lide. Através da mediação pode-se reduzir a pauta de conflitos familiares no Judiciário e contribuir para que as partes não utilizem ardis legais para dar vazão a suas necessidades de continuarem indiretamente suas relações, de forma vil e procrastinatória.

Não estou querendo inventar a pólvora, pois, como diz *Maria de Nazareth Serpa*, “no mundo ocidental, tudo o que se faz é aparelhar velhas descobertas a situações comuns”.⁹

Creio que há algo de novo no Direito de Família: a vontade de vencer os limites ridículos da acomodação intelectual. Porém, tudo será vão sem a assunção pela sociedade (Estado, comunidade acadêmica, organizações não governamentais) de uma postura responsável com relação à família, *lato sensu*, e à infância e adolescência, *stricto sensu*, transformando o texto da Constituição Federal em letra viva.

O Direito de Família parece-me ser o espaço privilegiado para a discussão dos diferentes olhares sobre a familiaridade, algo que pode vir a contaminar todo o Direito de uma mobilização para a interdisciplinaridade.

9 SERPA, Maria de Nazareth. *Mediação da família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 22.

EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA FAMÍLIA BRASILEIRA

Rui Geraldo Camargo Viana

Advogado, Parecerista em Direito Civil e de Família
 Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
 Professor Regente dos cursos de Graduação e Pós-Graduação
 da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
 Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça
 do Estado de São Paulo

É tema inçado de aspectos interdisciplinares pelos quais nós, velhos professores de Direito Civil, acostumados com a exegese dos textos, sairemos um pouco desta rotina para fazer uma análise sociológica do que é a família no Direito brasileiro e como ela percorreu esses 500 anos de brasilidade.

Podemos dizer que no começo era a mãe, o verbo veio depois, porque a sociedade nasce com a mãe, pelo que a figura da mãe é uma figura proeminente na formação da sociedade e na própria história do homem.

A família tradicional, a família romana antiga é a família dita patriarcal, designação que se disseminou, por causa do peso da cultura, da argumentação e da autoridade de *Gilberto Freire e Oliveira Viana*, os quais, focados na família tradicional do Norte e Nordeste do Brasil, na família setentrional, praticamente delinearam uma família dita patriarcal na sociedade rural, o que, contudo, não reflete a família brasileira como um todo. Estudos mais modernos feitos em São Paulo, por exemplo, mostram que a família do Sul, mormente a família paulista, difere de certa forma dessa família patriarcal que *Gilberto Freire e Oliveira Viana* tanto realçam como moldadas naquele princípio da submissão da mulher e da dominação do marido, que *Capistrano de Abreu* sintetizava na sua fórmula “pai dominador, mãe submissa e filhos aterrados”; essa era a família tradicional, a família paternalista em que havia a autoridade do *pater familias* sobre a grei, que em torno dele gravitava.

Na família romana, havia até uma abrangência econômica, no sentido de a família compreender todos os agregados, que eram aqueles que descendiam de uma mesma estirpe; compreendia também aqueles que vinham, se ligavam à família por laços civis, os chamados cognados, e ainda abarcava toda a clientela, os escravos e os bens, já que, no conceito de Direito romano,

a família se constituía de *personas et pecus*, ou seja, o gado também fazia parte dela, pois a família era um núcleo econômico, no sentido de que caráter patrimonial.

Tais aspectos são encontrados na família tradicional do Norte do Brasil, onde havia monocultura, grande extensão do latifúndio e necessidade de braços para o trabalho, restrito às grandes plantações de cana de caráter cíclico, havendo o período das colheitas, mas também o período de quiescência, durante o qual as plantações ficavam em estado de repouso e crescimento, pelo que, desde o plantio até o corte, as pessoas permaneciam ociosas e dependentes do chefe de família, do *pater* que era o dono da gleba, o senhor do peonato, o senhor rural.

Nós tivemos no Brasil a hegemonia dos donatários de terra, o baronato do café em São Paulo, do gado no Sul, o baronato do cacau e da cana no Norte e Nordeste, com as típicas famílias tradicionais.

Em São Paulo, como os latifúndios fossem menores, as famílias se fracionavam. Quando os filhos atingiam a maioridade, iam, em sua maioria, para os grandes centros, porque não encontravam trabalho que viabilizasse a permanência nas casas grandes. Assim, alargaram as cidades, onde a vida se desenvolvia, onde o homem, segundo velho ditado alemão, respira liberdade, pois está mais disperso, menos vigiado, e sofre, por isso, menor controle quanto ao exercício de sua liberdade.

A Igreja e o Estado eram afetados pela influência das famílias poderosas; a história nos mostra que o Brasil foi formado através de privilégios, concessões de datas e sesmarias aos grandes senhores, aos capitães que detinham o poder, pois quem tinha terra tinha poder, numa repetição do medievo europeu, quando os senhores tinham sua hegemonia concentrada no domínio de homens e terras (*nulle seigneur sans terre et nulle terre sans seigneur*). O poder decorria da posse da terra, e na terra o senhor tinha assentado o peão, que era o braço-de-trabalho e o eleitor.

O coronelismo concentrava o poder político e econômico – essa era a sociedade tradicional. *Oliveira Viana* mostra uma divergência na estrutura das famílias pobres comparada com a estrutura das famílias ricas, pois estas foram concebidas com base no economicismo, em torno da propriedade, em torno da riqueza. Se fôssemos focar, em São Paulo, uma família tradicional, veríamos que os estudos genealógicos mostram um interesse na manutenção e concentração do poder, sobretudo do poder econômico, o que induzia às uniões intrafamiliares por meio do casamento.

A nossa sociedade, como retratada por *Gilberto Freire e Oliveira Viana*, não corresponde à generalidade da sociedade brasileira, sendo vista por eles como centrada na autoridade do *pater familias* e na grande herdade, em forma da qual gravitavam os organismos apendiculares, como a vizinhança, dependentes da tutela do senhor da terra, que detinha e manipulava o poderio econômico e político.

Os filhos dos senhores do engenho eram tão ignorantes quanto seus escravos, pois nascendo e vivendo nas fazendas, tornavam-se embrutecidos.

Nossa história revela que a elite brasileira proveio em grande parte dos bastardos, dos filhos de clérigos, estes letrados e educados em colégios.

A família paulista tem sido estudada a partir de dados colhidos em recenseamentos e testamentos, que muita luz e esclarecimento vêm trazendo sobre nosso passado.

Do recenseamento de 1836, em São Paulo, tem-se extraído uma série de dados para entendermos a família paulista, que difere da descrita por *Gilberto Freire*, o qual se prende ao regionalismo: a maravilhosa estrutura que traça não pode ser visualizada como abrangente.

Ao analisarmos esse censo primeiro de São Paulo, temos que a família paulista não era tão vasta e extensa como fora a família patriarcal do Norte/Nordeste. Pesquisa quanto ao número de moradores das casas de São Paulo constatou a média de 1 a 4 habitantes por casa, na sua maioria, ou seja, eram famílias nucleares, não no sentido moderno que se deu ao termo, mas no sentido de núcleo, concentradas, formadas pelo pai, mãe e filhos; quanto à família patriarcal, 26% dos domicílios eram baseados na família tradicional, fundada pelo casamento, e os demais 74% eram de famílias menos extensas e não fundadas pelo casamento. Vemos, assim, que o casamento não era a tônica da família brasileira, até porque ele não era acessível às famílias mais pobres, fenômeno que ainda hoje se repete.

Visualize-se na velha São Paulo uma grande parcela de adeptos do celibato. Os paulistas eram celibatários na sua maioria, homens solteiros que viviam solitários ou com seus filhos ilegítimos, tanto que nos testamentos há reiterada menção à “fraqueza humana”, principalmente por parte das mulheres, que em seus testamentos confessavam esses seus pecadilhos, justificados por seus momentos de tibieza, o que ressalta que os paulistas eram um povo bastante resistente ao relacionamento matrimonial.

O casamento era praticado apenas pelos mais abonados, pois escravos e agregados não eram muito afeitos ao casamento. Uma pesquisa interessante mostra-nos que, de 503 famílias ou pessoas solteiras estudadas, 140 tinham,

em média, cada uma, quatro filhos naturais; isso mostra a presença das uniões morganáticas ou concubinárias, ou seja, em uma sociedade restrita e conservadora, as uniões extraconjugais constituíam maioria, havendo tolerância e proteção em relação aos bastardos.

Outro dado de relevo é que não havia, na família paulista, aquela hegemonia do patriarcado, pois no Nordeste era comum que o *pater* mantivesse várias concubinas ou comborças num mesmo teto, pois o *pater* nordestino era mais autoritário e a mulher mais submissa; em São Paulo, as concubinas viviam em lares separados, mas era comum a proteção aos filhos extramatrimoniais, o que se vê em muitas disposições testamentárias (quando não havia filhos legítimos, pois, quando os havia, faziam-se restrições). Não havendo filhos legítimos, era comum o acolhimento em casa, postura que algumas mulheres adotavam para se fazerem de santas e mostrarem que haviam perdoado os desvios e pecados de seus maridos.

Uma pesquisa nos mostra a frequência dessa fragilidade humana, pois em 1.449 chefes de família pesquisados, detectou-se que as famílias não eram tão numerosas como as famílias do Norte/Nordeste, mostrando as estatísticas que 46,4% das famílias não tinham filhos, 15,7% tinham 1 filho e apenas 10%, apareciam com mais de 5 filhos. Isso mostra que a família paulista não tinha o perfil de uma família patriarcal numerosa; era, ao contrário, uma família concentrada e de característica nuclear.

Nesse recenseamento, constatamos que, em São Paulo, os casamentos não eram tão precoces, pois praticamente não havia casamento de menores de 14 anos, talvez devido à condição econômica que os acabava retardando, pois aqui não havia essa dependência total do pai e, para se casar e manter seu novo estado, era necessário que se tivesse mínima condição econômica, o que não era comum para um garoto de 14 a 16 anos.

Nos testamentos, vislumbramos também o estereótipo de uma família alongada com as deixas para os afilhados, para os beneficiados e para alguns escravos, a quem, sempre cauteloso, o testador determinava que fossem alforriados depois de sua morte, precavendo-se para ser atendido até o fim de seus dias.

A família paulista não tinha também um grande número de escravos como ocorria com as famílias do Norte/Nordeste, pois 64% das famílias daqui não tinham escravos e 80% não tinham os agregados, consistentes na clientela, que era comum nas famílias tradicionais. Essa clientela era formada por algum trabalhador desgarrado, um trabalhador eventual que acabava ficando na sede, as próprias amas-de-leite, as amas-secas etc.

Nessa esclarecedora estatística paulista, temos que 10% dos moradores tinham 1 escravo, 32% tinham até 10 escravos e apenas um abonado aparecia no censo com 50 escravos. Disso se colhe que, em São Paulo, a atividade escrava não era tão grande, não pela bondade ou por obra dos fervorosos abolicionistas paulistas, mas pelo custo da “mercadoria”, além do que havia a presença dos agregados, que ajudavam nas tarefas.

O casamento, então, ao que se vê, era reservado para os mais abastados, ou seja, a posição socioeconômica reservava os casamentos apenas para a elite branca. Tem-se, ainda, que, como os casamentos eram pautados pelo nível socioeconômico, suas possibilidades eram muito angustas, pois sendo religiosa a celebração, tinha de ser expedido pedido para Roma, a fim de que lá se verificasse se não estava presente algum impedimento que frustrasse o matrimônio ou que ofendesse o plano de Deus. Somente depois de grandes reclamos foi editada uma bula que conferia poderes para o Arcebispado da Bahia dar essas autorizações para levantar impedimentos, pois isso dificultava muito os casamentos e propiciava muitas mancebias.

As moças ficavam, pela nossa estrutura, submissas à autoridade paterna. Se analisarmos o Direito brasileiro à época das Ordenações Filipinas, veremos que configurava justa causa para deserção das filhas o fato de se deitarem com homem fora do lar paterno, porque isso era uma ofensa ao *pater*; para os rapazes havia uma maior tolerância... A Lei tratava discriminatoriamente as mulheres, como se vê, por exemplo, no Código Criminal do Império, que punia o adultério não com aquela virulência das ordenações (que mandavam apedrejar as mulheres) ou outras penas originárias dos tempos bíblicos, mas ainda assim severamente; já para os homens serem punidos, precisava haver prova material de que ele estivesse em concubinação franca com a mulher, pois relações passageiras, pequenos desvios e alguns pecadilhos eram tolerados.

Com a bula papal de 26 de janeiro de 1790, tivemos então a abreviação de tempo e a facilitação do casamento, e as castas de famílias gradas viram-se privilegiadas, enquanto os pobres continuavam na penúria. Na judicatura do interior de São Paulo, pudemos perceber que na época das colheitas havia grande incidência de “ajuntamentos”, onde o peão, depois da colheita, amealhado um peculiozinho, combinava com o pai da moça o rapto da noiva. Isso ocorria para evitar os gastos e o ritual do casamento. Eram comuns os pedidos de suprimento de consentimento para casamento daquelas moças já engravidadas que preferiam fugir com o noivo, para evitar os ônus e encargos sociais do casamento.

Alfredo Ellis, estudando a sociedade de São Paulo da época de 1700 a 1800, mostra que os casamentos consangüíneos chegavam a 23,3%, no seiscentismo e a 47,8% no setecentismo, o que evidencia a união dos patrimônios; um exemplo é o caso da união de Veridiana Prado com Martinho Prado, por ser uma união conveniente, já que ela era sua cunhada, e casar com a cunhada tinha uma dupla vantagem, pois além de economizar uma sogra, preservava-se o patrimônio, já se estando ligado àquela família. Vê-se daí que a família tradicional era ligada por laços econômicos, além dos laços de amor.

Uma carta de D. Francisco Manoel de Mello dirigida a um amigo, explicando-lhe como se fazia um casamento conveniente, é muito curiosa, pois diz que “uma das coisas que mais podem proporcionar a felicidade dos casados é a proporção do casamento. A desigualdade no sangue, na idade, na fazenda, causa contradição, causa discórdia, perde-se a paz e a vida é um inferno. Para satisfação dos pais, convém a proporção do sangue. Para o proveito dos filhos, a proporção da fazenda. Para o gosto dos casados, a da idade. Se bem que essa última assertiva não era de todo válida, pois os velhos daquela época, tal como hoje acontece, adoravam casar com uma mocinha nova, dizendo que isto tem um efeito rejuvenescedor”.

As Ordenações puniam os casamentos entre pessoas desiguais. Era preciso uma autorização da justiça para que esses matrimônios pudessem se realizar, ou seja, havia uma interferência do Estado, a fim de conservar os patrimônios. Ainda hoje vemos essa preocupação, nas famílias nobres, de conservar seus patrimônios e poderes com expedientes casamentários, daí as restrições que são impostas a esses casamentos de conotação política.

Tudo isso serve para mostrar que as mulheres viviam num estado de dependência e que, de pouco em pouco, foram se libertando até chegar hoje à produção independente, àquilo que *Oswald de Andrade* chamou de “o matriarcado de pindorama”, em que as mulheres vão se libertando e criam as famílias morganáticas, que são as famílias compostas dos filhos subordinados à tutela materna.

Raquel de Queiróz, com sua verve muito apreciada, diz que a mulher ganhou importância social, assumindo um lugar seu e “deixando de ser apenas madame Silva para ser fulana de tal, ela própria, sem a sombra social do marido”. Era o que ocorria em São Paulo com o bandeirismo, pois a mulher era quem assumia a chefia do lar quando das expedições do marido, não sendo aquela mulher passiva que ficava no lar bordando, cozinhando e cuidando das mucamas.

A marcada influência do antigo Direito português acentuava a submissão da mulher ao marido, valendo acentuar a adjetivação de *San Tiago Dantas* ao poder marital, apodado de “muito áspero”.

Aprovada a Constituição do Arcebispado da Bahia, a influência canônica se manteve até a Consolidação das Leis Cíveis, quando *Teixeira de Freitas* fundiu a matéria em um único texto.

Com o advento da laicização do casamento pelo Decreto 181, de 24 de janeiro de 1890, pouco mudou a condição da mulher, submissa à autoridade do marido, mantido o regime tradicional de bens e admitido o divórcio mitigado.

Com o advento do Código Civil e a gradual assimilação da mulher ao mercado de trabalho, as transformações foram se acelerando, no sentido de aniquilar a organização e hierarquização da família para, segundo enfoque de *Orlando Gomes*, fundar-se a nova aliança, cada vez mais, sobre o sentimento, a afeição mútua.

A angústia do tempo não permite maiores digressões, bastando acentuar o advento de leis de proteção e igualdade dos filhos a culminarem na regra insculpida no artigo 226, § 7.º, da Constituição Federal, e a emancipação da mulher, cujo ponto maior foi a edição da Lei 4.121/62 e a Emenda Constitucional 9 de 28 de junho de 1977, a qual abriu a trilha para a nova moldagem da família traçada na Constituição de 1988, que ampliou o seu outrora restrito alcance, enfatizou o espírito igualitário, a paternidade responsável e os direitos dos filhos, esmaecendo o fulgor do inveterado preconceito da superioridade masculina.

BIBLIOGRAFIA

- BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito de família*. 5. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1933.
- CONSELHEIRO LAFFAYETTE. *Direito de família*.
- DANTAS, San Tiago. *Direito de família e das sucessões*.
- ELLIS JÚNIOR, Alfredo. *Capítulos da história social de São Paulo*. São Paulo: Ed. Nacional, 1944.
- FREIRE, Gilberto. *Casa grande e senzala*. 8. ed., Rio de Janeiro: José Olympio, 1954.
- LACERDA, Paulo de. *Manual de Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Jacintho, 1934.
- SAMARA, Enide Mesquita. *A família brasileira*. 3. ed., São Paulo: Brasiliense, 1986.

A ANGÚSTIA DOS JUÍZES E A ÉTICA DOS ADVOGADOS

Eduardo Sertório

Advogado

Membro do Instituto dos Advogados de Pernambuco

Diretor do IBDFAM/PE

Sumário

1. Início da travessia. **2.** Duas visões da angústia. **3.** Algumas observações sobre a angústia. **4.** A solidão e sua porta. **5.** Considerações sobre a ética dos advogados. **6.** Conclusão.

1 INÍCIO DA TRAVESSIA

1.1 *Travessia* é o tema-proposta do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. A primeira coisa a ser feita é reunirmos os participantes no mesmo barco. Nele se encontram advogados, assistentes sociais, delegados de polícia, estudantes, magistrados, procuradores, professores, promotores, psicanalistas e psicólogos, de todas as tendências políticas, religiosas e sexuais, além da tripulação e demais passageiros.

Por que a *angústia* dos juízes de um lado e a *ética* dos *advogados* de outro? Permitam-me discorrer sobre a *angústia* e a *ética* dos que navegam neste barco chamado Direito. A embarcação é única e todos nós temos um papel nesta viagem.

Há muitos anos viajo neste barco, observando e escutando seus passageiros. Quando jovem, o trecho de um diálogo chamou-me a atenção:

“Mas todo o mal está nisto!... Nas palavras. Todos trazemos dentro de nós um mundo de coisas: cada qual tem o seu mundo de coisas! E como podemos entender-nos, senhor, se, nas palavras que digo, ponho o sentido e o valor das coisas como são dentro de mim,

enquanto quem as ouve lhes dá inevitavelmente, o sentido e o valor que elas têm para ele, no mundo que traz consigo? Pensamos entender-nos... e jamais nos entendemos!”¹

2 DUAS VISÕES DA ANGÚSTIA

A angústia do homem comum

2.1 O *barco voador* chamado Direito encontra-se no porto da cidade do Recife, capital de Pernambuco, Nordeste do Brasil, no final do século XX, às vésperas dos 500 anos do descobrimento do país. Um contador de histórias e observador das lides diárias, tipicamente nordestino, aproxima-se dos passageiros com os seguintes versos:

“Amigo, quando precisei / de uma carta de sentença / Veja que suplício passei. / Apesar da secretária, / A vara de atendimento / Era muito precária. / Toda vez que eu chegava / Ela dizia: amanhã! / Eu sem paciência, pensava: / Será que sou pagão? / Pois espero é em vão. / Muito desesperado, doido e aperreado / Pensei: vou chamar Dr. Fernando, / pois é meu advogado! / Qual o quê! / O arrocho foi o mesmo / e aí eu disse: Assim tá danado! / Dr. Fernando, sorrindo para não chorar, / Foi logo perguntando: Como é que é? / A secretária respondeu: Pera aí, / Não é assim, como você quer! / Fiz promessa e reza forte / Pra ver se tinha um pouco de sorte! / Mas, quando tudo estava pronto / Faltava carimbo, visto e assinatura / E para minha amargura / um tal de mandado de averbação. / Então levei a mão a cabeça e gritei: / Isso é coisa do cão! / Quando a gente não conhece / É fácil de avaliar / Sem vestir a pele do lobo / Também é fácil criticar / E há quem diga, ainda, / que o advogado ganha sem trabalhar!”²

A angústia de um intelectual

2.2 Marcos retrata a *angústia* diante das dificuldades do dia-a-dia, que conhecemos tão bem. Por outro lado, há a observação de outro pernambucano, poeta, a respeito de *angústia*, que merece registro: “Ando

1 PIRANDELLO. *Seis personagens à procura de um autor*. Victor Civita, 1978, p. 377.

2 Marcos, motorista de táxi. Teletáxi - DT 001, 08.03.1996

sentindo uma *angústia* danada. Esse negócio de *angústia* é terrível porque não se sabe o que ela é.”³

E é com as angústias dos outros e com as nossas próprias angústias que nós, especialistas em Direito de Família, convivemos em nossos escritórios, gabinetes e consultórios.

3 ALGUMAS OBSERVAÇÕES SOBRE A ANGÚSTIA

A angústia da falta de comunicação

3.1 A *angústia* da falta de comunicação entre as pessoas, tão bem exposta por *Beckett*, *Albee*, *Ionesco* e outros, parece ser o denominador comum nas relações interpessoais. No entanto, a relação entre os passageiros do barco, em âmbito de trabalho, pode conhecer dias mais tranqüilos e, pouco a pouco, acredito, por meio de experiências isoladas e com nossa efetiva participação, poderá se reverter a situação que se nos apresenta.

Não consigo imaginar esta viagem se não houver solidariedade e colaboração entre todos que estão no barco. A hora é de dividirmos nossas *angústias* e superarmos nossas dificuldades. Compartilhar é preciso!

Não podemos, baseados na ciência que abraçamos ou nos cargos que ocupamos, fazer deles um divisor de águas. Lembro *Fernando Pessoa*:

“A ciência, a ciência, a ciência... / Ah, como tudo é nulo e vão! / A pobreza da inteligência / Ante a riqueza da emoção! / Aquela mulher que trabalha / Como uma santa em sacrifício, / Com quanto esforço dado ralha! / Contra o pensar, que é o meu vício! / A ciência! Como é pobre e nada! / Rico é o que alma dá e tem.”

O início da angústia: observações sobre os estudantes, as faculdades de Direito e o Exame de Ordem

3.2 Observando os passageiros, detenho-me, primeiramente, nos estudantes que até pouco tempo ocupavam vários espaços no barco, e hoje passam quase despercebidos. (Uma juventude sem presente é uma juventude sem esperança, conforme alguém já notou.) Ali estão os recém-formados!

3 MELO NETO, João Cabral de. *Folha de S. Paulo*. 05.09.1991.

É a *angústia* do sexto ano, a *angústia* do desemprego, a *angústia* da inexperiência, a *angústia* do despreparo. As universidades particulares, que hoje formam 62% dos profissionais da área do Direito, em todo o país, vêm formando, em sua maioria, com grande preocupação para os que se ocupam com o aperfeiçoamento dos profissionais do Direito e prejuízo para toda a sociedade, pessoas que não correspondem às expectativas mínimas desejadas. Uma das comprovações primeiras é o resultado do Exame de Ordem e dos concursos públicos a que muitos se submetem: poucos, pouquíssimos são aprovados. (Não posso deixar passar despercebida a *angústia* da espera da divulgação do resultado dos concursos).

3.2.1 Observo, por outro lado, as dificuldades da universidade pública, responsável pela pesquisa no país – dificuldades estas não tão diferentes das universidades particulares –, em cumprir com seu papel, e sinto a *angústia* de repensar a questão do ensino público gratuito por que gerações tanto lutaram!

Técnico em Direito e advogado

3.2.2 Vejo a necessidade de se criar a figura do técnico em Direito, título que deveria ser dado aos bacharéis que desejassem atuar somente junto aos juizados especiais. O de advogado seria para os que, dois anos após a formatura e com experiência profissional comprovada por igual período, se submetessem ao Exame de Ordem em determinada área. É hora de se concretizar a Escola Nacional da Advocacia e de se pensar a questão da formação continuada, que tantos benefícios traria à sociedade.

Desta forma se valorizará o que chamei de técnico em Direito e se dará ao advogado maior oportunidade de se fazer reconhecer profissionalmente como tal. A formação continuada primária pelo aperfeiçoamento ético desses profissionais.

Observações sobre os magistrados

3.3 Neste momento, passo a observar os magistrados, por meio do olhar de um deles:

“Os juízes só sabem trabalhar com direito de propriedade e posse. E nós estamos falando, agora, de economia, capital estrangeiro, bolsa de valores, de um capital que, em menos de 24 horas, sai todo e esvai

as economias e reservas do País. E nós magistrados não temos qualquer informação a respeito disso, senão através dos jornais (...). Todo esse processo de desinformação já integra o cotidiano do juiz brasileiro: ele percebe que está desatualizado, desinformado, ganhando pouco, perdendo prestígio social. À medida que toma consciência de todas essas perdas, ele cresce em empáfia para manter aquele *status quo* que ele, quase inconscientemente, sabe que perdeu e os senhores advogados é que têm de agüentar toda esta empáfia. Este magistrado comporta-se caprichosamente na tentativa de manter-se no *status quo*, cercado por um bando de conscientes adutores que lhe sustentam a vaidade para não sofrerem a ira do animal ferido.”⁴

Percebo melhor a *angústia* dos magistrados quando observada por um deles. Oportuno lembrar a conveniência de se exigir dos candidatos, nos concursos à magistratura, o tempo mínimo de dois anos de prática forense, após a formatura.

Sobre a formação complementar em Direito de Família

3.4 O enfoque nessa travessia é o Direito de Família e estamos falando sobre a formação dos operadores do Direito. O ensino do Direito de Família não é diferente do ministrado no início deste século. Ensina-se o Direito positivo, esperando-se, com isso, formar-se profissionais habilitados a vencer a “batalha jurídica”. Não se ensina aos estudantes que o ideal em Direito de Família, especificamente, é não haver vencidos nem vencedores.

Pondo-me no lugar dos juízes e promotores das Varas de Família fico a pensar: se, num caso de separação, ambos os cônjuges, livremente e sem hesitação, demonstram o desejo de separação e garantindo a partilha a segurança necessária às partes, não sentiria, certamente, o gosto da angústia (sem significar a perda da sensibilidade afetiva), quer como Magistrado, quer como representante do Ministério Público. E se assim não o for? Se for o caso de uma mãe desejando retalhar o direito de visita dos filhos menores ao pai, em decorrência da pensão alimentícia fixada aquém do desejado? Se for o caso de uma angustiante busca e apreensão de menor? Vejam, por meio destes dois exemplos, a necessidade do preparo multidisciplinar do Magistrado e do promotor para exercerem suas funções, especificamente, numa Vara de Família e, evidentemente, do advogado.

4 CALMON, Eliana. *Jornal do Conselho Federal da OAB*, dez. 1998.

Pelo “aparelhamento” das Varas de Família

Com relação a esta questão, o ilustre magistrado maranhense *Lourival Serejo*, em seu *Contribuições ao estudo do direito*, ao discorrer sobre o tormento dos Juízes de Família, assim conclui seu artigo:

“Impõe-se, de *lege ferenda*, que se proceda ao aparelhamento das Varas de Família com técnicos que possam ajudar o magistrado na tentativa de conciliação dos casais, orientando-os no que for preciso. Esse é um dever do Estado, como se encontra na Carta Magna da República (arts. 226, *caput*, e 226, § 8.º).”⁵

Tais técnicos, assistentes sociais, psicólogos e psicanalistas têm, cada vez mais, um papel importante nas questões de Direito de Família.

E para nós, advogados ou delegados de polícia (quantos casos de separação têm alguma passagem pelas delegacias de polícia...), como tratar uma questão envolvendo um casal em litígio? Atualmente, as centenas de cursos existentes pelo país não se lembram de ensinar a seus alunos de Direito de Família o mito *Eros e Psique*, possibilitando-lhes uma ampla visão do casamento. *Urge que se implante um curso de especialização em Direito de Família de caráter multidisciplinar*.

E por que não o implantamos? Observando a trajetória dos que já levam trinta anos nesta navegação, tal como no filme de Louis Malle, perguntaria: haveria uma angústia de falta de caminhos ou de excesso deles? Haveria uma angústia de sobra ou de escassez de vida?

Observações sobre o cliente

3.5 E sobre a *angústia* do cliente? O que fazer quando a *angústia* do cliente é sufocante como a solidão? Quem sabe, a poesia de outro pernambucano, o grande *Carlos Pena Filho*, possa ajudar:

4 A SOLIDÃO E SUA PORTA

“Quando mais nada resistir que valha / A pena de viver e a dor de amar / E quando nada mais interessar / (nem o torpor do sono que

5 Eudfma/Esmam, São Luís, 1998, p. 77.

se espalha), / quando, pelo desuso da navalha / a barba livremente caminhar / e até Deus em silêncio se afastar / deixando-te sozinho na batalha / a arquitetar na sombra a despedida / do mundo que te foi contraditório, / lembra-te que afinal te resta a vida / com tudo que é insolvente e provisório / e de que ainda tens uma saída: / entrar no acaso e amar o transitório.”

5 CONSIDERAÇÕES SOBRE A ÉTICA DOS ADVOGADOS

5.1 O Professor *Renato Janine* encantou-me, no início dos anos 90, com sua palestra sobre ética na reunião anual da SBPC, ocorrida no Recife. Afirmou haver várias éticas: a ética do malandro, a ética do bandido, a ética do político, a ética das igrejas, às quais podemos acrescentar a ética dos advogados, dos promotores, dos juízes.

Recentemente, *José Paulo Cavalcanti Filho*, em palestra na Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional de Pernambuco, afirmava haver duas éticas: a ética coletiva ou social, aquela que não reconhece o direito como norma abstrata prevista numa Constituição simbólica (a ética dos morros em que não haveria nem a posse nem a propriedade), e a ética econômica, substancial do advogado, que tem o dever de usar a profissão a partir do compromisso com a solidariedade que deve haver entre as pessoas.

Não sei se na maioria das faculdades de Direito se ensina *ética*, justiça e liberdade, como ensinou o Professor *Goffredo da Silva Telles Júnior*, da Universidade de São Paulo, em suas aulas.

De qualquer maneira, para falar sobre ética do advogado, recorro ao Ministro *Evandro Lins e Silva*:

“[O livro clássico de *Henri Robert, L’Avocat*] principia por uma pergunta, indagando o que evoca essa palavra – o advogado – no espírito dos que vivem afastados do foro e que sentimentos despertam geralmente no público.

[E responde com a simplicidade e beleza dos clássicos:] Para alguns, o advogado é, tradicionalmente, o ‘defensor da viúva e do órfão’, o campeão desinteressado de todas as causas nobres, aquele cuja dedicação se deu a todos os oprimidos, a todos os desgraçados, a todos os deserdados da fortuna, e que faz ouvir, perante a justiça, a voz da piedade humana e da comiseração... Mas – tenha-

mos modéstia e inteligência para o reconhecer – nem sempre é esta a nossa reputação. Digamos mesmo que a maior parte das vezes o advogado não tem acolhimento na literatura.”

5.2 Sobre a relação paradoxal entre a sociedade brasileira e a advocacia, vale lembrar *Reginaldo Oscar de Castro*:

“De um lado, a categoria sofre o desgaste decorrente da ineficiência da estrutura judiciária do país. Se a Justiça funciona mal ou simplesmente não funciona, os personagens que em torno dela gravitam, ainda que também vítimas de sua ineficiência, sofrem as conseqüências. Nessa relação paradoxal, apesar dos pesares, acaba predominando a face positiva da advocacia. Por um motivo simples: é, provavelmente, uma das raras corporações profissionais que se habituou a discutir em público suas deficiências. (...) Nós atribuímos esses desvios de conduta não só às deficiências da estrutura judiciária brasileira, matriz de tantas mazelas, mas também à precariedade de grande parte dos cursos jurídicos do país.”⁶

Somos os únicos, entre todos aqueles chamados operadores do Direito, que temos um *Código de Ética e Disciplina*, não imposto por lei, mas pela própria classe, que, por meio de seus dirigentes, se opõe em suas manifestações contra os cerca de 10% dos advogados brasileiros processados em suas seccionais.

Comentários sobre algumas regras deontológicas

5.3 Posto isto, passo à análise de duas regras deontológicas fundamentais estatuídas no *Código de Ética e Disciplina* da OAB:

5.3.1 Estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instalação de litígios (art. 2.º, VI, do Código de Ética e Disciplina).

Com que tristeza vejo o esquecimento desta regra que tanto pode contribuir com a solução da maioria dos casos. Se é absolutamente necessário, de início, a propositura de uma ação a fim de não provocar lesão grave ou de difícil reparação ao direito do cliente, evidentemente a ação deve ser proposta. Mas, a título exemplificativo, se se tratar de ação de conversão de separação em divórcio, por que não iniciá-la procurando-se a parte contrária

⁶ *Folha de São Paulo*, 11.08.1999.

e não o Judiciário? Se a ação for de separação, estando já o casal separado há algum tempo, não havendo possibilidade de diluição do patrimônio, por que não iniciá-la procurando-se a parte contrária e não o Judiciário? Seria o juiz um bom conciliador? Tem ele condições para tal?

Indago-me o porquê de certa paixão dos advogados ou das partes em fazer um acordo somente na presença do Juiz. Espera-se pela propositura da ação, espera-se pela exposição da vida íntima das partes, em seus detalhes, para se chegar a um acordo. Tenho para mim que as partes procuram na pessoa do Juiz o equivalente à autorização paterna (o Pai representa a Lei). Procuram o Pai-Estado, representado pelo Juiz. No entanto, a partir do momento em que o cliente reconhece no advogado esta autoridade (a autoridade que põe limites), a possibilidade de se chegar a um acordo – sem a presença do Juiz, que, assegurando o acordo, o direito das partes, o homologará – fica maior. A conciliação implica a arte de saber ouvir e relacionar a dor e as pretensões do cliente.

Sérgio Ferraz assim se manifesta sobre o papel do advogado:

“Diríamos que essa a faceta mais ortodoxa, a feição clássica da função social do advogado: um técnico, em benefício de certo contendor, e que, nesse desiderato, manipula determinado conhecimento especializado, com vistas à obtenção do resultado mais favorável a quem buscou seus serviços. Não obstante o sabor de ostensivo egocentrismo que esse quadro apresenta, é preciso ponderar que essa é uma falsa impressão. O advogado, nesse mister, muito embora por certo extraia do ordenamento jurídico só o que nele haja de mais conveniente para o interesse que representa, está, ainda a preencher revelante papel social. Em primeiro lugar, ainda que sua atuação seja parcial, também assim se apresentará a de seu adversário. E no esforço que um e outro desenvolvem, acabam pondo em evidência, queiram ou não, os vários conteúdos que a fria letra da lei detém. Contribuem, por isto, de modo definido, para que o Judiciário – que, com sua palavra, está incumbido de restaurar a paz social – exerça o seu magno papel.”⁷

É nesta relação entre os advogados, fora de juízo, que acredito se encontrar a solução duradoura dos conflitos de família.

7 *Revista da OAB* 61/78, ano XXV, dez. 1995, p. 78.

5.3.2 *Aconselhar o cliente a não ingressar em aventura judicial* (art. 2.º, VII, do Código de Ética e Disciplina).

Algumas lembranças

5.3.2.1 Expressão muito usual nos anos 70 era: a parte contrária lançou-se numa verdadeira aventura jurídica! Lembro-me da primeira vez que a utilizei. Tratava-se de uma ação de indenização proposta por um fiteiro contra uma empresa, em cuja área exercia seu comércio. Em decorrência da reforma do prédio de minha cliente, o mesmo pedia a indenização de um salário mínimo para cada dia dos dois anos que lá esteve, pois este era o seu ganho!

Não só aconselhar é preciso, mas também, muitas vezes, não ouvir os conselhos dos próprios clientes. Um dos *conselhos inesquecíveis* que recebi foi o do marido que me aconselhava a pleitear não ter a mulher qualquer direito a meação de bens, apesar de ser casado sob o regime da comunhão total de bens.

Lembro que somente nos casos ligados ao Direito Penal estamos obrigados a aceitar o seu patrocínio. “É direito e dever do advogado assumir a defesa criminal, sem considerar sua própria opinião sobre a culpa do acusado”, dispõe o artigo 21 do Código de Ética e Disciplina da OAB.

CPC: uma arma ao alcance dos procrastinadores?

5.3.2.2 Atualmente, as grandes aventuras jurídicas parecem se utilizar de uma arma cujo porte todos os operadores do Direito detêm: o Código de Processo Civil. Refiro-me especificamente à sua utilização pelos advogados na procrastinação dos feitos.

Sempre oportuno lembrar a lição de *Calamandrei* sobre sua visita à Universidade de Cambridge, quando soube que ali não se lecionava Direito Processual.

“A primeira impressão é de grande solenidade: de um severo formalismo ritual. Mas logo, assistindo à audiência, se descobrem sob esta aparente austeridade uma grande simplicidade e confiança, entre aquele juiz e aqueles advogados. O juiz escuta atentamente; quando os advogados falam, o juiz os ouve com deferência. Bela surpresa para um advogado italiano!”

Calamandrei nos fala da cordial confiança existente entre todos nas relações da vida pública na Inglaterra, tão diferente da cordial desconfiança entre o Estado e a sociedade na Itália. E entre nós, haveria a (des)confiança cordial ou não?

O importante, com ou sem a cordial desconfiança, é termos consciência do uso nocivo do Direito Processual Civil, atitude não condizente com a função de advogado!

6 CONCLUSÃO

6.1 Tenho para mim que deveria haver um Código de Ética Mínimo dos Operadores do Direito. Até lá, se fosse fazer alguma sugestão ao Código de Ética da Magistratura, chamaria a atenção ao que se refere à questão do prazo processual para os juízes. Com relação ao Ministério Público – e é extremamente edificante ver a substituição do “nada a opor” por uma efetiva participação na solução dos conflitos, cumprindo com seu papel institucional –, seu Código de Ética deveria estar atento às questões da publicidade dos atos de seus membros.

6.2 E foram a *angústia* e a *ética* dos chamados operadores do Direito que levaram a *Ordem dos Advogados do Brasil* e a *Associação dos Magistrados Brasil* a se unirem e apresentarem à Comissão Especial de Reforma do Judiciário da Câmara dos Deputados propostas para solucionar os principais problemas da Justiça brasileira.

Efetividade da assistência judiciária e limitação de custas; direito à razoável duração do processo; pagamento de precatório em 30 dias; autonomia administrativa e financeira do Judiciário; proibição do nepotismo; extinção da representação classista da Justiça do Trabalho; fundamentação para os atos de remoção, disponibilidade e aposentadoria do magistrado; impedimento para qualquer tribunal se nos dois últimos anos o profissional tiver exercido cargo de confiança em qualquer dos Poderes ou sido conselheiro da OAB são algumas dessas propostas.

6.3 Por outro lado, quero deixar registrada a minha preocupação com a chamada justiça de primeiro grau.

Sou de uma cidade do interior de São Paulo, São José do Rio Pardo, e vivo em uma outra, Recife, conhecidas pela politização de seus habitantes.

Não sei se é isso que facilita o convívio ativo entre advogados, magistrados e membros do Ministério Público. Falo da convivência urbana existente entre nós. O Recife muito se orgulha de seus advogados, magistrados e membros do Ministério Público, o que não impede a existência de problemas isolados ou crônicos.

Com relação às Varas de Família, temos apenas quatro no Recife, o que não impede um bom relacionamento entre nós, apesar de sofrermos, todos, com as mazelas do Judiciário, a partir da deficiência das secretarias. O Judiciário ainda não conseguiu oferecer a seus membros e àqueles que o procuram as condições desejadas para o exercício das profissões que escolheram ou para a solução dos conflitos.

6.4 É nesta convivência saudável que deve haver entre nós, operadores do Direito, que tenho a esperança de poder despertar essa adormecida grande possibilidade de se mudar a situação existente, por meio da cooperação entre os passageiros deste barco, deixando-se as vaidades vãs de lado. Necessitamos, na realidade, de uma transformação cultural, portanto, interna.

À guisa de conclusão e pousando nosso *barco voador* nestas Minas Gerais, para o diálogo sempre necessário entre os que efetuam esta travessia, deixo registrado o meu grito de esperança em favor da ética: *Basta de impunidade.*

De qualquer forma, razão mesmo tem o mineiro Carlos, aquele que foi *gauche* na vida:

“Mundo, mundo, vasto mundo / Mais vasto é meu coração. / Se me chamasse Raimundo, / Seria uma rima, / Não seria uma solução.”

A ÉTICA E AS ANGÚSTIAS DO JUIZ DE FAMÍLIA

Lourival de Jesus Serejo Sousa

Juiz de Direito da 3.^a Vara de Família de São Luís/MA
Professor da Escola Superior da Magistratura do Estado do Maranhão
Membro do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional
Diretor Estadual do IBDFAM
Juiz Eleitoral

Sumário

1. Introdução. **2.** As peculiaridades de uma vara de família. **3.** As angústias de um Juiz de família. **4.** O cidadão e a ética de atuação do juiz e do advogado. **5.** Conclusão. **6.** Bibliografia.

1 INTRODUÇÃO

Já tive oportunidade de abordar o presente tema anteriormente, em trabalho da minha autoria sob o título *O tormento dos juízes de família*. Agora, volto a tratar do assunto, dando-lhe, porém, mais profundidade e amplitude, sob a perspectiva da ética, tanto a do Juiz como a do advogado ou assistente, numa simbiose que produz diferentes espectros.

A matéria adquire ainda mais importância quando essa abordagem resulta na visão da ética da própria família.

Do Juiz de família exige-se uma sensibilidade acurada em relação aos seus colegas de outras varas, porque ali está em contato com a pessoa humana em sua inteireza. *Nada do que é humano me é estranho*, já dizia o poeta latino *Terêncio*. E para o Juiz de família essa verdade é ainda mais real, porque a cada dia ele se depara com a alma e o corpo da pessoa humana, despidos de qualquer convenção, numa disputa em que o homem, como parte, é o lobo do próprio homem, a outra parte.

Ao longo do trabalho, apresento algumas propostas para superar os impasses com que nos deparamos e aprimorar a prestação jurisdicional nas varas de família.

2 AS PECULIARIDADES DE UMA VARA DE FAMÍLIA

Merecem destaque as peculiaridades que diferenciam e caracterizam uma vara de família, verdadeiro muro de lamentações para onde converge todo tipo de pessoas em busca de um lenitivo para seus problemas.

O fluxo das ações nessas varas especializadas é mais intenso do que em qualquer outra vara, fato que se pode constatar na distribuição dos processos. É um reflexo da agilidade das relações familiares. E todos querem e reclamam uma solução rápida para seu caso.

A busca pelo atendimento pessoal do Juiz é uma constante, porque a parte não se conforma em pensar que seu problema será apenas lido pelo Juiz, sem o calor da sua presença ou das suas súplicas. Além disso, os fatos narrados na inicial se processam com rapidez, ficando desatualizados com o correr do tempo, o que leva a parte autora a querer participar pessoalmente ao Juiz a notícia dessas alterações.

Atentos a essas características e considerando o alto índice de soluções amigáveis obtidas, as direções de vários tribunais do país já consolidaram inovações, que se mostraram eficientes quanto ao impulso dos processos e a satisfação das partes, como a instalação de conciliadores junto a cada vara de família para, numa primeira fase, tentarem um acordo sobre o pedido, assim como a conciliação dos próprios litigantes, em termos de futuro relacionamento.

É nas varas de família que as atividades da assistência judiciária se concentram com mais intensidade, tanto que em alguns Estados existem varas exclusivas para atender a assistência, as quais pejorativamente são chamadas de “varas dos pobres”.

Com o fenômeno crescente de afirmação da cidadania que temos assistido no país, o Judiciário está cada vez mais abarrotado de processos e, mais ainda, as varas de família, porque ninguém se sujeita mais a viver explorado, infeliz e vitimizado dentro do seu próprio lar ou no círculo das suas relações familiares.

3 AS ANGÚSTIAS DE UM JUIZ DE FAMÍLIA

O juiz de família vive a intensidade das relações familiares, desde a sua constituição, que se dá com o casamento, até o desfazimento da sociedade conjugal com a separação judicial e o divórcio. Quando nos deparamos com o

casamento de menores, em que a perspectiva de êxito daquela união é bastante reduzida e a gravidez precoce não nos deixa alternativa melhor do que celebrar aquele matrimônio, começamos a sentir que alguma coisa deveria ser feita em favor do esclarecimento dos jovens candidatos ao matrimônio.

Da família que se desagregou, dos sonhos que se frustraram, dos casamentos fracassados, emerge para o Juiz de família uma série mórbida de problemas e angústias em que se destacam: a busca e apreensão de menores; as separações apressadas, displicentes e desmotivadas; a vitimização da mulher; a ausência de formação dos cônjuges; os filhos abandonados pela insensibilidade paterna; a religião como fator de separação; o desajuste sexual; o desajuste econômico, a infidelidade conjugal e o alcoolismo.

Da nossa cadeira de Juiz, por debaixo da toga, contemplamos o amor reduzido à contabilidade, nas desavenças sobre o *quantum* das pensões alimentícias e na divisão dos bens, quando das separações. Como confessores das decepções, somos atingidos pelas lágrimas da separação, doloridas, penetrantes, pesadas; os olhares vazios, longos, cheios de recordações e revolta; a indiferença dos pais quanto aos filhos, as acusações terríveis, às vezes abjetas, contra quem, por muitos anos, compartilhou da cama e da mesa, e tantos outros quadros que desfilam diariamente a nossa frente. Como bem disse *Rodrigo da Cunha Pereira*, “os restos do amor levados ao Judiciário para que o Juiz sentencie quem é o culpado acabam transformando-se, muitas vezes, em verdadeira história de degradação da outra parte”.¹

A vitimização da mulher no lar, no casamento, é também um dos tormentos com que freqüentemente nos deparamos sem que se possa fazer qualquer coisa.

Em trabalho de sua autoria intitulado *As mulheres invisíveis*, *Bárbara Musumeci Soares* analisa a violência oculta que se pratica contra as mulheres, no Brasil, a violência doméstica invisível, não divulgada, que aniquila com a auto-estima da mulher e a mantém presa a um casamento por comodismo ou conveniência.

É como um vidente que o Juiz de família se depara com essas mulheres invisíveis a sua frente, timidamente reclamando de uma violência isolada ou das violências acumuladas ao longo dos anos, abafadas pelas circunstâncias, pela necessidade e pelo medo. De vez em quando, num assomo de independência, essa mulher se revolta e diz ao marido que não aceita mais. Então, ele

1 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. A culpa no desenlace conjugal. In: *Repertório de doutrina sobre direito de família*. São Paulo: RT, v. 4/334, 1999.

fica perplexo e se humilha, mas ela, já previdente, não aceita aquele gesto e rompe definitivamente.

Uma outra causa de separação de casais que tem aparecido com frequência e que nos deixa preocupados é o fanatismo religioso. Geralmente ocorre quando a mulher adere a uma dessas religiões que têm surgido agora e quer converter o marido ao seu novo modo de vida. Às vezes, são casais novos, acostumados a festas e, de repente, a mulher quer separar o que é de Deus do que é do diabo. E o mais lamentável é que o pastor apóia e estimula essa atitude. O que mais nos deixa perplexos nesses casos é que o casal estava conjugalmente ajustado quando surge essa novidade. E um dos cônjuges não cede aos argumentos do outro, destruindo, assim, o casamento de anos e anos. E, então, o que fazer como Juiz?

Notável constatação com que nos deparamos, de vez em quando, é o caso de uma das partes criar obstáculo à separação e ao divórcio, pelo desejo oculto ou expresso de que o casamento não se desfça porque ainda gosta do outro (a luta do desejo com o interesse). Neste particular, destaca-se o valor da mediação. Se aplicada, a mediação poderia trazer à tona o verdadeiro desejo da parte e conseguiria uma solução harmoniosa para o caso, com a composição efetiva da lide, o que é diferente do simples acordo formal e da decisão judicial.

Como observador, entre uma audiência e outra, o Juiz de família pode diagnosticar, embora não seja psicólogo, a caracterização de dois tipos psicológicos que se apresentam com certa regularidade: algumas mulheres com o complexo de Cinderela e homens com o complexo de Peter Pan, pela ótica de *Colette Dowling* e *Dan Kiley*, respectivamente. São mulheres acostumadas à dependência e que não recebem a compreensão do marido. Quando são abandonadas, ficam sem saber o que decidir da vida. Por outro lado, reconhecemos alguns maridos que nunca atingiram suficiente maturidade para assimilar um casamento. Lembro-me aqui do cartunista *Miguel Paiva*, quando disse: “A mulher quer ter filhos, o homem quer ser seu filho”. De conflitos desses tipos é que surge o desajuste conjugal.

Nesse quadro de consternação, costumo lembrar-me do poeta *Augusto dos Anjos*, ao perceber como um dos cônjuges gostaria de escarrar, do outro lado da mesa, na boca que antes beijou e como ali, naquela audiência técnica, ambos quebram as imagens dos seus próprios sonhos.

Passando para o campo das sucessões, ainda sob nossa competência, constatamos que ali também as cruzezas humanas se manifestam de forma assustadora. Já foi dito por um Juiz que só se conhece uma pessoa após ter

passado, com ela, por um inventário.² A verdade dessa assertiva apresenta-se a nós na forma de contendas entre irmãos, que disputam entre si o melhor quinhão da herança, ou de animosidade entre filhos e mãe pela administração do espólio, tudo mostrando a primazia do material sobre qualquer projeto de convivência familiar harmoniosa.

Oportuna a observação de *Jacinto Nelson de Miranda Coutinho*, que bem reflete esses momentos da vida de um Juiz de família: “Como qualquer ser humano, os juízes têm consciência; e 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”.³

4 O CIDADÃO E A ÉTICA DE ATUAÇÃO DO JUIZ E DO ADVOGADO

Na seqüência deste estudo, destaco outra particularidade que tem uma abrangência significativa: o cidadão que procura a Justiça, exercendo sua cidadania, deveria merecer uma atenção e respeito maiores por parte do Estado, que tem obrigação de lhe prestar assistência jurídica (art. 5.º, LXXIV, da CF). Mas o que a prática nos mostra é a deficiência da assistência, que inicia o seu rosário de displicência desde a inicial, com os nomes das partes incompletos ou digitados de forma errada. Se alguma diligência precisa ser feita, então o processo pára, pois a estrutura da assistência não está aparelhada para uma efetiva participação na causa.

E o advogado?

Esse despreparo surge, muitas vezes, também quanto ao profissional contratado. Por exemplo, esquece-se o advogado que milita na família de que a essência das causas ali ajuizadas buscam a conciliação, a forma mais perfeita de solucionar a lide, e, por conta desse desconhecimento, cria os problemas mais impertinentes para que essa conciliação não se efetive, esquecendo-se, inclusive, de que é um dos deveres deontológicos do advogado pugnar pela conciliação das partes, conforme está em seu Código de Ética, quando elenca entre os deveres do advogado “estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios” (art 2.º VI).

2 CESAR, Celso Laet Toledo. *Herança: orientações práticas*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 156.

3 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Jurisdição, psicanálise e o mundo neoliberal*. In: *Direito neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar*. Curitiba: EDIBEJ, 1996, p. 71.

Ressalto neste momento a importância da ação de investigação de paternidade. É o pedido que requer do advogado, de forma especial, a capacidade de estar comprometido com o resultado, a contar da exposição dos fatos na inicial e da explicação à própria parte autora sobre os pontos essenciais da causa, favorecendo o arrolamento de testemunhas idôneas.

E quanto ao Juiz?

Do Juiz também se exige um desempenho pautado pelas exigências deontológicas para o exercício dessa função. Ser Juiz de família é estar vocacionado para um sacerdócio paciente, é ter suficiente maturidade psicológica, visão interdisciplinar dos problemas, saber estimar os valores em disputa, é ter a serenidade constante para ouvir e decidir com firmeza e equidade, sem se deixar envolver pelo dramático e pelo romântico que podem despontar nas lides familiares.

Tanto o Juiz como o advogado e o Ministério Público devem estar atentos para cultivar os postulados deontológicos capazes de orientar nossa oficina de trabalho e torná-la apta para ofertar um serviço menos traumático aos cônjuges e às pessoas ali envolvidas. Há um quê a diferenciar as varas de família das outras varas. É nessa diferença e nesses valores que deve assentar nossa conduta, capaz de favorecer a qualidade dos serviços até a sentença final, com a preocupação de ser o mais justo possível, porque ética também é justiça.

5 CONCLUSÃO

Nesta fase de evolução da sociedade, não é suficiente diagnosticar seus males, mas procurar enfrentá-los, principalmente tendo a preocupação de ser eficiente na atividade funcional. Assim é que o Juiz e o advogado, como co-partícipes, devem assumir o mesmo compromisso ético de oferecer às pessoas angustiadas que transitam pelas varas de família o melhor tratamento, a melhor atenção e a melhor e mais urgente resposta para seus problemas.

É preciso atentar para a importância das varas de família e para o atendimento da população, porque os clientes dessas varas são os mais angustiados, cidadãos que estão envolvidos em causas urgentes, que tratam da subsistência, da definição familiar, da paternidade e da filiação, e por isso querem resguardar sua intimidade, sua tranquilidade, e garantir a estabilidade necessária para viver harmoniosamente. O Poder Judiciário precisa tomar consciência desses fatores para aprimorar o atendimento e favorecer as varas

de família com uma política especial. O cidadão que ali vai, atormentado por seu problema, deve receber, ao menos, um bom atendimento por parte da Justiça, pois como cidadão tem direito a essa distinção. A existência de pessoas vocacionadas – conciliadores, terapeutas e mediadores – é essencial ao pleno funcionamento dos juízos de família, para que possam atender com eficiência, ética e bom aparelhamento as reivindicações urgentes e permanentes da população.

6 BIBLIOGRAFIA

- CESAR, Celso Laet de Toledo. *Herança: orientações práticas*. Belo Horizonte: Del Rey/Oliveira Mendes, 1997.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Jurisdição, psicanálise e o mundo neoliberal. In: *Direito e neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar*. Curitiba: EDIBEJ, 1966.
- DORA, Denise Dourado (Org.). *Feminino masculino: igualdade e diferença na Justiça*. Porto Alegre: Sulina, 1997.
- DOWLING, Colette. *Complexo de Cinderela*. 35. ed., São Paulo: Melhoramentos, 1987.
- FERNANDEZ, Euzebio. *Estudos de ética jurídica*. Madrid: Debate, 1990.
- GEVAERD, Luiz Fernando. *Quando o amor acaba na justiça: o guia do bom divórcio*. Rio de Janeiro: Multiletra, 1996.
- GIUSTI, Edoardo. *A arte de separar-se*. 12. ed., Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1987.
- JABLONSKI, Bernardo. *Até que a vida nos separe: a crise do casamento contemporâneo*. Rio de Janeiro: Agir, 1991.
- KILEY, Dan. *Síndrome de Peter Pan*. 14. ed., São Paulo: Melhoramentos, 1987.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias monoparentais*. São Paulo: RT, 1997.
- MOHANA, João. *Ajustamento conjugal*. 10. ed., Rio de Janeiro: Globo, 1987.
- NICHOLS, Michael P. *O poder da família: a dinâmica das relações familiares*. São Paulo: Saraiva, 1990.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. A culpa no desenlace conjugal. In: *Repertório de doutrina sobre direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais*. São Paulo: RT, 1999, v. 4.
- _____ (Org.). *Direito de família contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

- PRADO, Eduardo. *O que é família*. 11. ed., São Paulo: Brasiliense, 1989. Coleção Primeiros Passos.
- PROST, Antoine; VINCENT Gérard (Orgs.). *História da vida privada 5: da Primeira Guerra aos nossos dias*. São Paulo: Cia. das Letras, 1992.
- SOARES, Barbara Musumeci. *Mulheres invisíveis: violência conjugal e as novas políticas de segurança*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999.
- SOUSA, Lourival de Jesus Serejo. O tormento dos juizes de família. *RT* 685/261.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Org.). *Direitos de família e do menor*. 3. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

A FAMÍLIA E A JUSTIÇA PENAL

Jaques de Camargo Penteado

Advogado

Professor do Centro de Extensão Universitária
e Membro da Academia Brasileira de Direito Criminal

“O Manuel, piloto da TAP, iria inaugurar o vôo da nova aeronave recém-adquirida da Boeing. Mas, como foi um negócio feito às pressas, a Boeing não teve tempo de traduzir os letreiros para o português. Foi então que o Manuel logo tratou de avisar os passageiros: Senhores e senhoras, onde estiveire escrito ‘Push’, não puxe, empurre. Onde estiveire escrito ‘Pull’, não pule, puxe. E onde estiveire escrito ‘Exit’, não hesite, pule.”¹

Sumário

1. Introdução. 2. A família e o Direito. 3. Elementos nucleares da família. 3.1. Estabilidade. 3.2. Fidelidade. 3.3. Singularidade. 3.4. Operacionalidade da Justiça. 4. Conclusão. 5. Bibliografia.

1 INTRODUÇÃO

Dois dos grandes paradoxos da sociedade pós-moderna referem-se à família e à Justiça. Nunca se escreveu tanto sobre essas instituições. Jamais se

1 “Do mesmo site, algumas conhecidas piadas sobre o hábito português de traduzir tudo para sua língua (‘Sabe como é self-service em Portugal? Restaurante d’auto-serviço por conta própria sem empregado de mesa’). Naturalmente, ninguém chama o francês ou o espanhol de burro por fazerem o mesmo em suas línguas” (LAUND, Luiz Jean. Imagem, piada e preconceito: Portugal x Brasil. *Revista Mirandum*. Pamplona/São Paulo: Mandruvá, 1997, v. 3, p. 70).

registrou uma doutrina tão contraditória sobre os seus conceitos básicos. Constata-se uma impressionante falta de sintonia entre as investigações científicas e a vida do cidadão comum. A perplexidade, a ausência de respeito aos valores essenciais da pessoa e o oportunismo no exercício do poder cada vez mais concentrado, refletindo-se na aparente perda do sentido da vida humana, enunciam um estado caótico da sociedade que promoveu o mais profundo desenvolvimento tecnológico da história do homem.

Criou-se uma sociedade tecnicamente aperfeiçoada que, olvidando o prisma antropológico do ser humano, produziu uma comunidade angustiada com a sua própria segurança, amedrontada e infeliz. Fez-se uma geração que usa a tecnologia para brutalizar a privacidade dos seres humanos.² Transformaram-se as moradias em prisões. As prisões são incapazes de deter adultos ou adolescentes. Os criminalistas invocam o Direito Penal mínimo. Os populares bradam pela maximização das sanções. A mídia – co-responsável pelo aumento da violência –, incentiva uma repressão irracional que fomenta o caos.³

E a Justiça Penal não foi concebida para enfrentar esse estado de coisas. O Direito Penal clássico opera como *ultima ratio*. Pressupõe que instâncias informais de contenção da criminalidade (religião, clube, escola, família) cumpram o seu papel. Os comportamentos que vencessem estes obstáculos seriam reprimidos pelo Direito Penal.⁴

Ocorre que, substituídas as grandes religiões pelas crenças sem fé, que proliferam nas esquinas do mundo; transformados os clubes em espaços livres em que cada associado tem o seu regulamento particular, curiosamente pleno de direitos e desprovido de dever algum; transmudadas as escolas em pseudo centros de liberação, como se houvesse liberdade para fazer o mal, e maltratada a família em sua essência – estabilidade, fidelidade e singularidade –, foram suprimidos os inibidores informais de criminalidade. Chega ao Direito Penal um conjunto de condutas que não se pode conter em face da quantidade e da qualidade.

2 PENTEADO, Jaques de Camargo. Sociedade vigiada. *Revista Notandum*. Madrid/São Paulo: Mandruvá, 1998, v. 2, p. 57.

3 “Muitas vezes a imprensa passa por cima desses direitos, para veicular o sensacionalismo que procura maiores índices de audiência. Quem se demorar a ouvir programas matutinos das rádios de qualquer de nossas cidades irá conviver com a mais chula propaganda da violência. São programas que se prendem às manifestações particulares do fenômeno da criminalidade e tratam apenas da esfera circunscrita ao crime praticado por pessoas pertencentes às camadas populares” (BICUDO, Hélio. Imprensa e Justiça. In: PENTEADO, Jaques de Camargo (Coord.). *Justiça penal* 4. São Paulo: RT, 1997, p. 113).

4 TOLEDO, Francisco de Assis. Dez anos de reforma penal. In: *Justiça penal* 2. São Paulo: RT, 1994, p. 15.

Não poderia haver um guarda, um promotor de justiça, um advogado e um Juiz de direito para cada cidadão. Mesmo que houvesse um número suficiente desses órgãos judiciários, a complexidade dos fatos delituosos fermentados no cadinho da corrupção descontrolada torna inócua a Justiça Penal. A ineficácia judiciária suscita o recurso à eficiência privada. A autodefesa exercida pelo mais forte costuma extrapolar para o abuso: as chacinas, as áreas proibidas à polícia, a submissão dos populares ao crime organizado, as reservas de mercado das elites em geral – o poder marginal faz o que quer, como bem entende.

Nesse quadro, em que o Estado mostra-se incapaz de controlar a criminalidade violenta, insere-se a família. Desprotegida, porque o sistema, que é incapaz de conter os crimes bárbaros, perdeu a sensibilidade para cuidar dos delitos mais leves. Despreza uma eventual lesão corporal leve e se torna um coadjuvante daquele aumento de criminalidade, pois a vítima do crime, leve ou grave, quer a satisfação devida. Ignorada, torna-se uma criminosa em potencial e, desatendida como ofendida, irrompe no sistema como autora de fatos graves, perpetrados por vingança ou em defesa pessoal. A injustiça revolta o homem.

Desprotegida e perplexa está a família, pois constata que a violência crescente é imune ao sistema tecnológico de segurança. Pouco adiantam grades e sensores, blindagens e câmeras, babás e vigias, quando os crimes mais violentos ocorrem nas escolas e nas casas. A crise não é jurídica. É da família. O Direito não pode ignorar a crise da família. A ciência jurídica não pode resolver questões estranhas ao seu âmbito. O Direito não pode omitir as contribuições para preservar a família. Esse ramo do conhecimento, não sem razão, chamou-se jurisprudência. A ciência que consiste em tomar desassombadamente o partido do bem e da justiça. O partido de uma Justiça de Família mais justa.

2 A FAMÍLIA E O DIREITO

A família é uma instituição de Direito natural. O instinto sexual, a peculiaridade do amor materno, a tendência de projeção do homem para o futuro e as necessidades humanas gerais conformam-na. A dependência dos descendentes em face dos ascendentes gera a natural autoridade dos últimos sobre os primeiros. A família é universal e existiu mesmo entre os povos mais próximos da vida natural. Por ser tão próxima da natureza, as leis desta

impõem-se com uma carga de exigência superior à necessária ao funcionamento de outras instituições. Violar as leis naturais ao tratar da família significa assumir o risco de retorno à barbárie.⁵

Os principais diplomas de Direito Internacional consagram essas idéias, explicitando que homens e mulheres têm o direito de “contrair matrimônio e fundar uma família. Gozam de iguais direitos em relação ao casamento, sua duração e sua dissolução. O casamento não será válido senão com o livre e pleno consentimento dos nubentes. A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado”.⁶

Essa é a tendência das Constituições modernas,⁷ e o texto brasileiro dispõe que a “família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado” (art. 226, *caput*). A doutrina interpreta a Lei Maior no sentido de que a instituição familiar compreende a sociedade conjugal, legitimamente constituída, vinculando as pessoas por casamento, parentesco e afinidade.

Os criminalistas sustentam que a pessoa é formada na família. Nesta se aprendem os valores imprescindíveis à vida em comunidade (bons costumes, respeito pela propriedade, solidariedade etc.). Tratam-na como forja essencial da moralidade, trabalho e sacrifício. Enfatizam que é uma instituição que não se pode substituir. Concluem que o amor dos pais, o carinho do lar, o conjunto de elementos essenciais ao nascimento e crescimento do ser humano é que geram e formam cidadãos úteis à vida em sociedade.⁸

O Código Penal brasileiro instituiu um título para tratar dos crimes contra a família e o dividiu em quatro capítulos: crimes contra o casamento, crimes contra o estado de filiação, crimes contra a assistência familiar e crimes contra o pátrio poder, tutela ou curatela. Há diversos delitos relacionados com o Direito de Família, e o Direito Processual traça diversas regras

5 LECLERCQ, Jacques. *A família*. São Paulo: Quadrante/USP, p. 9.

6 Declaração Universal dos Direitos do Homem, 10.12.1948, artigo XVI. A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem dispõe que a família é fundamental à sociedade (art. VI). O Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos menciona que a família é núcleo natural e fundamental da sociedade (art. 23). No mesmo sentido o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (art. 10). De igual teor o Pacto de São José (art. 17).

7 A Constituição de Portugal cuida da família no título dos *Direitos, liberdades e garantias*, classifica-a como fundamental à sociedade que a deve proteger e ensinar a realização pessoal dos seus membros, e as leis infraconstitucionais protegem a “família monogâmica baseada no casamento como fundamento ético-social da vida em sociedade” (art. 67). A Constituição italiana reconhece a família como sociedade natural fundada no matrimônio (art. 29). A Constituição da Espanha determina que os poderes públicos assegurem a proteção social, econômica e jurídica da família (art. 39).

8 NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 1969, v. 3, p. 290.

pertinentes à instituição familiar. Em face da crise da família, avulta a importância dos crimes contra crianças e adolescentes, bem como da legislação pertinente ao idoso.⁹

3 ELEMENTOS NUCLEARES DA FAMÍLIA

A divisão enciclopédica do Direito pode trazer uma visão desfocada da unidade jurídica. Trata-se de algo semelhante ao que ocorreu na ciência médica. A progressiva e profunda especialização trouxe dificuldades para a visão de conjunto e o tratamento isolado do paciente subtraiu os dados advindos de pessoa vinculada a uma família. Renova-se a importância da clínica geral e da medicina de família. Para um enfoque sistemático da família em nosso Direito, parece oportuno fixar os pontos básicos dessa instituição.

A estabilidade, a singularidade e a fidelidade parecem-me os pontos nucleares da instituição. A promulgação de normas que atendam a esses preceitos e a operacionalidade da justiça que lhes outorgue o devido relevo podem contribuir para o bem comum, fixando-se uma ordem jurídica estável, em que a dignidade da pessoa humana seja preservada e em que sejam criadas as condições mínimas para o desenvolvimento de cada um, segundo as suas potencialidades.

3.1 Estabilidade

O Direito não pode impor a um casal que viva uma relação infernal, que promova a sua desgraça e o sofrimento daqueles que convivem com o mesmo. Por outro lado, não é satisfatório que a preservação do matrimônio fique na dependência do humor de imaturos que, concebendo o casamento como algo descartável, contraiam-no com a idéia preconcebida de o desfazer em face da menor dificuldade. Em princípio, o casamento deve ser, no mínimo, estável.

A estabilidade é necessária a todo contrato, mesmo às avenças desprovidas da nobreza do casamento. Quando alguém compra uma caneta *nont blanc* do camelô da praça, acredita que o vendedor não tenha o direito de lhe tomar o objeto falsificado porque concluiu que o pagamento em moedas

9 PENTEADO, Jaques de Camargo. *A família e a justiça penal*. São Paulo: RT, 1998.

não traz a mesma facilidade que dinheiro de papel. Por que seria diferente com o casamento?

Lares que se desfazem mal acabada a festa de casamento. Homens e mulheres que não querem enfrentar a menor dificuldade para se aprimorar e contribuir para o crescimento do cônjuge. Impressionante desconhecimento da constituição antropológica do ser humano e do matrimônio. Homens e mulheres são imperfeitos. Unindo-se, não se tornam melhores ou piores em face do vínculo. Casando-se, tornam-se um só corpo e um só espírito: a prova cabal é a vida dos separados e divorciados que continuam a agir em função do cônjuge do qual se afastaram.

Não se compreende que, casando, o cônjuge assume a responsabilidade pelo aperfeiçoamento do outro. A sua realização pessoal consiste na contribuição decisiva para a felicidade do outro. Existe para este. É um ser para o outro. As relações na ordem do ser revestem-se do requisito da estabilidade. Buscar no matrimônio a satisfação própria, a satisfação dos próprios instintos, significa pretender de uma instituição aquilo que a mesma, ontologicamente, não pode conceder. Implica deixar a ordem duradoura do ser para assumir o esquema efêmero do meramente apetecível que, satisfeito, esgota-se em si mesmo.

Desconcertos de tal ordem rompem os vínculos familiares, instituem novas relações, geram filhos, colocam crianças e adolescentes sob autoridades distintas, impelem os jovens a agirem egocentricamente, no vácuo gerado pela falta de ambos os pais. Como as separações não trazem automaticamente a felicidade para quem quer que seja, abre-se caminho para as depressões, para a perda do sentido da vida, e se chega à banalização da sexualidade. Passam a faltar os modelos de pai e mãe. Os vícios, legais ou ilegais, as condutas ilícitas para os manter, a escalada das violações geram um estado propício à criminalidade, que fragiliza todo o tecido social.

Células fundamentais viciadas promovem um tecido social marcado por instabilidade, insegurança, exploração do fraco pelo mais forte, crimes inomináveis. São tantos infratores que passam a faltar cadeias. Como não há dinheiro para construir novas, concedem-se benefícios que não intimidam. Infratores incontrolados instalam o pânico social.

Sociedades que já passaram por essas crises estão se renovando com a clara opção pelo casamento estável. Abre-se a possibilidade de contrair matrimônio com o vínculo da indissolubilidade. Esta gera uma predisposição para o enfrentamento das dificuldades conjugais. Deixa-se a esfera do “descartável”

e do *soft*. Instala-se uma sociedade voltada para os valores clássicos, consciente de que não se vencem as grandes batalhas sem luta decidida.¹⁰

Toda legislação que promova a estabilidade dos contratos em geral e do casamento em particular deve ser incentivada. A legislação penal que contribui para o casamento monogâmico, a sua constituição sem erro ou ocultação de impedimentos, perante autoridade legítima e mantendo a fidelidade dos contraentes, deve ser estimulada.

3.2 Fidelidade

A fidelidade é uma exigência ética universal e irrenunciável que tem sua origem no Direito natural. Trata-se de uma forma particular de justiça. Todo relacionamento humano depende dela. Traz a idéia de estabilidade, de transparência e de reciprocidade. A falta de fidelidade pode gerar crescimento econômico, mas acarreta a marginalização dos infieis.¹¹ Adultério é a violação da fidelidade conjugal.

Trata-se de tema polêmico a descriminalização do adultério. Filio-me à corrente de que se trata de um tipo criminal a ser mantido pelos Códigos Penais. A fidelidade é essencial ao relacionamento humano. Trata-se de bem jurídico importante e que deve ser resguardado também pela sanção penal.

É um grave erro legislar com base exclusiva no Direito comparado. A degradação ética de povos tidos por evoluídos não pode guiar as legislações das nações emergentes. Há povos que se auto-intitulam civilizados e que exploram descaradamente as nações pobres, violam os mais mezinhos direitos à intimidade da pessoa humana, cultivam a mais *marron* das imprensas, manipulam a justiça para qualificar de direitos humanos os interesses políticos marcados pelo oportunismo, promovem o mais repugnante incentivo ao uso de tóxicos de que se tem notícia na história da humanidade, vivem em comunidades dominadas pelo silêncio e pela corrupção que atacam a própria democracia.

Percebem que, à força de conceitos equivocados, criaram uma sociedade velha e infeliz. Estão retornando aos valores clássicos. A sua experiência deveria ser analisada para se evitar a incidência nos mesmos erros.

10 “Para los defensores del matrimonio opcional, la creación de un vínculo indisoluble electivo sería una fuente de incentivos para que cada persona pondere con atención su decisión inicial de contraer matrimonio. Además, sería un estímulo para que cada contrayente realice el máximo esfuerzo para lograr que su matrimonio funcione” (NAVARRO-VALLS, Rafael. *Matrimonios blindados*: aceprensa. Madrid: Adosa, 997, v. 32, p. 2).

11 PELÁEZ, Michelangelo. *Etica – professioni – virtú*. Milano: Ares, 1995, p. 76.

Não se pode legislar com base na existência de poucos processos em andamento sobre determinado fato criminoso. Se o bem jurídico é digno de proteção penal, deve ser mantido o tipo respectivo. Havendo necessidade, será empregado. Veja-se que há normas que, nada obstante raramente empregadas, evidenciam a posição axiológica do ordenamento jurídico. Não se pode correr o risco de exteriorizar a idéia de que para o Direito Penal não é importante a fidelidade conjugal ou que a bigamia não é criminalmente punível.

Tanto assim é que, apesar da pouca incidência do crime de autolesão para receber indenização ou seguro (art. 171, § 2.º, CP), o tipo é mantido no Anteprojeto de Código Penal de 1999 (art. 199, § 1.º, inc. V). Os recentes casos de automutilação mostram que se houvésemos descriminalizado essa conduta, não haveria possibilidade de os reprimir criminalmente.

O próprio Anteprojeto de Código Penal de 1999 indica o quanto é importante a fidelidade. Tanto que modela o tipo de “administrador infiel” (art. 204) e, também, de empregado infiel (art. 231, inc. IX). Segue a legislação lusitana, que também transferiu a proteção da fidelidade do campo conjugal para o mundo dos negócios (art. 224, CP). Não pune o adultério, mas sanciona a infidelidade dos negócios. Segundo a proposta de reforma brasileira, se um homem trai a esposa, nada lhe pode ocorrer no campo penal. Todavia, se for sócio da mesma e deixar de praticar um ato de interesse da empresa, para obter alguma vantagem econômica, ergue-se o Direito Penal para o punir. Não se pode ser infiel nos negócios. Ao Direito Penal proposto é indiferente o adultério.

É-lhe indiferente o adultério em uma fase em que a delicadeza do amor humano, a profunda interação entre o homem e a mulher, a beleza indescritível de dois que se tornam um, está prisioneira do medo brutal de que a entrega possa significar o contágio letal. Não poucas vezes o legislador parece olvidar que os adultérios que não figuram nas estatísticas criminais com esse *nomen juris* elevam os índices de assassinatos e lesões corporais.

Não se pode falar em desnecessidade de delitos, perda de interesse, proteção por outros ramos jurídicos, apoucado número de processos ou proteção exclusivamente civil para bens jurídicos tão nobres que o próprio legislador reformista cuida de elevar à categoria de tipos penais, inclusive para a proteção de interesses materiais. Um Código Penal que não evidencie um tratamento adequado dos bens jurídicos – como as propostas que punem mais gravemente quem porte um ovo de tartaruga do que aquele que destrua um nascituro – é um Código Penal que mais parece uma promoção pessoal de um político do que uma lei.

3.3 Singularidade

Casamento é casamento. União estável é união estável. Trata-se de relações distintas e com denominação diversa. Sua disciplina jurídica é específica. A confusão de conceitos e a tentativa de equiparação de realidades distintas não beneficia a ciência jurídica e não melhora a situação dos sujeitos dessas relações.

A Constituição Federal considera a família a base da sociedade e lhe outorga especial proteção estatal. A união estável forma uma “entidade familiar” que merece proteção simples. Fossem iguais e o texto não lhes atribuiria denominação diversa.

Algo é aquilo que é, e não outra coisa, uma essência. Portanto, irrepetível, cognoscível por exame específico. Diante do juízo de imperfeição de algo, faz-se uma análise demonstrativa de que aquilo que é em concreto não atingiu o seu modelo ideal, porque lhe faltam alguns acidentes. Posto sob observação, aquilo que reúne todos os seus acidentes e, portanto, é perfeito, não pode ser considerado igual a um segundo ser que, por sua vez, não é perfeito porque deixou de apresentar todos os seus acidentes. São diferentes.

A família é uma substância perfeita, acabada. Forma-se pelo casamento. A união estável é mero acidente. Aquele é regido pela indissolubilidade natural. Esta pela estabilidade. A família é uma instituição fundamental à sociedade. É a base dessa. A união estável é uma entidade.¹² Se a Constituição Federal dispõe que se deve fomentar a conversão da união estável em casamento, é claro que não os equipara.

O termo “conversão” roborava essa assertiva, pois se trata de uma forma jurídica de aproveitar um ato, privado de elemento essencial, em outro, desde que para o modelo evolua, preenchendo os requisitos faltantes. Boa parte da doutrina considerou que a união estável não se equipara ao casamento.¹³

A jurisprudência criminal ainda não conta com um número suficiente de casos para que se possa concluir que repeliu a equiparação da união estável com o casamento, para fins penais. Há diversos julgamentos salientando a diferença dos institutos (RHC 1.761/MG, STJ, 6.^a T., Rel. Min. José Cândido, m. votos, j. 25.08.1992; *RJTJESP* 135/399; *RT* 713/357 e 739/605; *JTJ* 158/308).

12 Entidade indica tudo que “existe, real ou efetivamente, ou mesmo por idéia ou ficção legal” (PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico*. 12. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996, v. 2, p. 174).

13 PENTEADO, Jaques de Camargo. *Op. cit.*, p. 110.

Para incriminação, em face do princípio da legalidade, não é possível acolher a equiparação entre união estável e casamento.

3.4 Operacionalidade da Justiça

Esses conceitos ingressam no campo pragmático e se submetem às dificuldades próprias do sistema de aplicação do Direito. Abre-se um impressionante leque de interpretações. Nem sempre os sujeitos processuais são capazes de atuar com um mínimo de objetividade, e o quadro global não se apresenta muito satisfatório.

O sistema de segurança pública nacional não está oferecendo segurança sequer para as autoridades estatais encarregadas dele. Não é preciso empregar muito tempo para demonstrar que o cidadão comum está totalmente inseguro, quando os próprios policiais são atacados e submetidos ao poder marginal, em suas repartições.

Diante disso, banalizada a violência e vitimizado o próprio Estado, as questões criminais relativas à família são vistas pelas autoridades policiais como fatos desprovidos de importância. Os sujeitos passivos dos crimes contra a família não recebem praticamente atenção alguma das autoridades competentes. Uns acovardam-se e se tornam vítimas perpétuas dos mais fortes. Alguns fogem. Outros reagem. Matam ou são mortos. Forma-se um círculo brutal de violência e destruição.

As promotorias de Justiça nem sempre têm sensibilidade para o tratamento dos crimes dessa natureza. Muitas vezes nem sequer estão presentes nas audiências respectivas. Não é incomum que as questões de família sejam tratadas como meros e entediantes autos, sem vida e sem rosto, meros papéis burocraticamente examinados. Em muitas comarcas, perde-se a riqueza do bom atendimento ao público.

Não é raro que as audiências pertinentes sejam presididas por magistrados com o relógio na mão, alheios às necessidades dos jurisdicionados, mecanicamente despachando processos e desinteressados em mediar conflitos que poderiam gerar conciliações que assegurassem a estabilidade das famílias.

Parece que voltamos à anedota do início. Trata-se de meros títulos que significam justamente o contrário do que aparentam expressar. Instituição. Base da sociedade. Casamento. Família. Onde a proteção especial do Estado?

4 CONCLUSÃO

Conta-se que alguns brasileiros resolveram provar que eram criativos e inteligentes. Não se trataria de um povo que copiava tudo aquilo que fosse rotulado como de “primeiro mundo”. Reuniram-se os mais brilhantes cérebros de todas as áreas do conhecimento. Puseram-se no auditório de um destes programas dominicais de televisão. Ao fim do dia, aplicou-se-lhes o teste de criatividade e inteligência IZOeTAL. O animador selecionou um dos presentes e formulou a pergunta: quanto é 2 e 2? O candidato pensou um pouco e respondeu: 5! Imediatamente o auditório passou a gritar: “Mais uma chance, mais uma chance...” O apresentador não teve outro jeito e perguntou: quanto é 3 e 4? O candidato respondeu: 6! Seguiu-se o coro: “Mais uma chance, mais uma chance...” Veio a terceira indagação. Brasilino, quanto é 5 e 5? Dez, respondeu o nosso candidato! E o auditório de cientistas clamou: “Mais uma chance, mais uma chance...”

O mimetismo simplista nunca contribuiu para a evolução de povo algum. Um auditório repleto pode ignorar que 5 e 5 são 10 quantas vezes quiser, mas 5 e 5 continuarão sendo 10.

A família, base da sociedade, é formada pelo casamento válido e merece a especial proteção do Estado. Que os juristas a tratem bem... É preciso sonhar e fazer. Aproveitemos essa chance.

5 BIBLIOGRAFIA

- BICUDO, Hélio. Imprensa e justiça. In: PENTEADO, Jaques de Camargo (Coord.). *Justiça penal* 4. São Paulo: RT, 1997.
- LAUND, Luiz Jean. Imagem, piada e preconceito: Portugal x Brasil. *Revista Mirandum*. Pamplona/São Paulo: Mandruvá, 1997.
- LECLERCQ, Jacques. *A família*. São Paulo: Quadrante/USP.
- NAVARRO-VALLS, Rafael. *Matrimonios blindados*: aceprensa. Madrid: Adosa, 1997.
- NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 1969, v. 3.
- PELÁEZ, Michelangelo. *Etica – professioni – virtu*. Milano: Ares, 1995.
- PENTEADO, Jaques de Camargo. Sociedade vigiada. *Revista Notandum*. Madrid/São Paulo: Mandruvá, 1998.
- _____. *A família e a justiça penal*. São Paulo: RT, 1998.
- PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico*. 12. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996, v. 2.
- TOLEDO, Francisco de Assis. Dez anos de reforma penal. In: *Justiça penal* 2. São Paulo: RT, 1994.

ANÁLISE ECONÔMICA APLICADA AO DIREITO DE FAMÍLIA

Maria Isabel Vianna de Oliveira Vaz

Advogada especialista em Direito do Trabalho
e Seguridade Social pela Faculdade de Direito
da Universidade de Paris (Panthon – Sorbonne)
Especialista em Direito e Legislação na Política Setorial
de Ciência e Tecnologia
Doutora em Direito Econômico pela UFMG

Sumário

1. Introdução: análise econômica e interpretação econômica do Direito. **2.** A concepção materialista da família segundo *Engels*. **3.** A análise econômica do Direito de Família segundo *Posner*. **4.** Conclusões.

1 INTRODUÇÃO: ANÁLISE ECONÔMICA E INTERPRETAÇÃO ECONÔMICA DO DIREITO

O mundo, nessa virada do século, parece ter sido tomado por uma avalanche de economicismo, economês, economia e tudo o mais relacionado a qualquer um dos diversos aspectos da Ciência Econômica ou dela derivados.

Seria essa característica um sinal dos tempos? Ou sinal dos tempos seria apenas a percepção da importância do fator econômico em nossas vidas?

Os gregos se referiam a um *homo oeconomicus* e *Aristóteles*, em sua conhecida obra *Política*, relacionava a economia com a propriedade, em geral, e a aquisição de bens destinados a proporcionar um tesouro de coisas úteis e mesmo necessárias à vida, em toda sociedade civil ou doméstica. Já o

estagirita notara que a quantidade necessária de bens para satisfazer a alegria e as exigências da vida não era infinita.¹

A economia, nos dias atuais, é conceituada como o estudo da maneira pela qual os homens e as sociedades “resolvem” utilizar bens “escassos” para a satisfação de suas necessidades.²

Como aproximar, então, para poder refletir sobre a utilidade desta proposta, as noções de Direito e de Economia, com o intuito de acrescentar um outro dado à abordagem e, com isso, enriquecer a reflexão?

Não se descarta a advertência dos doutos quanto “à impossibilidade de se conseguir um conceito universalmente aceito, que abranja de modo satisfatório toda gama de elementos heterogêneos que compõem o direito”.³ Por outro lado, de maneira simples, pode-se afirmar ser o Direito um complexo de normas jurídicas destinado a reger a conduta humana na sociedade.

Ou, dizendo sob outra perspectiva, “o direito positivo é o conjunto de normas estabelecidas pelo poder político que se impõem e regulam a vida social de um dado povo em determinada época”.⁴

No entanto, o Direito não é apenas a norma dada⁵ e nem se forma só no momento em que o legislador promulga a lei. A formação da norma pressupõe uma condensação e uma exteriorização de valores políticos, econômicos, sociais, culturais e até mesmo religiosos, que o legislador capta em uma dada realidade, em um certo momento, transformando-os em conteúdo da regra jurídica que elabora. Posto o Direito, sancionado o instrumento normativo condensador daqueles valores, no momento de aplicar a norma, o intérprete irá percorrer o caminho inverso ao do legislador, cabendo, nesta fase, a identificação daqueles valores componentes da norma, para, então, dar-lhes aplicabilidade.

1 ARISTÓTELES. *Política*. Trad. Julián Marías e María Araújo. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1951. Livro 1, cap. 8-11: “La economía: propiedad y crematística”, 1256 e 1259; p. 12-22.

2 Vide SAMUELSON, Paul A. *Introdução à análise econômica*. 9. ed., Rio de Janeiro: Agir, 1963, p. 6.

3 DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 220.

4 CAPITANT, H. *Introduction à l'étude du droit civil*, p. 8; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1976, v. 1, p. 18 e 55; RUGGIERO e MAROI. *Istituzione di diritto privato*. Milano, 1955, v. 1, 2.º, Apud DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, p. 222.

5 *Santi Romano (L'ordinamento giuridico*. Firenze, 1951, p. 25) escreve: “Derecho no es solo la norma dada, sino también la entidad de la cual ha emanado la norma. El proceso de objetivación, que da lugar al fenómeno jurídico, no se inicia en la emanación de una regla, sino en un momento anterior: las normas no son sino una manifestación, una de las distintas manifestaciones; un medio por medio del cual se hace valer el poder del ‘yo social’.” (Apud DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, p. 223).

O processo intelectual de decodificação, de *análise* do Direito, irá revelar de que maneira e em que proporções os valores que serviram, inicialmente para a produção da norma, devem ser aplicados a uma dada situação.

A atividade intelectual de decodificação dos elementos integrantes da norma se coaduna melhor com a expressão “análise” do Direito do que com o termo “interpretação”.

Não obstante, os autores se indagam qual das duas seria a mais adequada à compreensão dessa nova teoria denominada “análise econômica do direito” e que encontra no Magistrado norte-americano *Richard Posner* um de seus mais brilhantes representantes.⁶

A Professora *Guiomar T. Estrella Faria*, referindo-se à obra de *Posner*, *Economic analysis of law*, afirma que a primeira dificuldade encontrada pelos que se propõem a apreender o pensamento daquele autor refere-se à própria denominação da teoria tal como exposta naquela obra, geralmente traduzida como “Interpretação econômica do direito”.⁷ Tanto em inglês quanto em português, prossegue, interpretação e análise correspondem a procedimentos intelectuais distintos. No primeiro caso – interpretação – significa “esclarecimento, explicação do pensamento alheio, tradução”, e interpretar, clarear o sentido, expor o significado. A palavra análise (*analysis*, em inglês), que *Posner* emprega, tanto em um como em outro idioma significa “separação de um todo, quer seja uma substância material, quer seja um produto do pensamento, em seus elementos constituintes”.⁸

Ainda não estão aplacadas as discussões sobre esse assunto. No entanto, não parece desarrazoado considerar-se as duas expressões (“análise” e “interpretação”) como dois momentos necessários que se sucedem, como se fossem duas etapas do processo de cognição e de aplicação do Direito. Pela análise, o operador do Direito aplica o seu esforço intelectual na descoberta dos elementos ou dos valores jurídicos, culturais, políticos, éticos, econômicos e sociais que estão contidos no discurso normativo. Por meio da interpretação, o operador do Direito, na procura de dar concreção à lei, vai exatamente tentar exteriorizar aqueles mesmos valores contidos na norma,

6 A obra mais significativa de *Posner* é *Economic analysis of law*. 5. ed., New York: Aspen Law & Business, 1998, 802p. Publicado pela primeira vez em 1973. Outros autores: *Guido Calabresi*, *Ronald Coase*, *Guido Alpa* e, no Brasil, entre os estudiosos do tema, a Professora *Guiomar T. Estrella Faria* (RS) e *João Bosco Leopoldino da Fonseca* (MG).

7 FÁRIA, Guiomar. *Interpretação econômica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994, p. 11.

8 FÁRIA, G. *Op. cit.*, p. 11, com referências aos dicionários de *Aurélien Buarque de Holanda*, *Houaiss*, *Webster* e outros.

realizando-os, ao aplicá-la a um caso concreto. Esse procedimento é válido, mesmo que o discurso normativo não se refira explicitamente aos valores juridicamente protegidos, como se pode inferir do seguinte exemplo do Código Penal brasileiro:

Art. 121. Matar alguém:

Pena – reclusão, de 6 (seis) a 20 (vinte) anos.

Pela análise da norma, decompondo-a em suas partes e buscando-se identificar a sua finalidade, o valor juridicamente protegido, vai-se encontrar a consagração do direito à vida, mediante a imposição de uma sanção a quem adotar a conduta descrita ou tipificada pelo legislador. Aprofundando-se a reflexão acerca dos valores presentes no citado artigo 121 – mesmo aparentemente ausentes do discurso do legislador –, vai-se identificar, por exemplo, no *caput* do artigo 5.º da Constituição da República de 1988, a norma que impõe ao Estado o dever de garantir “aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade [...]”.

A análise do Direito vai, assim, permitir, a quem sobre a sua gênese se debruçar, identificar quais são os valores que a norma visa a proteger. Pode-se, pois, concordar com *Santi Romano*,⁹ quando afirma que o processo de objetivação, que dá lugar ao fenômeno jurídico, não começa com a emanção de uma regra, mas em um momento anterior.

É claro que ao elaborar uma norma, ao exteriorizar o seu conteúdo e ao promulgar um instrumento normativo, o legislador recorre à sua bagagem intelectual previamente construída. Atenta aos conceitos pré-concebidos, podendo até mesmo ceder a certos grupos de pressão, que buscam inculcar-lhe idéias, valores e conceitos que acreditam ser a expressão do justo em um dado momento.

Operários vão achar justo pressionar o legislador pela fixação de melhores salários, as feministas vão achar justa a descriminalização do aborto, aposentados vão pleitear a intangibilidade de seus proventos, ecologistas tentarão convencer o legislador da necessidade e da justiça de tratar com mais rigor os crimes ambientais e assim por diante. Todos esses valores supostamente considerados dignos de serem contemplados com a proteção normativa estarão servindo – no momento de sua criação – de

9 *Op. cit., loc. cit.*

fundamento para que o legislador os traduza em normatividade adequadamente sancionada.

No momento seguinte, o da “interpretação” da lei, cabe ao operador do Direito, conhecendo os pressupostos que lhe serviam de suporte e de justificativa, lançar um olhar prospectivo, para a frente, para a etapa ou procedimento intelectual destinados a dar concreção à norma. Na análise do Direito, o operador se volta para o que já está posto, buscando os sentidos e as finalidades da norma. Não se fala em *mens legis*? Na operação intelectual correspondente à fase seguinte, o intérprete visa assegurar a efetividade daqueles preceitos e valores que estão subjacentes ao discurso normativo.

Finalizando este tópico, pode-se dizer que a “análise econômica do Direito” há de corresponder a uma atividade intelectual de busca de elementos de natureza econômica que inspiraram determinada diretriz normativa às entidades produtoras do Direito.

E por “interpretação econômica do Direito” entende-se a fase posterior à análise, que tem como escopo identificar as repercussões de natureza econômica que uma norma é capaz de gerar sobre a realidade social.

Os dois procedimentos – análise e interpretação do Direito – não se opõem, antes se completam, na medida em que constituem duas fases necessárias da atividade intelectual de conhecer e de explicar ou clarear o significado da norma. O qualificativo “econômica” – poderia ser “política”, “sociológica”, “ética” ou “moral” – possui a virtude de acrescentar dados oferecidos pela Ciência Econômica à atividade intelectual que busca conhecer e, na fase seguinte, aplicar o Direito.

A questão que se coloca e parece crucial, seria a de saber se e em que medida a economia estaria em condições de moldar o Direito ou de produzir um Direito impregnado de novas valorações, tais como a “eficiência” e a “racionalidade”, fatores determinantes dos modelos de economia de mercado.

Ou se, ao contrário, o Direito é que estabelece a moldura – as garantias e os limites – dentro da qual a economia pode mover-se, inclusive recebendo as suas leis o impacto das leis jurídicas.

Uma posição mais prudente aponta no sentido de não se considerar absolutamente válida nem a primeira e nem a segunda proposição. As pessoas compreendem que a ordem jurídica afeta o sistema econômico existente e é por ele afetada. O funcionamento harmonioso de um sistema econômico determinado requer um certo número de regras de Direito que assegurem a apropriação e o uso dos fatores de produção, dos produtos ou dos serviços.

Em sentido inverso, toda ordem jurídica tem repercussões, procuradas ou não, sobre o sistema econômico que ela enquadra, rege ou normaliza.¹⁰

Ora, se a economia influencia o ordenamento jurídico e dele sofre influência, não é improvável que outros fatos sociais também possam ser assim considerados. Se se admitir uma influência recíproca entre o Direito e a Economia, enquanto manifestações da vida em sociedade, possivelmente outros fatos sociais, como a formação da família e as relações de parentesco, atuam sobre o Direito e a Economia, recebendo deles também reflexos e condicionamentos.

Duas proposições geradas por concepções ideológicas aparentemente antagônicas se apresentam à consideração. As identidades de objeto estão mais presentes do que se poderia supor, embora seja impossível conciliar as abordagens.

2 A CONCEPÇÃO MATERIALISTA DA FAMÍLIA SEGUNDO ENGELS

Em sua famosa obra *A origem da família, da propriedade privada e do estado*,¹¹ publicada em 1884, *Friedrich Engels* retoma concepções sobre a análise materialista da história, que *Marx*, falecido em 1883, não pudera terminar.

Nesse livro, *Engels* afirma que segundo “a concepção materialista, o fator decisivo na história é, em última instância, a produção e a reprodução da vida imediata. Mas essa produção e essa reprodução são de dois tipos: de um lado, a produção dos meios de subsistência, de produtos alimentícios, roupa, habitação e instrumentos necessários para tudo isso; do outro lado, a produção do homem próprio, a continuação da espécie”.¹²

No entanto, essa “concepção materialista da história”, que vem à luz com o livro de *Lewis H. Morgan*, em 1877,¹³ teria sido formulada por *Marx* cerca de quarenta anos antes.¹⁴ Em sua pesquisa na América, *Morgan* redescobriu, à sua maneira, a concepção materialista da história e, baseado nela, chegou, contrapondo barbárie e civilização, aos mesmos resultados essenciais de *Marx*.¹⁵

10 JACQUEMIN, Alex; SCHRANS, Guy. *Le droit économique*. Paris: PUF, 1970, p. 5. Tradução livre.

11 ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. Trad. José Silveira Paes. 3. ed., do original em alemão *Der Familie, des privateigentumes und des staates*, de 1884. São Paulo: Global, 1984.

12 ENGELS. *Op. cit.*, p. 34, prefácio à primeira edição.

13 Trata-se de *Ancient society, or researches in the lines of human progress from savagery through barbarism to civilization*. London: Mac Millan, 1877.

14 Cf. ENGELS. *Op. cit.*, p. 33.

15 *Idem*.

Mas o estudo da família começa um pouco antes, por volta de 1861, conforme se pode ver na obra de *Bachofen, Direito materno*, na qual são formuladas as seguintes proposições:

1. Primitivamente, os seres humanos viviam em promiscuidade sexual.
2. Com esse tipo de relacionamento era impossível estabelecer, de modo rigoroso, a paternidade, a não ser pela linha feminina, segundo o direito materno. Isso ocorria com todos os povos.
3. Em razão disso, as mulheres eram os únicos progenitores conhecidos da nova geração, merecedoras de grande respeito e apreço, alcançando o domínio absoluto, a ginecocracia.
4. A passagem para a monogamia, em que a mulher se relacionava com um homem apenas, implicava transgressão de uma lei religiosa muito antiga (ou seja, o direito imemorial que os outros homens tinham sobre aquela mulher), transgressão que deveria ser punida ou que poderia ser tolerada mediante a posse da mulher por outros homens durante certo período.¹⁶

Entre os povos antigos, segundo a teoria de *F. Mac Lennan*,¹⁷ desenvolveu-se o costume da poligamia, que determinava também a contagem da ascendência pelo lado materno.

Esses relatos e muitos outros, cujas referências se encontram na obra de *Engels*, procuram oferecer uma hipótese cientificamente demonstrada da superioridade das uniões por grupos, nas quais todos os homens podiam pertencer a todas as mulheres.¹⁸ Em consequência os bens produzidos também eram compartilhados por todos,¹⁹ enquanto as mulheres recebiam grande consideração e respeito,²⁰ por serem as únicas reconhecidas como geradoras da prole.

¹⁶ Cf. ENGELS. Prefácio à quarta edição. *Op. cit.*, p. 39.

¹⁷ *Studies in ancient history, comprising a reprint of primitive marriage*. Londres. 1886. *Apud* ENGELS. *Op. cit.*, p. 43.

¹⁸ *Engels* refere-se, por exemplo, a um relato dos costumes dos negros australianos: “O matrimônio por grupos, que na Austrália é também um matrimônio por classes, a união conjugal em massa de toda uma classe de homens (...) com toda uma classe de mulheres (...) este matrimônio por grupos, visto de perto, não é tão monstruoso como o figura a fantasia dos filisteus, acostumados à sociedade da prostituição” (p. 8).

¹⁹ Cf. ENGELS. *Op. cit.*, p. 85.

²⁰ *Idem*, referindo-se ao “lar comunista [que] significa (...) alto apreço pelas mulheres, isto é, pelas mães”.

Essas teorias procuram também contestar a idéia divulgada no século XVIII, segundo a qual “na origem da sociedade a mulher foi escrava do homem”. *Engels* rebate vivamente essa afirmativa, dizendo que “entre todos os selvagens e em todas as tribos que se encontram nas fases inferior, média e até (em parte) superior da barbárie, a mulher não só é livre, como também muito considerada”.²¹

A economia doméstica comunista, na qual a maioria das mulheres pertencia a uma mesma gens, ou clã, seria a base efetiva daquela preponderância das mulheres, não obstante a excessiva carga de trabalho com que eram oneradas.²²

A deterioração do antigo comunismo e a passagem à monogamia permitiram à mulher aspirar ao matrimônio com um só homem.

Ao mesmo tempo em que os povos primitivos abandonaram o matrimônio sindiásmico,²³ adotando a monogamia, outras transformações ocorriam na economia das tribos. Na fase inferior da barbárie, na América, a riqueza duradoura consistia na habitação, nas vestes, nos adornos primitivos, nos utensílios usados para obtenção e preparo dos alimentos: o barco, as armas, os objetos caseiros mais simples, devendo a alimentação ser provida dia a dia.²⁴

No velho mundo, a domesticação dos animais e a criação de gado proporcionaram mananciais de riqueza desconhecidos, criando relações sociais novas. Cavalos, camelos, burros, bois, cabras, carneiros e porcos proporcionavam tal riqueza e fartura de alimentação que, de nômades, os povos passaram a uma vida sedentária, pastoreando seus rebanhos e cultivando terras. A riqueza obtida precisava apenas de cuidados e vigilância para se reproduzir em proporções sempre crescentes, fornecendo abundantíssima alimentação de carne e leite.²⁵

A produção farta de alimentos e de bens dotados de certa durabilidade e riqueza, representada pelos rebanhos, a quem pertenceria? A princípio, na sua origem, à gens. Porém, cedo deve ter-se desenvolvido a propriedade privada dos rebanhos, a qual, segundo os relatos históricos, era atribuída aos chefes de família, da mesma forma que os produtos artísticos da barbárie, os utensílios de metal, os objetos de luxo e depois os escravos.²⁶

21 ENGELS. *Op. cit.*, p. 85.

22 *Idem*, p. 86.

23 Expressão usada para indicar a união por pares. Cf. ENGELS. *Op. cit.*, p. 82 e 55.

24 ENGELS. *Op. cit.*, p. 91.

25 *Idem*.

26 *Idem*, p. 91-92.

A transformação dessas riquezas em propriedade particular das famílias representou um golpe no matrimônio sindiásmico e na gens baseada no matriarcado.²⁷

Como a descendência só se contava pela linha materna e a importância das riquezas cada vez maior seria atributo do homem, era preciso modificar essas leis, para que o pai pudesse assegurar sua herança aos seus descendentes.²⁸ Para que isso ocorresse foi preciso abolir a filiação feminina e o direito hereditário materno, que foram substituídos pela filiação masculina e o direito hereditário paterno.

Analisando o relato desses fatos, que afirma terem realmente ocorrido, *Engels* diz que “o desmoronamento do direito materno foi a grande derrota histórica do sexo feminino em todo o mundo. O homem apoderou-se também da direção da casa; a mulher viu-se degradada, convertida em servidora, em escrava da luxúria do homem, em simples instrumento de reprodução”.²⁹

Segundo *Engels*, a monogamia teria sido “a primeira forma de família que não se baseava em condições naturais, mas econômicas e, em concreto, no triunfo da propriedade privada sobre a propriedade comum primitiva, originada espontaneamente. Os gregos proclamavam abertamente que os únicos objetivos da monogamia eram a preponderância do homem na família e a procriação de filhos que só pudessem ser seus para dele herdarem”.³⁰

A monogamia não seria uma reconciliação entre o homem e a mulher, como uma forma mais elevada de matrimônio, mas sim uma “forma de escravização de um sexo pelo outro”. Em obra publicada em 1846, *Marx e Engels* haviam afirmado: “A primeira divisão do trabalho é a que se fez entre o homem e a mulher para a procriação dos filhos”.³¹

Na visão de *Engels*, no antigo lar comunista, que compreendia numerosos casais com seus filhos, a direção do lar, confiada às mulheres, era uma indústria socialmente tão necessária quanto a busca de víveres, de que ficavam encarregados os homens. Mas com a família patriarcal e com a família individual monogâmica, as coisas mudaram, transformando-se o governo do lar em um *serviço privado*. A mulher converteu-se na primeira criada, sem direito a

27 *Idem*, p. 92-93.

28 Para uma descrição mais pormenorizada dos laços de parentesco e de seus reflexos no direito de herança e sua posterior alteração, v. ENGELS. *Op. cit.*, p. 93 *et seq.*

29 ENGELS. *Op. cit.*, p. 95.

30 *Idem*, p. 104.

31 Trata-se da obra *A ideologia alemã*, publicada pela primeira vez em 1932 (cf. Nota da Redação à obra citada, p. 104).

participar da produção social. Apenas com o advento da grande indústria, e só para a mulher proletária, abriu-se o caminho para a produção social.³²

Porém, essa possibilidade ocorreu de tal modo que, se a mulher cumpre seus deveres domésticos no seio da família, fica excluída do trabalho social e nada pode ganhar; se pretende participar da indústria social e tornar-se independente, fica impossibilitada de cumprir seus deveres domésticos. O que ocorre com a mulher na fábrica acaba se repetindo em todos os setores profissionais, até mesmo na medicina e na advocacia.³³

“A preponderância do homem no matrimônio é consequência evidente de sua preponderância econômica, e desaparecerá por si mesma com esta última”, profetiza *Engels*.³⁴

3 A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO DE FAMÍLIA SEGUNDO POSNER

Em obra que fez fortuna da literatura jurídica,³⁵ *Posner* dedica um capítulo ao estudo do *Direito familiar e direito sexual*.³⁶

Depois de oferecer os conceitos fundamentais usados no trabalho, como o de economia³⁷ – do homem como um maximizador racional de seu interesse pessoal³⁸ –, o de custo de oportunidade – como o benefício previsto pelo emprego de um recurso de modo a negar o seu uso por qualquer outra pessoa³⁹ –, o de lei da oferta e da procura⁴⁰ e outras teorias econômicas, *Posner* se dedica à discussão de aspectos econômicos presentes no Direito de Família.

Afirma que a instituição central do casamento é a família, um relacionamento que paira apreensivamente sobre as fronteiras do contrato. Assim, um capítulo sobre Direito de Família é uma seqüência natural do direito do contrato. O papel do direito do casamento, canalizando a atividade sexual e

32 Cf. ENGELS. *Op. cit.*, p. 113, sem grifos original.

33 *Idem*.

34 *Idem*, p. 123.

35 Trata-se da *Economic analysis of law*, já referida.

36 *Family law and sex law*, p. 155-178.

37 “As conceived in this book, economics is the science of rational choice in the world our world – in which resources are limited in relation to human wants” (p. 3).

38 *Op. cit.*, p. 4, tradução livre.

39 Cf. POSNER. *Op. cit.*, p. 6-7.

40 *Idem*, p. 4.

a atividade procriadora, torna a análise econômica da regulação da atividade sexual uma extensão natural da análise econômica da família.⁴¹

Posner afirma que análise econômica da família é baseada na percepção de que o grupo familiar não é apenas consumidor, mas uma importante unidade de produção na sociedade. Os alimentos, a roupa, a mobília, os medicamentos e outras mercadorias que o grupo domiciliar adquire são insumos usados na produção de comida, calor, afeição, crianças e outros bens tangíveis e intangíveis que constituem a produção do lar. Um insumo crítico nesse processo produtivo não é uma mercadoria, é o tempo dos membros do grupo familiar, em particular – nas famílias tradicionais – o tempo da mulher.⁴²

A persistência da família como uma instituição social sugere a um economista que a instituição deve ter importantes propriedades economizadoras. *Posner* indaga quais poderiam ser. Economias de escala, (por exemplo, partilhando a cozinha)? Mas isso muitas vezes é obtido fora do casamento, e em quaisquer casos são, muitas vezes, menores que os custos de ter que adaptar seus gostos e programas aos de outra pessoa. Um fator mais importante, lembra *Posner*, é que a família facilita a divisão do trabalho produzindo ganhos com a especialização.⁴³

Como se viu antes, para *Engels* a primeira divisão do trabalho ocorrera entre o homem e a mulher para a procriação dos filhos,⁴⁴ sendo vista pela teoria do materialismo histórico como uma forma de escravização da mulher.⁴⁵ Não é o que pensa *Posner* a respeito.

Nas famílias tradicionais, afirma *Posner*, o marido se especializa em alguma profissão de mercado (por exemplo, engenharia), produzindo rendimentos destinados à compra de mercadorias usadas como insumos necessários à produção final do lar. Enquanto isso, a esposa pode dedicar seu tempo processando mercadorias (secos e molhados, por exemplo) para a produção doméstica (o jantar).⁴⁶

Especializando-se na produção para o mercado, o marido maximiza a renda monetária da família, usando-a para comprar as mercadorias das quais ela necessita. Especializando-se na produção doméstica, a esposa

41 *Idem*, p. 155.

42 *Idem*.

43 *Idem*, p. 155-156.

44 Cf. ENGELS. *Op. cit.*, p. 104.

45 *Idem*.

46 Cf. POSNER. *Op. cit.*, p. 156.

maximiza o valor do seu tempo como um insumo usado no produto final do agrupamento familiar.⁴⁷

Posner vê esta forma de divisão do trabalho – o marido trabalhando em tempo integral no mercado e a esposa em tempo integral no lar – como meio de maximizar a receita total da família, permitindo ao marido e à mulher se especializarem em atividades complementares.⁴⁸

É o mesmo princípio, diz *Posner*, que permite acreditar que uma pessoa trabalhando meio período como médico e meio período como advogado produza menos que a metade do produto total de serviços médicos e legais do que duas pessoas com habilitação igual à sua, uma das quais é um doutor em tempo integral e a outra um advogado em tempo integral. Pessoas que fazem a mesma coisa o tempo todo, diz *Posner*, tendem a fazê-la melhor do que pessoas que dividem o seu tempo entre duas tarefas não relacionadas.⁴⁹

O aspecto a seguir abordado pode parecer uma redução de valores éticos ou morais ao dado econômico. No entanto, segundo *Posner*, uma das mais persistentes falácias sobre a economia é que ela versa sobre dinheiro. Ao contrário, diz o autor citado, ela trata do uso de recursos, sendo o dinheiro uma mera reivindicação sobre recursos.⁵⁰ O economista distingue entre transações que afetam o uso de recursos – mude ou não o dinheiro de mãos –, e transações puramente pecuniárias – como cessão de pagamento.⁵¹

Para *Posner*, o trabalho doméstico é uma atividade econômica, mesmo que a dona de casa não receba nenhuma compensação pecuniária; ele envolve custos, principalmente o custo de oportunidade do tempo da dona de casa.⁵²

Com essas observações preliminares, pode-se abordar a proposta de *Posner* referente à classificação dos filhos.

Os ganhos de especialização se realizam no mercado. Isso é visto mais claramente, segundo *Posner*, no casamento estabelecido, focalizando a principal *commodity* que o matrimônio produz: os filhos. Embora muitos casa-

47 *Idem.*

48 *Idem.*

49 *Idem.*

50 *Posner* afirma que os não-economistas atribuem maior significação ao dinheiro do que os economistas. Uma das grandes realizações de *Adam Smith* em *The wealth of nations* foi demonstrar que o mercantilismo, a política que tentava maximizar as reservas em ouro de um país, empobrecia mais do enriquecia o país que o adotasse. Outra concepção errônea sobre a economia que esse livro tenta dissipar é que ela versa principalmente sobre negócios ou mercados explícitos, que ela é pró-negócios, que é insensível, que menospreza custos e benefícios não quantificáveis e que é intrinsecamente conservadora (cf. POSNER. *Op. cit.*, p. 7 em nota de rodapé, tradução livre).

51 Cf. POSNER. *Op. cit.*, p. 7.

52 *Idem.*

mentos sejam sem filhos, apenas alguns poucos não têm filhos por opção, e é difícil acreditar que o casamento poderia ser uma instituição comum se mais pessoas não desejassem ter filhos.⁵³

Educar filhos requer, especialmente nos primeiros anos, uma enorme quantidade de tempo dos pais (tradicionalmente da mãe), e a mulher que está ocupada criando um filho não terá tempo de trabalhar no mercado para ganhar o dinheiro de que precisa para adquirir os insumos necessários (alimento, roupa, abrigo etc). Então ela “troca” seu trabalho no lar pelo trabalho do homem no mercado; ele “compra” seu cuidado com os filhos, que são tão dela quanto dele.⁵⁴

Essa situação não passou despercebida a *Engels*, que afirmou a respeito:

“(…) se a mulher cumpre os seus deveres domésticos no seio da família, fica excluída do trabalho social e nada pode ganhar; e se quer tomar parte na indústria social e ganhar a sua vida de maneira independente, lhe é impossível cumprir com as obrigações domésticas.”⁵⁵

Longe de considerar essa repartição de atribuições como tarefas complementares (tal qual *Posner*, p. 156), a teoria materialista via nessa situação mais um modo de opressão da mulher. Pois, cabendo ao homem, em geral, “ganhar os meios de subsistência da família”, ele assumia “uma posição dominadora”.⁵⁶

A situação, segundo *Engels*, só poderia ser minorada para a mulher que trabalhava na indústria, pois “o caráter específico da opressão econômica que pesa sobre o proletariado não se manifesta em todo o seu rigor senão quando suprimidos todos os privilégios legais da classe dos capitalistas e juridicamente estabelecida a plena igualdade das duas classes”.⁵⁷

Para *Engels*, a libertação da mulher exigiria, como primeira condição, a reincorporação de todo o sexo feminino na indústria social, o que, por sua vez, requereria a supressão da família individual enquanto unidade econômica da sociedade.⁵⁸

Posner reafirma a idéia de que o casamento é uma “parceria”, apontando diferenças importantes entre negócio e organização familiar. Por exemplo, a divisão da renda familiar não pode ser determinada pelo valor relativo

53 *Idem*, p. 156.

54 *Idem*.

55 Cf. *ENGELS. Op. cit.*, p. 113.

56 *Idem*, p. 113.

57 *Idem*, p. 113-114.

58 *Idem*, p. 104.

da contribuição de cada cônjuge, como seria numa parceria comercial. Um ponto significativo é que as tarefas específicas dentro do lar não são dirigidas e nem monitoradas de um modo hierárquico, burocrático ou contratual. Existe, diz *Posner*, no casamento, um substituto para os mecanismos de controle usados numa empresa comercial. Os economistas naturalmente não chamam esse fator de “amor”, mas o descrevem como uma forma de altruísmo. O altruísmo é a condição na qual o bem-estar de uma pessoa é a função positiva do bem-estar de uma outra. Se H ama W, então um aumento na felicidade de W, ou vantagem ou bem-estar, será sentido por H como um aumento de sua própria felicidade, vantagem ou bem-estar.⁵⁹

O altruísmo facilita a cooperação, segundo *Posner*. No entanto, *Engels* viu no casamento monogâmico apenas a defesa do direito de herança e motivações egoístas, ausência de amor (de altruísmo), e uma porta aberta para o adultério e a prostituição.⁶⁰

4 CONCLUSÕES

Pode-se ver, facilmente, que as concepções de *Engels* vêm carregadas de uma ideologia, antes de mais nada, comprometida com a efetivação dos pressupostos materialistas sobre a família e a propriedade.

Toda apropriação individual e toda tentativa de organizar a convivência humana sobre bases diferentes daquelas pregadas pelo comunismo redundariam em fracasso, exploração, escravidão do ser humano ou anulação de qualquer virtude.⁶¹

No entanto, aquela concepção materialista da família pode funcionar como um alerta para a existência de fatores que passam despercebidos para a maioria das pessoas.

A busca da igualdade entre o homem e a mulher – que segundo *Engels* só seria possível em uma sociedade sem classes – é um ideal até o presente não alcançado em sua plenitude. Por outro lado, as relações familiares tendem a se tornar mais autênticas, na medida em que as decisões

59 Cf. POSNER. *Op. cit.*, p. 157, tradução livre.

60 Cf. ENGELS. *Op. cit.*, p. 104-105.

61 Cf. ENGELS. *Op. cit.*, p. 234-235. O Estado seria uma “máquina destinada a reprimir a classe oprimida e explorada” (p. 234). E mais: “A ambição mais vulgar tem sido a força motriz da civilização” (p. 235).

passam a ser tomadas quase exclusivamente pelos interessados. O mercado de trabalho também acolhe a mulher, que ocupa posições cada vez mais importantes não só no ambiente familiar, mas nos campos político, jurídico e social, de modo amplo.

Isso não significa desconhecer a existência de traços de discriminação, de desigualdade de vencimentos e de inúmeros outros preconceitos. Mas quem sabe a Ciência Econômica – enquanto ciência que administra recursos escassos – poderia contribuir para assegurar mais justiça e mais felicidade nas relações familiares?

Essa é a reflexão que me ocorre e que gostaria de compartilhar com os mais doutos.

DIREITO DE FAMÍLIA – NOTAS DE ANÁLISE ECONÔMICA

Raquel Sztajn

Professora associada de Direito Comercial
da Faculdade de Direito da USP
Coordenadora da Pesquisa Jurídica da UNICID –
Universidade Cidade de São Paulo

Sumário

1. Da instituição social família à família unidade econômica de produção. **2.** Institutos de Direito de Família. **2.1.** Casamento civil e outras formas de união – alimentos. **2.2.** Filiação e relação jurídica de filiação – perspectiva de análise econômica. **3.** Conclusões.

Objetivo do presente é a compatibilização da análise do Direito positivo com as regras ético-sociais deduzidas por e para a instituição social família. As acepções da palavra *família* compreendem tanto a família como organização social quanto a família resultante do casamento, o núcleo social menor, ou aquela formada fora do casamento. A análise do Direito terá como pano de fundo a família instituição social que configura as relações sociais positivadas.

No plano do Direito as relações de família surgem com o fracionamento da unidade social, fundada nas diferentes relações jurídicas, individuais e autônomas, desenvolvidas entre os membros do grupo. Dentre essas há de se destacar o casamento, a filiação e os deveres entre pais e filhos, produtores de efeitos que interessam à área de *law and economics*.

Em geral, a análise econômica do Direito aparece em matérias de conteúdo patrimonial, como contratos, sociedades, valores mobiliários, concorrência, regulação, não quando o conteúdo relevante do negócio jurídico é a emoção, são os sentimentos. Porém, o que se discute neste Congresso é a família no novo milênio, e como aspectos econômicos influenciam decisões no planejar famílias, a prospecção econômica do Direito se justifica.

Não se confundem família e Direito de Família, aquela instituição social, este o conjunto de relações jurídicas desenvolvidas no seio da família doméstica. A unidade social família tem natureza e finalidades próprias e constantes. Sua permanência ao longo do tempo deve estar presa a alguma razão de racionalidade econômica, caso contrário, a exemplo de muitas outras instituições existentes na Antigüidade, teria desaparecido.

Família é resultado de vontades de pessoas que se organizam em associações para alguma finalidade, impondo regras a seus membros, definindo critérios de aceitação ou pertença, fixando formas de punição, que podem chegar à expulsão de qualquer membro. Ficam, nesta discussão, excluídas as associações (famílias) formadas por pessoas submetidas à autoridade de um chefe, nada obstante a organização seja típica e igual à da instituição família, como as chamadas “famílias mafiosas” e as gangues formadas por pessoas submetidas à autoridade de um chefe, sem relação de parentesco, e nada obstante os comportamentos individuais sejam típicos e iguais aos da instituição família. Base do trabalho é a família doméstica.

A análise econômica do Direito parte das idéias de racionalidade e utilidade para, aplicando a metodologia positivista, prever os impactos econômicos da alocação e distribuição de bem-estar de políticas legislativas, de vez que as pessoas agem em conformidade com os incentivos que percebem. O indivíduo racional age para maximizar utilidades, atua de forma egoísta. Seu comportamento pode ser limitado por constrangimentos externos ou auto-impostos. Dessa forma a escola positivista indaga: qual o comportamento dos individuais diante dessa norma?

Da perspectiva da escola normativista, embora também cuide de ações individuais, o que interessa é o bem-estar geral, portanto a pergunta é: será que tal política legislativa fará as pessoas por ela alcançadas conscientes de estarem melhor (ou pior) do que antes? Nos dois casos a idéia de eficiência, paretiana ou não, é central.

A eficiência descrita por *Pareto* é aquela em que todas as mudanças que façam alguém melhor do que estava antes, sem deixar ninguém pior, são eficientes. Para *Kaldor-Hicks*, economistas ingleses, como nem sempre, nas sociedades, é possível desenhar políticas Pareto-eficientes, a idéia de compensação hipotética é central. Dizem que se, por força das mudanças, os beneficiários ganharem mais do que a perda imposta aos perdedores, de forma a poderem compensá-los, a sociedade ficará melhor e, portanto, a política é eficiente. A compensação não precisa ser real, efetiva, basta que seja possível.

Assim, toda vez que a norma possa ser analisada sob a ótica da eficiência alocativa, *Pareto* ou *Kaldor-Hicks*, havendo ganhos, líquidos ou compen-

sáveis, respectivamente, a norma será socialmente desejável, pois aumentará o bem-estar coletivo e será mais facilmente assimilada pela comunidade, que oporá menor resistência aos efeitos produzidos.

As duas formas de pensar a economia devem ser utilizadas em conjunto na análise econômica do Direito. A positivista por identificar os incentivos e as externalidades; a normativa para desenhar as predileções da coletividade na formatação das normas de Direito de Família, do ponto de vista das estruturas interpessoais.

A família define unidade, um centro de relações sociais, econômicas e jurídicas, em razão do que a análise econômica do Direito de Família se faz fundada nas idéias de escolha racional, na competição por bens escassos, visando a aumentar o bem-estar individual e a eficiência alocativa, que no caso são tanto recursos patrimoniais quanto afetivos, emocionais.

O indivíduo racional organiza os resultados de suas ações segundo preferências, partindo da possibilidade menos desejada para a mais desejada, processo em que deve ter presente constrangimentos que se oporão a suas ações, pelo que nem todos os objetivos serão atingidos.

Além dos constrangimentos, externalidades e oportunismo afetam decisões individuais. Nos mercados, as relações de troca são voluntárias e mutuamente benéficas, aumentando o bem-estar. Premissa relevante do raciocínio econômico é que os recursos, os bens, são escassos; a ordem de preferência alocativa é personalíssima, mas para o conjunto da sociedade, há valores predominantes na tomada de decisões, e esses são os bens a serem apreciados quando se pensa em racionalidade.

A maximização da utilidade individual desejada ao constituir uma família deve gerar bem-estar social que, se não vier a configurar um Pareto-ótimo, será Pareto-eficiente, justificando a estabilidade do modelo associativo.¹

A família, resultado da vontade de manter relacionamento de longo prazo para fins comuns, é encarada como contrato, em que as pessoas, livremente, decidem vincular-se de forma permanente (até pouco tempo atrás por toda a vida),² para obter resultados que individualmente seriam

-
- 1 COOTER, Robert D. Models of morality in law and economics: self-control and self-improvement for the “bad man” of Holmes – working paper: “When a situation is Pareto inefficient, people recognize that a change could benefit someone without harming anyone. These facts create pressure for change without counterpressure to resist change. Consequently, Pareto efficient situations tend to be more stable than Pareto inefficient situations”.
 - 2 DUCLOS, Nitya. *Breaking the dependency circle: the family law act reconsidered*. University of Toronto Law Review, 1987.

inatingíveis, maneira pela qual se tem estudado esta instituição em face das crescentes, e substancialmente diversas, mudanças sociais.

Os anseios humanos envolvidos na decisão de formar uma família, vista como espécie de contrato relacional,³ não se prendem à posse ou propriedade de bens de consumo, mas à maximização racional de certas utilidades que permite se pense em estabilidade de preferências racionais e se façam previsões sobre comportamentos futuros dos agentes; tais utilidades são definidas em função de valores fundamentais da vida como cooperação, prestígio, solidariedade, amor, companheirismo, saúde, descendência, inveja, afeição.⁴ E como bens desejados, essas utilidades têm preços, custos não aparentes, mas psicológicos, que explicam as oportunidades como comportamentos e processos culturais internalizados pelas pessoas.

Admitindo-se que as pessoas seguem padrões de conduta mais ou menos constantes e repetitivos, focada a família como instituição, definidora do quadro das relações humanas, conveniente verificar como a economia trabalha com as instituições e os comportamentos individuais, para entender a importância do regramento social no Direito de Família e como as mudanças da moral alteram a forma de aplicar o Direito de Família.

O comportamento individual, na ausência de controles legais ou sociais, tende a ser oportunista, buscando vantagens pessoais. Normas de governabilidade que os alterem perseguem a eficiência Pareto, pelo que a aplicação de regras paretianas (ou Kaldor-Hicks), vendo a família como fruto de acordo de vontades, e portanto dando-lhe base contratual (claro que não o contrato de base patrimonial, mas qualquer acordo de vontades), é possível.

Instituições sociais que favoreçam a coesão interindividual são aptas a estimular a observância de padrões comportamentais e têm relevância no desenvolvimento socioeconômico, criando valores. *Douglas North* explica sua importância no desenvolvimento econômico,⁵ dizendo que valores podem ser apropriados por alguém que apareça como credor residual, isto é, pessoa que pode ser estranha à relação básica e dela tira algum benefício.

3 LEITÃO MARQUES, Maria Manuel. *O direito nos contratos das empresas*. In: sub *Judica/index 2*, 1992, p. 31 *et seq.*: "(...) ocorre entre participantes com relações continuadas (transações do tipo relacional), membros de comunidades interactivas, cujos próprios projectos, assim como as expectativas sobre o modo como eles serão desenvolvidos, são parcialmente criados pela comunidade de relacionamento negocial em que estão inscritas."

4 BECKER, Gary. *The economic approach to human behavior*. Chicago: University of Chicago Press, 1976, p. 3.

5 NORTH, Douglas C. *Institutions, institutional change and economic performance*. Cambridge University Press, 1990, p. 27 *et seq.*

Se as instituições sociais contribuem para o desenvolvimento de costumes e levam à edição de normas que alocam melhor os interesses da coletividade, normas que são Pareto-eficientes, tais normas serão mais respeitadas, pois aumentam as oportunidades de ganhos para o conjunto de pessoas sobre as quais incidem, facilitando o desenvolvimento de relações intersubjetivas.

Como as relações de família envolvem interesses privados e supra-privados, as normas cogentes do Direito de Família, que restringem a autonomia privada, tutelam interesses públicos, da coletividade. A tensão entre autonomia privada e normas cogentes, fruto da interação entre família (instituição social) e Estado, evidencia a finalidade supra-individual da família e dá às normas de Direito de Família características de Direito Público, dado seu caráter de inderrogabilidade pelos particulares.

Área em que manifestações da autonomia privada são mais visíveis é a dos direitos patrimoniais, especialmente nos pactos antenupciais, em que se pode dispor sobre interesses quanto ao regime de bens futuros nas relações pessoais.

Porém, a análise econômica do Direito de Família não deve ficar restrita a esse aspecto. O Direito prescreve comportamentos, por isso as regras de conduta e as leis, instituições sociais muito antigas e importantes, podem ser analisadas tal como na economia,⁶ buscando a eficiência alocativa das normas no desenhar internalidades e externalidades, efeitos que os legisladores, em regra, ignoram e dos quais resultam muitas leis que, no jargão popular, “não pegam”. São regras que geram ineficiências, contrariando o interesse geral sobre o justo e injusto conforme a moral social predominante.

Julgamentos relacionados à moral social são, usualmente, ditos prescritivos – tratam do dever ser, de comportamentos que as pessoas, nas mesmas circunstâncias, devem observar; economia positiva, assim como o direito posto, não se prende a questões éticas ou normativas; cuida do que é, não do que deveria ser.⁷

Sendo a família instituição social, conveniente entender o que, para os economistas, é uma instituição e qual sua função. Para *Douglas North*,⁸ “*institutions are the rule of the game in a society or, more formally, are the humanly devised constraints that shape human interaction. In consequence they structure incen-*

6 COASE, Ronald. The problem of social cost. *Journal of Law and Economics*, 1960. University of Chicago Law School.

7 FRIEDMAN, Milton. The methodology of positive economics. *Essays in positive economics*. Chicago University Press, 1953, p. 3.

8 *Idem*.

tives in human exchange, whether political, social, or economic. Institutional change shapes the way societies evolve through time and hence is the key to understanding historical change”.

Se instituições são estruturas humanas que modelam comportamentos, as formas organizacionais, que não se confundem com as instituições, disciplinam as relações de governo e poder dentro das estruturas. A família, como instituição que molda inter-relações entre pessoas ligadas por vínculos especiais, cria mecanismos de estímulo e controle de comportamentos, visando a propiciar a estabilidade das relações que se desenvolvem ao longo do tempo e que, se supõe, serão mantidas pela vida das pessoas.

Ora, ao definir regras de conduta, as instituições criam internalidades e externalidades, limitam ou estimulam preferências, afetam comportamentos, prevêm penalidades e impõem constrangimentos – como num jogo em que todos sabem o que esperar (análise positivista) –, regras que se mantêm de forma permanente,⁹ promovendo o aumento da confiança entre os agentes e, portanto, desenvolvendo regras mais eficientes de cooperação, com o que se aumenta o bem-estar geral. Daí a importância da estabilidade das instituições para qualquer sociedade.

Segundo *Richard Posner*,¹⁰ o fato de os homens, agentes racionais, após séculos de experiências, ainda se organizarem em famílias, indica que, do ponto de vista econômico, a instituição tem enorme relevância para a sociedade, proporcionando maior eficiência econômica por meio de economias de escala com a divisão de tarefas, das quais derivam o aumento do bem-estar individual de cada membro.

A base das relações familiares, que esteve ligada ao *status*,¹¹ ao pertencer a um grupo, tem, aos poucos e de forma precária, mudado a análise do *status* para o contrato, como se vê dos denominados *contratos de casamento, contratos de indenização por separação, contratos de alimentos e guarda de filhos*, por exemplo.

As normas jurídicas que dispõem sobre o comportamento das pessoas nas relações pessoais e patrimoniais, as quais surgem e se desenvolvem no âmbito da família fundada no casamento civil,¹² o qual constitui o paradigma

9 Veja-se VOLTERRA. *Op. cit.*, p. 731, tratando da doutrina de *Bonfanti* sobre a família.

10 *Economic analysis of law*. 5. ed., Aspen Law & Business, 1998, p. 155.

11 *Status* é a posição jurídica de uma pessoa em que se divisa um complexo de direitos, faculdades e deveres que se manifestam em face dos outros membros do grupo familiar e que são oponíveis a terceiros a ele estranhos.

12 PINO, Augusto. *Diritto di famiglia*. Terza edizione riveduta e aggiornata. Cedam, 1998, p. 1. *Con tale designazione (...). Si vuole solamente rispondere a una esigenza (...) quella di indicare la scelta dell' oggetto (...) dello studio (...).*

social definidor das regras que modelam os comportamentos nas relações grupais de família, vêm fundadas no negócio jurídico casamento. De reconhecer, entretanto, que ao lado da família civil ou legal existe a família instituição, organismo complexo e mais amplo, que prescinde do vínculo casamento, formada por pessoas unidas para interesses comuns, sujeitas à autoridade de um chefe,¹³ ou grupos de pessoas unidas pela vontade, dividindo deveres e responsabilidades, sem se submeterem à formalidade do casamento, mesmo porque, às vezes, são do mesmo sexo, agindo como se casados fossem.

A esses grupos *heterodoxos*, *atípicos*, na visão tradicional, aplicam-se muitas das regras sociais definidoras da instituição família. Assim, parece, o Direito de Família poderia abrigar aqueles grupos que se não constituíssem para fins criminosos, ilegais ou por qualquer forma ilícitos, se se tomasse como paradigma a instituição família e sua recepção pelo direito fosse alargada.

Mas se as famílias se formam por manifestações volitivas (as *heterodoxas* com certeza resultam de acordo), por que não assemelhá-las às sociedades e os familiares a sócios ou associados (marido e mulher ou companheiros)? Se a família for vista como forma associativa, no plano dos deveres, direitos e obrigações, pode-se enquadrar as famílias *atípicas*, *as heterodoxas*, fundadas em acordos, no Direito das sociedades e aplicar regras para tais grupos deduzidas, com eventuais adaptações necessárias para refletir diferente instituição social. Ficam fora desse sistema, aparentemente, os filhos, que aparecem como “caronas”.

A quantidade de uniões *atípicas*, algumas das quais (a união estável, por exemplo) aceitas socialmente e recebidas pelo ordenamento jurídico, permite, sem susto, imaginar que a família, no próximo milênio, pode deixar de ser negócio de *status*, como ainda é hoje, para ser apenas contrato. E tratando-se de contrato, há de se verificar em que medida a autonomia privada poderá desenhar os efeitos visados pelas declarações das partes. Essa questão poderia ser apreendida utilizando instrumentos de análise econômica, como forma de pensar as normas jurídicas em quadros associativos.

13 VOLTERRA, Edoardo. *Enciclopedia del Diritto*. Giuffrè Editore, v. XVI, verbete *Famiglia (Diritto romano)*, p. 728 ou, ainda, atualmente, as gangues, grupos organizados como as “famílias mafiosas”.

1 DA INSTITUIÇÃO SOCIAL FAMÍLIA À FAMÍLIA UNIDADE ECONÔMICA DE PRODUÇÃO

Se a família for tomada como contrato associativo deve seguir o modelo dos contratos plurilaterais? A primeira dificuldade que se vê é que nos contratos plurilaterais os efeitos do negócio alcançam apenas as partes a ele vinculadas (ou que venham a se vincular futuramente). Porém, nas famílias, se existe vinculação entre cônjuges/companheiros(as), os filhos, sujeitos ao regime da família, não se manifestam desde logo, mesmo porque, segundo as regras do Código Civil, só poderiam “aderir” ao contrato quando capazes. Entretanto, por integrarem o grupo, por nascimento ou adoção, são atingidos pelos efeitos de laços negociais, não como terceiros estranhos, mas como partícipes.

Para tentar para compor o problema, admita-se que na sociedade familiar as regras de caráter público, que impõem aos pais deveres para com os filhos menores, vão no sentido de fazer predominar um conjunto de deveres éticos e morais e obrigações de valor sentimental que cada uma das pessoas espera receber das outras, obrigações e deveres que incluem filhos.

Ao lado dessas obrigações de valor ético, sentimental e moral, ficam as de cunho puramente patrimonial, algumas ajustadas contratualmente, constituindo, porém, complemento daquelas. Por isso, a característica típica do Direito de Família, da combinação de normas cogentes que impõem restrições, é criar constrangimentos visando a garantir a manutenção estrutural do grupo e a defesa dos desprotegidos, com normas em que a autonomia privada é patente.

Sexo e idade, segundo *Federico Puig Peña*,¹⁴ são elementos fundamentais para pensar o grupamento familiar tradicional. O homem precisa de amor e esperança, e para isso precisa da família, *istitución que vive a través de los siglos en una marcha incesante de continuada pujanza, y que se es cierto ha pasado y pasa por momentos de crisis, siempre sobresale, existe y subsiste por el imperativo necesario de la misma naturaleza*.¹⁵

Se os vínculos familiares se manifestam no afeto, amor, companheirismo e cooperação, no plano econômico surgem como o dever de prover às necessidades materiais dos membros do grupo; porém os deveres éticos e morais também podem ser tomados como preço que cada membro paga aos

14 *Nueva Enciclopedia Jurídica*. Publicada bajo la dirección de Carlos-E. Mascareñas. Barcelona: Francisco Seix, 1958, t. IX, p. 627 *et seq.*, verbete “Família”.

15 *Idem*, p. 627.

outros, pois, ultrapassando as pessoas, prendem-se os membros da família a um todo orgânico e harmônico.

Supondo que, nas relações de família, segurança, abrigo, amor, afeição, gratidão, cooperação, respeito, filhos, preservação patrimonial sejam bens desejados, todos e cada um deles, é de indagar se há mercado para avaliar sentimentos e como o direito positivo pode, ou não, estimular, em modelo concorrencial, sua melhor alocação.

Se as pessoas operam no mercado de sentimentos fundadas em confiança e na cooperação entre os agentes, a estabilidade das relações é bem sujeita a risco, pois a permanência da utilidade como interesse comum é o que se deseja. A família instituição, pela duração dos vínculos que propicia, define a base para a confiança, reduzindo o risco de operar em mercado. Sabendo-se que o custo de contratação em mercado, pelo risco secundário existente, excede o custo de contratar dentro de quadro institucional, dada a redução dos riscos,¹⁶ a manutenção da família é forma eficiente de reduzir *custos de transação*, por isso a continuidade da instituição familiar – perseguir utilidades.

O Direito não costuma tratar interesse baseado no conceito de utilidade, desprezando, assim, o fato de a convivência constituir utilidade desejada e valiosa. Dela derivam bens como amor, colaboração, reconhecimento. Discussão proposta por *Douglas North* quanto às instituições,¹⁷ explicando que reduzem a incerteza das relações cotidianas, por proverem estrutura estável que guia as interações humanas, é pilar para a possibilidade da transformação do Direito de Família fundado no contrato.

O contrato teria natureza não exclusivamente monetária/financeira; a troca há de visar amor, gratidão, aptidão para ter e/ou criar filhos, tarefas domésticas, ajuda emocional, física (em caso de moléstias) e religiosa, e respeito.¹⁸

É certo que grupamentos familiares existem, também, para distribuir riqueza e riscos segundo modelos negociais comuns, o que facilita ver nos relacionamentos familiares negócios do tipo dos contratos relacionais;¹⁹ por isso disposições quanto a alimentos podem ser tomadas como interesse contratualmente ajustável dentro da área de autonomia privada dos inte-

16 Remete-se a COASE, Ronald. *The nature of the firm*. *Economica*, 1937, p. 390-397.

17 *Op. cit.*, p. 3-4.

18 SILBAUGH, Katharine B. *Northwestern law review*. Northwestern University, 1998, n. 65.

19 Contratos relacionais, diferentemente dos discretos, propiciam flexibilidade em matéria de direitos e obrigações, os quais podem ser alterados conforme novas circunstâncias ocorram durante sua execução.

ressados. Indubitável que casos tópicos como acordos entre jovens e idosos em segunda união, em que resulta óbvio que um deles troca cuidados prestados ao outro por compensação futura, têm sido considerados não passíveis de execução forçada, reconhecida a fragilidade do mais necessitado e, dessa forma, injustas as cláusulas contratuais (o sinalagma genético fica desde logo viciado).

Criando condições para que as pessoas negociem menos onerosamente, a família define um mercado, e é curioso observar que a escolha do cônjuge/companheiro(a) equivale ao comportamento do consumidor em busca de bens e serviços, o que facilita comparar os comportamentos no mercado de sentimentos aos de quem opera em qualquer comércio. Buscam-se pessoas com características que levem à maximização do bem-estar ou interesses do grupo. Utilidade desejada são filhos, um dos mais importantes produtos das famílias, e se assim não fosse dificilmente as famílias ter-se-iam transformado em instituição social.

Claro que educar filhos demanda tempo e esforços dos pais, limitando-lhes as possibilidades de operarem em outro mercado. A troca do tempo da mulher que usualmente fica com essa tarefa, pelo salário do homem pode ser traduzida como uma venda e compra de tempo no cuidado dos filhos, contra sustento, manutenção.

A decisão de ter filhos, ou de quando tê-los, reflete avaliação econômica das pessoas. É freqüente ouvir-se que os filhos garantem a velhice dos pais e, por isso, quanto mais numerosos, melhor, porque filhos são investimento produtivo, seja por se esperar que futuramente mantenham os pais, seja por proverem outras utilidades, como respeito ou até temor. O número de filhos costuma levar em conta a divisão de recursos escassos como afeto. O temor de disputas entre os filhos pelo afeto dos pais é avaliado por agentes racionais que também se preocupam com a manutenção dos filhos, incluindo escolaridade – prepará-los para enfrentar o futuro; enfim, dar-lhes boa criação.

Só aí já se percebe a família como um pequeno centro econômico de produção. Insumos, como alimentos, afeição, cuidados, dedicação, resultam em produtos, como filhos bem educados, aptos para enfrentar a vida. Os filhos, resultado natural de relações sexuais entre pessoas, são produto importante das famílias e sua sobrevivência resulta de esforços e insumos específicos utilizados para mantê-los.

Ademais, vendo a família como centro de produção, é de considerar o procriar a fim de oferecer o produto, os filhos, para adoção, ou as “barrigas de aluguel”, que definem mercados outros. Ter filhos apenas para permitir a adoção será, do ponto de vista da produção de seres humanos, criar linhas de

montagem industriais, o que do ângulo de quem não pode ter seus próprios filhos é louvável. Coibir isso significa impedir a maximização de utilidade pelo grupo das pessoas que não podem gerar filhos, por isso a política legislativa deve ser a que leve em conta, sobretudo, o interesse social, além do fato óbvio de garantir a perpetuação da espécie.

Para diminuir a possibilidade de se criar um mercado negro de crianças para adoção, as “barrigas de aluguel” são forma de evitar produção de filhos para proveito econômico, que se afigura imoral, uma vez que há certeza de alguém querer a criança e se responsabilizar pelos cuidados exigidos para sua criação; também significa que tais crianças não serão apenas o investimento produtivo no esmolar ou cuidar dos pais.

Normas que proíbem o trabalho infantil tendem a tornar menos nítida a opção por ter muitos filhos como forma de investimento produtivo, ao menos imediato. Entretanto, a quantidade de pessoas acompanhadas de crianças, das mais variadas idades, que se postam em locais de grande movimento para pedir esmola, demonstra que os filhos ainda são utilizados como “investimento produtivo”, uma forma oportunista de obter recursos explorando a compaixão e a bondade alheias.

Se as mudanças institucionais moldam a sociedade ao longo do tempo, mudanças sociais alteram a forma de organização ou o conteúdo das instituições; por isso, outros aspectos da família como centro econômico de produção são analisados juntamente com institutos jurídicos típicos do Direito de Família, como o casamento, seguidos de mudanças, como recepção da união estável. Outros aparecem na filiação e nas externalidades derivadas da boa vontade do legislador.

Tomar a família como pequena sociedade, resultante de um acordo sobre o emprego conjunto de esforços e/ou recursos, supô-la centro de produção, permite aplicar às relações familiares conceitos econômicos, como a especialização, de sorte que a atuação do grupo busque ganhar eficiência. O fenômeno se aproxima dos modelos associativos contratuais em que cada sócio contribui para o interesse comum, recebendo as atribuições em que é mais especializado, aumentando-se, com isso, a eficiência.

A comparação da família a um centro econômico de produção está baseada no fato de que entram, como insumos, para o grupo, alimentos, móveis e utensílios, alfaias, habitação, medicamentos, entre outros bens disponíveis no mercado, e daí resultam nutrição, calor humano, afeição, filhos, como resultado da combinação dos esforços e recursos com que cada familiar contribui.

É preciso, porém, não confundir a família vista como centro de produção doméstica com a empresa familiar, atividade econômica organizada e exercida empresarialmente por um ou mais familiares. Nesta há atividades que visam a oferecer produtos e/ou serviços no mercado para satisfazer necessidades de terceiros. Naquela o que interessa é a colaboração de todos (os cônjuges e filhos) para o bem-estar comum, a qual se afere pelos resultados domésticos, internos. Além disso, para a empresa familiar a lei prevê normas de registros e publicidade no registro de sociedades que são estranhas ao casamento, cujo registro se faz no Cartório de Registro Civil.

Ao tratar-se a família como sociedade (sociedade conjugal), seu bom funcionamento precisa definir metas e planejar como atingi-las; a habilidade das pessoas no estabelecer e manter laços com as instituições sociais e entre si, valores como carinho, afeição, e a determinação de manter a estabilidade da relação é que facilitam ver na família esse núcleo e garantem seu desempenho. Qualquer cooperação eficaz exige que os termos da troca sejam entendidos por todos. (Noto que a colaboração entre pessoas e grupos, como comportamento social típico, está se tornando rara, resultado da exacerbação dos ideais de individualismo cultural, o que explica a proclamada falência do instituto jurídico família, mas que, no campo institucional, tem apenas alterado a organização do grupo familiar.)

Ora, a instituição família esteve sempre fundada no acordo para a permuta de bens e serviços – amor, cuidados na criação de filhos, execução de trabalhos domésticos, apoio físico, material e moral, diversão, formação profissional. A idéia é, em geral, que o marido, o “provedor de recursos”, tenha algum tipo de atividade que o mercado aprecia e valoriza e, por isso, seja capaz de obter recursos que são utilizados na aquisição dos bens e serviços necessários ao bem-estar da família; a esposa, por sua vez, costuma se especializar na administração do orçamento doméstico e, com o produto de seu trabalho, transformar os bens adquiridos no mercado em produtos de consumo doméstico – alimentação, higiene. Cada um deles, marido e mulher, por ser especializado no que faz, maximiza os resultados das respectivas atividades e, com isso, contribui para otimizar o uso da renda familiar.

Não é de estranhar, portanto, que quando os tribunais passam a considerar que a mulher que vive com um homem, mesmo sem a formalidade do casamento, tem direito à metade dos bens acumulados pelo casal durante o período de coabitação, não houvesse grita dos homens, pois a mulher colaborou para a maximização da renda, mesmo se a receita foi obtida individualmente pelo homem. Nem outra foi a argumentação das

Cortes nesse reconhecimento de que ambos trabalharam para o aumento do ativo patrimonial, entendido como comum, ainda quando figure como titular apenas o homem.

Se a mulher reduzir os gastos (economizar) ao exercer a atividade doméstica, mesmo sem qualquer acréscimo de renda, gerará saldo similar ao “lucro”, típico das economias industriais de escala. (O custo fixo se mantém enquanto que as receitas crescem exponencialmente com a redução de custos.) Por vezes a mulher arca com as despesas domésticas, enquanto o homem se dedica a estudar, aperfeiçoar-se, sem contribuir para a manutenção da família. Essa colaboração da mulher no facilitar o aperfeiçoamento do homem tem sido, nos Estados Unidos da América, objeto de avaliação econômica, assim como o envolvimento da mulher em atividades sociais que impulsionam a carreira do marido, de forma que valores correspondentes a esse esforço são, em alguns dos casos de divórcio, garantidos pelos tribunais à mulher, que recebe parte substancial de bens e rendas do marido por esse “trabalho”.

Percebe-se que o acordo não é perfeitamente sinalagmático ao longo de sua execução: algumas pessoas dão mais do que recebem, por isso a instituição, economicamente importante, admite comportamentos oportunistas. A atenção que se dá a esses comportamentos é que facilitará a transição social da família fundada na união de homem e mulher para as novas formas de associação duradoura entre pessoas de sexo diferente ou igual, que propicie os mesmos benefícios até hoje derivados da família baseada no casamento.

Sanções sociais para manter a moralidade dependem dos incentivos voltados à restrição de condutas oportunistas em face do “investimento” que cada um faz nas relações de família. Por isso, dada a necessidade de adaptações ao longo da vida, muitos doutrinadores vêem no casamento um contrato relacional: contempla compromisso de cooperação a longo prazo, para atingir objetivos comuns, colaboração esta que aumentará o bem-estar de cada um, mas que pode requerer revisão enquanto executada. A comparação proposta leva a considerar as promessas feitas no ato do casamento como obrigação a ser cumprida com amor, carinho, honradez, enquanto a relação perdurar.

Os contratos relacionais, mais do que definir pontualmente todos os deveres, direitos e obrigações dos contratantes, partem da idéia de cooperação, assentada na confiança recíproca, no pressuposto de que as promessas serão cumpridas e de que, ao longo da execução do contrato, se ajustes forem necessários, as partes colaborarão, de forma voluntária, para que sejam feitos.

Por isso, os negócios relacionais são mais flexíveis na revisão dos compromissos assumidos, e pensar a família como contrato relacional, permeada que é de institutos metajurídicos, facilita resolver equações complexas. É certo que a parte que rompe um contrato pode ter de indenizar a parte inocente de forma a dar-lhe aquilo a que faria jus se o contrato fosse adimplido, mas não é menos correto que a esperança é economicamente superior, por produzir o incentivo que evita o inadimplemento.

A moldura contratual permite compreender por que as pessoas, no exercício de sua autonomia, perseguindo interesses individuais, restringem, voluntariamente, a liberdade futura, mediante a aceitação de obrigações permanentes na forma prevista para os atos determinativos.²⁰ Além disso, às vezes, é impossível concretizar os desejos individuais por qualquer outra forma; portanto, as restrições correspondem ao modelo “irracional” que leva em conta preços não traduzidos em moeda. Regras que estimulem a cooperação complementar a prática de auto-restrição comportamental nas relações de família.

Restringir demasiadamente a liberdade para fixar regras no que concerne à cooperação, sobrevivendo a separação do casal, acaba por reduzir os compromissos entre cônjuges, levando a modelos como o das uniões estáveis, sem vínculo formal e facilmente dissolúveis. Nestas, figura o controle público na formação da estrutura patrimonial da família, promove-se o exercício de escolhas pessoais, enquanto se afirma a desigualdade entre os sexos, ao proteger a mulher mais do que o homem, nos casos de dissolução, com a partilha, em igualdade de condições, dos ativos adquiridos na constância da sociedade.

É claro que a escolha, a opção, é individual. As pessoas escolhem, entre alternativas possíveis, a que lhes parece mais adequada para maximizar a utilidade ou bem-estar em face do custo, e suportam os efeitos que a perda de confiança do outro contratante lhes impõe, tornando a recontratação ou a revisão do contrato mais penosa e onerosa, com redução da eficiência e utilidade. Para o ser racional, esse custo deve restringir comportamentos que gerem desconfiança.

20 PINO, A. *Op. cit.*, p. 101. São designados atos determinativos aqueles voltados para a determinação do conteúdo das obrigações e as formas de adimplemento. Segundo o autor as convenções matrimoniais adquirem significado concreto em virtude de atos determinativos por intermédio dos quais se regem os detalhes de atuação e se estabelecem as diferentes modalidades de desenvolvimento do regime de bens escolhido e dos bens sobre os quais se aplicam as regras.

2 INSTITUTOS DE DIREITO DE FAMÍLIA

2.1 Casamento civil e outras formas de união – alimentos

O casamento civil, negócio jurídico típico do Direito de Família, celebrado por autoridade civil, vulgarmente denominado casamento legítimo, do qual resultavam, antes da Constituição Federal de 1988, filhos legítimos em oposição aos ilegítimos e naturais, impõe aos cônjuges dever recíproco de fidelidade. (O casamento religioso ou canônico constitui sacramento dada a separação entre Igreja e Estado, celebrado perante um representante da fé professada pelos nubentes para produzir efeitos na ordem civil, conforme dispõe a Constituição Federal no artigo 226, § 2.º. Deve atender, também aos requisitos do art. 180 do Código Civil)

O casamento civil, assim como o religioso com efeitos civis, é negócio jurídico pelo qual homem e mulher decidem manter relações intersubjetivas de forma duradoura, e produz um núcleo socialmente reconhecido de que decorre a criação da família e do *status familiae*, segundo as normas de Direito positivo. A intervenção do Estado nessas relações, dando ao casamento, união formalizada segundo normas jurídicas, efeitos pessoais, obrigacionais e patrimoniais, reflete práticas sociais otimizadoras de utilidades.

Distingue-se o casamento da união *more uxorio*, também entre homem e mulher, de que igualmente resulta uma família e derivam, para as pessoas que se unem e seus filhos, efeitos patrimoniais semelhantes aos do casamento. É que a união *more uxorio*, ou união estável, prescinde dos ritos acima. Resulta da vontade de duas pessoas de manterem, entre si, vínculos que são típicos da organização familiar. Distingue-se, na intervenção do Estado, do casamento civil ou religioso com efeitos civis, por ocasião da ruptura do vínculo, que nesse caso prescinde de medidas judiciais, quando, não sobrevivendo a morte de um dos parceiros, desaparece a vontade de manter o vínculo.

As normas que dispõem sobre a união estável advieram da prática social de fugir de uniões formais e dos efeitos ou externalidades negativas impostos às mulheres que, nada obstante terem contribuído para a formação do patrimônio ativo do casal, ficavam, na ruptura do vínculo, desprotegidas econômica e financeiramente. Ficando apenas nos efeitos civis dos atos, parece-me que a teoria contratualista espelha melhor a forma pela qual se tratam as diferentes maneiras de constituir/organizar famílias.

Há quem afirme que o casamento, talvez até por influência do crescimento das uniões estáveis, tem evoluído do *status* – o pertencer a um grupo e

ser titular de posição jurídica – para o contrato, e por isso aplicam aos casamentos e às uniões estáveis, contratadas entre parceiros, as regras deduzidas para os negócios relacionais.

Reconheça-se que a maior presença de mulheres no mercado de trabalho, dando-lhes autonomia econômico-financeira, favorece o aumento do número de pais e mães solteiros, as chamadas produções independentes, que têm modificado o desenho da família que se fundava no casamento, marido, mulher e descendentes.

Que as famílias têm mudado aponta bem *Antônio Junqueira de Azevedo*, em seu trabalho *Retrocesso no direito de família*,²¹ em que, ao criticar o Projeto de Código Civil, explica que a Constituição Federal prevê três tipos de famílias: a tradicional, constituída pelo casamento civil, a formada pela união estável, em que o casal não está unido pelo casamento civil, e a monoparental, constituída por pai ou mãe e descendentes, reconhecendo que a família deixa de ser *entidade jurídica* para ser *entidade natural* (em itálico no original), ou seja, retoma-se a instituição, independente do instituto. Ficam faltando as uniões entre pessoas do mesmo sexo que vivem como se casadas fossem, dispensando-se, reciprocamente, cuidados, afeto, recursos e protegendo-se contra intransigência, moralismos e agressões de outros grupos.

Mas a família não é entidade jurídica. O casamento, a adoção, a sucessão, a união estável, sim, são institutos jurídicos; família e filiação são, antes de tudo, instituições sociais reconhecidas pelo Direito para fins de disciplinamento dos efeitos que a convivência social molda. Os institutos jurídicos casamento civil e união estável, filiação legítima, legitimação e adoção, regime de bens entre cônjuges, companheiros, incluídas as uniões homossexuais, levam à alocação de direitos e deveres entre os membros da família, típica ou atípica, não importa.

O que interessa é que o casamento civil, por causa da monogamia imposta por lei, da exclusividade no relacionamento entre cônjuges, impede a formação contemporânea de múltiplas relações legais de mesma natureza. Do aspecto da análise econômica do Direito, tomando-se a confiança que resulta dessa exclusividade, decorrem a legitimação para a defesa da meação em face de terceiros e a determinação do legítimo na sucessão hereditária. Trata-se de externalidades negativas impostas a quem quer que não esteja naquela posição, fixadas em prol da manutenção do grupo familiar e de seu patrimônio.

21 *Revista da Faculdade de Direito* 93/111-114. Universidade de São Paulo, 1998.

Se o mercado de casamentos, estrutura que facilita o procedimento pelo qual as pessoas procuram encontrar os parceiros para formar unidade doméstica de produção, for integrado por agentes racionais, a boa escolha potencializa o efeito multiplicador da associação, pois aspectos positivos comuns reduzem eventuais fricções entre o casal, aumentando o bem-estar geral. (Pessoas inteligentes tendem a buscar companheiros(as) igualmente inteligentes, assim como faculdades de melhor reputação quanto à qualidade do ensino atrairão os melhores candidatos a ocupar as vagas disponíveis; seduzidos por professores mais qualificados, virão, para sua área de interesse, os alunos melhor dotados.)

Enquanto o vínculo gerado pelo casamento era indissolúvel, o abandono de um dos cônjuges pelo outro resultava na impossibilidade de novo casamento (efeito que atingia ambos) e no dever de pagar alimentos se o marido fosse o culpado, ou na sua liberação caso a culpa recaísse sobre a mulher. Tais sanções são típicas nos contratos de serviços infungíveis, em que o prestador deve indenizar a parte inocente por lucro cessante e dano emergente. Esse direito sofreu impacto do reconhecimento da individualidade das pessoas, especialmente porque a infidelidade não é mais, como anteriormente, justa causa para separação. Veja-se a Lei 6.515/77, artigo 4.º, que admite a separação por consenso, após dois anos de casamento. A culpa de qualquer dos cônjuges está contemplada no artigo 5.º, aí incluída a violação de deveres que torne a vida em comum insuportável, aspecto subjetivo e que facilita externalidades.

A lei de 1977 reconhece a igualdade entre os sexos ao estabelecer, de forma eqüitativa, que na dissolução da sociedade conjugal os alimentos constituem pena pecuniária a ser paga pelo causador ao inocente, mas ressalva em benefício deste o direito de receber o valor de seus esforços para o bem comum até aquele momento.

Anteriormente à lei de 1977, sendo regra a desigualdade entre sexos, como a mulher, em geral, era quem se afastava das atividades econômicas para se dedicar aos afazeres domésticos – cuidar da casa, marido e filhos –, o rompimento do vínculo lhe impunha, se não tivesse direito a alimentos, o ônus de ter de voltar ao mercado de trabalho em condições desfavorecidas, pois, anulada profissionalmente, tornara-se dependente do esposo. Por isso a indenização, prevista em alimentos vitalícios ou, no mínimo, enquanto necessários, compondo o preço da dedicação e a “multa” por quebra de promessa. A internalização do custo da separação tem caráter limitativo no constituir nova família, pois implica manter dois grupos.

Atualmente, a alocação legal é dar ao cônjuge, contra o qual se faz o pedido de separação, direito de levar o remanescente dos bens que aportou – internalização do dever de colaborar para a manutenção da família, por isso se fala em remanescentes ou saldo – e, conforme o regime de bens, haver para si a meação dos adquiridos na constância do casamento.

No plano da separação, como o contrato de casamento afeta, também, terceiros estranhos ao negócio, os filhos, a decisão de separar ou não é relevante. Se, por amor aos filhos, o casal resolve internalizar o trauma que lhes seria imposto com o desfazimento do lar, suportando o desconforto de manter o vínculo que já não satisfaz aos interesses comuns, o preço é o bem-estar dos descendentes. O paradoxo é dado pela contraposição do sofrimento dos filhos com bem-estar pessoal que torna a separação custosa, contra reconhecer que escolha mais cuidadosa leva a menor número de separações.

Se a separação for psicologicamente penosa, ou legalmente dificultada, estimula-se o cuidado na escolha do cônjuge, já que, quanto mais custoso for corrigir o erro, maiores serão as cautelas tomadas para evitá-lo. Essa uma das razões pelas quais se questiona, de modo constante na doutrina, a existência de normas que facilitam o divórcio por consenso, alegando-se que elas predispõem a condutas menos diligentes, pois sempre que as pessoas se vêem constrangidas a manter uma certa posição, procuram alternativas que tornem mais suportável o fardo, agem com maior cautela, analisam melhor para não ter de internalizar os efeitos da imprudência ou falta de diligência.

Experiências no campo dos contratos demonstram que quanto mais longo for o período de negociação prévia, menores serão as demandas para reclamar de inadimplemento ou de adimplemento imperfeito de uma das partes, pois as questões, majoritariamente, terão sido já resolvidas ou equacionadas.

Se a natureza jurídica do instituto família provém do instituto jurídico casamento – o que não significa ignorar a existência de núcleos familiares extraconjugais, pois, como ensina *Caio Mário da Silva Pereira*, constituem institutos do Direito de Família a disciplina das relações pessoais, das patrimoniais, e das assistenciais entre seus membros –,²² o divórcio, destruindo o vínculo, e o reconhecimento de famílias atípicas, resultado da união entre pessoas do mesmo sexo, hão de, sem alterar o instituto família, fazer admitir que casamento não é sempre requisito insuperável, retomando a

22 *Instituições de direito civil: direito de família*. 6. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1987, v. V.

idéia de grupo ligado por laços de afeto e colaboração, ligação com efeitos de natureza patrimonial visíveis na disciplina da união estável.

A família fundada no casamento civil compete hoje com novas formas organizacionais de convivência que surgem dos costumes e da moral vigentes. Se serão ou não admitidas pelo ordenamento jurídico é questão aberta, mas os efeitos quanto a filhos provavelmente serão iguais aos das famílias tradicionais.

Assistência moral e material são resultados das relações de família. A assistência material é dever que tem origem alocativa, visando ao interesse da outra pessoa, e prende-se à predisposição de fornecer os meios materiais para a subsistência recíproca, notadamente na velhice e na doença, como parte dos deveres de colaboração mútua. Dentre os deveres de colaboração está o de ambos (cônjuges/companheiros) contribuírem para a satisfação dos interesses e necessidades da família. Essa obrigação tem forte conteúdo patrimonial, atentando-se, porém, para a capacidade de trabalho e especialização de cada pessoa. Por isso que igualar os serviços domésticos aos prestados fora do domicílio conjugal é forma de equilibrar as relações econômicas entre cônjuges na construção do patrimônio comum, assemelhando-se a família a centro econômico de produção.

Mais freqüente é que ambos trabalhem fora, ou para fora, cada um contribuindo para o orçamento doméstico financeiramente, ainda cabendo à mulher, em geral, a execução dos serviços domésticos. Assim, a contribuição da mulher para o bem-estar familiar é dupla, embora possa haver perdas por eventual redução da especialização em ambas as atividades por ela exercidas. Nesse caso, como dividir os ativos sobrevivendo uma separação? A divisão justa seria dar quinhão maior à mulher, nesses casos, ou reconhecer que há, embutido no acervo, bens que deveriam ter a qualidade de parafernais. Uma tal divisão poderia resultar de acordo pré-nupcial, dispondo os interessados quanto a bens havidos até a separação e sua repartição. Outra forma de se pensar o problema é indagar quanto o homem pagaria se tivesse de contratar uma ou mais pessoas para receber os serviços prestados pela mulher ao longo do período em que coabitaram.

Das promessas e deveres de colaboração surgem as prestações alimentícias, a divisão dos bens adquiridos durante o período em que, em conjunto, contribuíram para as despesas domésticas e a guarda dos filhos. Esse reconhecimento está na Lei 8.971/94, que dispõe sobre direitos de companheiros a alimentos e sucessão.

A base patrimonial necessária ao sucesso de qualquer empreendimento aparece também nas famílias. A tensão na composição da tutela da personalidade e liberdade individual, diante da imperiosidade de que o casal tenha uma base patrimonial que facilite ou permita o funcionamento da convivência recíproca, tem como resultado restrições ao poder de dispor dos bens. De um lado cada cônjuge mantém sua independência no que se refere à capacidade de agir, mas o vínculo de solidariedade que surge do casamento cria interesses econômicos comuns, nos moldes daqueles resultantes das sociedades.

Fim comum das pessoas é o bem-estar da família, cuja sobrevivência demanda recursos materiais. Essa necessidade impõe limites ao poder de disposição dos bens do casal ou dos cônjuges isoladamente, razão pela qual o regime de bens adotado no casamento civil vem disciplinado em lei (arts. 256 *et seq.* do Código Civil), assim como o direito sobre bens individuais de cada cônjuge e dos filhos (arts. 278 a 309, dote, 310 e 311, bens reservados).

A maior dificuldade na alienação de bens imóveis, base material da família e frutos do período em que a propriedade imobiliária constituía a riqueza familiar, ou seja, a responsabilidade de cada cônjuge, em face do outro, pela administração e poder de disposição desses bens, é restringida pela lei, tendo presente que, no casamento, os bens (especialmente os imóveis – veja-se o bem de família, Lei 8.009, de 1990) devem atender ao bem-estar da família e não a mero fim econômico da sociedade conjugal. A datação do Código Civil é patente nesse caso, de vez que as restrições não incidem sobre bens móveis pertencentes ao casal. Essa distinção é nitidamente danosa, pois atualmente a riqueza é facilmente mobilizada, e sobre negócios com bens móveis, que podem ter valores expressivos, a mulher não tem poder para intervir.

Uma das razões para a organização de sociedades às quais são transferidos os bens imóveis de um dos cônjuges, que se furta ao controle do outro quanto ao poder de disposição, é a crescente ineficiência alocativa da lei, que visava a internalizar as hipóteses de redução do patrimônio do casal e dar à mulher garantias maiores quanto aos negócios celebrados pelo marido com bens imóveis, e que está ultrapassada. (Há quem diga que é preciso fazer a desconsideração da personalidade jurídica das sociedades organizadas com esse intuito em favor do outro cônjuge.)

Nos relacionamento de longo prazo, a observância das promessas fica sujeita à sorte. Por isso que, embora as relações de família ofereçam seguro para as obrigações, eventos nem sempre previstos pelas partes e/ou promessas

não observadas por uma delas ocorrem. Daí convencionar, previamente, sobre a administração da base patrimonial familiar, segundo com o que para ela concorra cada um dos cônjuges, e ajustar-se retribuição devida a cada um, em caso de separação do casal, são matérias a propor em caso de reforma da lei.

Maior liberdade no exercício da autonomia privada, vendo cônjuges/companheiros como sócios, reconhecendo a igualdade entre os sexos, fazendo recair sobre os pais os efeitos dos atos de administração e disposição dos bens, atuais e futuros, integrados à base patrimonial da família, deixa ainda a matéria relativa a filhos e deveres de cuidados e guarda sem tutela adequada. Por isso pode gerar externalidades indesejáveis. Assim, mesmo nessa hipótese há de se prever alguma forma de controle para evitar que os filhos, especialmente os menores, fiquem desprotegidos. Eventualmente, algum tipo de ônus sobre certos bens, de preferência produtivos, pode ser contemplado.

A função dos bens na família é propiciar o desenvolvimento harmônico dos seus membros, por isso a regra de impenhorabilidade do bem imóvel destinado à residência familiar (Lei 8.009/90). Mas a norma visa a garantir moradia para a família e a garantia legal pode induzir comportamento oportunista de seus membros, que se furtam ao cumprimento de obrigações; entre dois interesses conflitantes, os dos credores e os da família, a lei pendeu para esta, reconhecendo sua importância social.

Do aspecto da análise econômica, tal distribuição de riscos leva em conta as práticas comuns nas famílias – a de preservação da residência, a estabilidade das relações e a utilidade social, que resulta de terem as esposas e filhos mínima segurança no que concerne a abrigo. Comportamentos oportunistas, em geral raros, são compensados por não serem os filhos atingidos por atos dos pais, em eficiência do tipo Kaldor-Hicks.

Na sociedade conjugal, cada cônjuge responde pela subsistência da família com o produto de seu esforço, especialmente ante filhos e outros eventuais dependentes, indefesos ou incapazes de prover sua subsistência, justificando-se a imposição de restrições, quer à administração, quer ao poder de dispor dos bens, restrições essas que não recaem sobre os bens parafernais (art. 310, CC). Vejo aqui uma forma de estímulo, se assim se pudesse considerar em 1917, ao trabalho feminino fora do domicílio conjugal. Ganhando dinheiro, a mulher se mostrava apta para, também, administrá-lo, internalizando o produto de seu esforço.

Alimentos, matéria importante no Direito de Família, a par de serem vistos como pena, encontram, no dever de reciprocidade, manutenção da base ética da instituição família, fundamentos que tornam as prestações

imponíveis a qualquer um dos membros que possa suportá-las. A norma do artigo 399, parágrafo único, do Código Civil prevê a internalização do dever de solidariedade imposto aos filhos quando os pais necessitam de auxílio material, e refaz, em sentido inverso, o poder-dever dos pais diante dos filhos quando estes não têm condições físicas, ou fisiológicas, de se manter. Por isso, no caso de alimentos, cria relação jurídica especial,²³ de poder-dever recíproco, entre pais e filhos, visando à tutela dos menos aptos a se manterem (art. 229, Constituição Federal de 1988).

O dever de prestar alimentos ao ex-cônjuge/companheiro(a), após a separação do casal, afora ser penalidade, prende-se ao modelo associativo do negócio, já que, durante o período em que estiveram vinculados, ambos colaboraram para a formação do patrimônio ativo comum. A divisão de bens, na separação, nem sempre obedece a critérios que garantam a produção de renda necessária para a manutenção de cada um, e nem sempre se atende a critério de equidade quanto à contribuição/investimento que cada um fez na e para a relação. As promessas feitas voltavam, implícita ou expressamente, para assistência mútua, e o rompimento do vínculo equivale a descumpri-la, daí resultando o dever de indenizar ou compor o dano.

Alimentos, de modo geral, refletem obrigação de cooperação material para a manutenção do familiar que deles necessite. Em país cujo sistema de seguridade social seja tão precário quanto o brasileiro, a externalização dos efeitos que a idade ou a doença provocam sobre as pessoas, impondo à sociedade o dever de manter os desafortunados, quando têm descendentes em condições de fazê-lo, representará a criação de oportunidades enormes de transferir custos e apropriar-se individualmente de benefícios, prática que deve ser coibida. Havendo seguridade social justa, em que cada um contribui para a formação do seu pecúlio, tais regras poderiam ser abrandadas, pois o custo terá sido internalizado e não onerará a coletividade.

A dificuldade mais evidente na questão de alimentos está na quantificação do risco da separação e da eventualidade de os membros da família, devedores de alimentos, ficarem sem renda (ou sem ativos líquidos) para fazer frente às prestações, e em como se precaver nessas hipóteses. Fixar os alimentos em percentual sobre o salário do cônjuge devedor pode injustiçar o credor, que receberá menos do que o “justo”, assim como permitir que cada qual determine, antecipadamente, o valor da pensão, em sistema semelhante ao de “multa prefixada por rescisão antecipada de um contrato”, pode ser

23 *Enciclopedia Filosófica*, cit., p. 262.

igualmente indesejável, pois, no momento em que tais ajustes sejam feitos, a vulnerabilidade de uma das partes pode ser explorada pela outra.

A proteção dos vulneráveis, especialmente dos filhos, é complexa. Filhos exigem investimento financeiro e emocional elevado até que estejam prontos para enfrentar os desafios de se manterem.

Qual o nível ótimo de investimento dos pais em cada um de seus filhos, sempre tendo presente que os recursos são escassos ou limitados? Como em qualquer análise de investimento, se houver mais de um filho, e dependendo da riqueza da família, os pais podem investir mais ou menos em um ou outro filho. O importante é que devem ser considerados para o resultado final do bem-estar geral da família. Pais altruístas investirão mais nos filhos, embora dispendendo mais esforços, do que pais pouco altruístas ou amorosos.

Pensando em menores de rua, ou menores abandonados, fica a dúvida quanto ao investimento feito, ou não, pelos pais nos filhos. Negligência em relação aos menores, idosos e enfermos é delito importante, já que pode pôr em risco a vida humana e, em certa medida, uma das mais importantes razões de existência das famílias, a continuidade da espécie.

O valor de ter famílias numerosas, com muitos filhos, que era comum no século passado e início deste, tem decrescido, e os grupos são cada vez menores. Uma das possíveis explicações é a sobrevida das crianças, que, associada aos custos de formar cidadãos, poderia levar à redução da meta de membros da família.

2.2 Filiação e relação jurídica de filiação – perspectiva de análise econômica

Sob o ponto de vista biológico, a ligação entre mãe e filhos, vínculo natural – ligação entre autora e obra, entre produtora e produto –, decorre da necessidade de cuidados e, sob o aspecto ético, se traduz no afeto comum e normal entre essas pessoas. O liame entre pai e filhos só se consolida com a monogamia e os deveres de fidelidade entre casais. Os deveres entre pais e filhos entram no mundo jurídico por força de normas cogentes, no interesse da família, e determinam a organização da estrutura econômica, ética e jurídica, refletida em poderes-deveres recíprocos entre cônjuges e destes para com os filhos. A alocação normativa tem como paradigma a instituição família e os filhos como investimentos produtivos, ou como custos que poderiam ser tratados do ponto de vista da paternidade e maternidade

responsável. (Exemplo disso é a exigência de as crianças frequentarem escolas de primeiro grau, punido-se os pais que não a observam e deixam de enviar os filhos para serem alfabetizados, procedimento comum na zona rural e entre famílias mais necessitadas de recursos.)

Quanto a filhos, os economistas, segundo *Posner*, costumam dividir o estudo:²⁴ **1)** produto acidental e não previsto, resultante de atividade sexual; **2)** investimento produtor de renda; **3)** fonte de outros serviços para os pais, como respeito, obediência; **4)** desejo de perpetuar a espécie.

O autor acima referido explica que a primeira alternativa tende a desaparecer em face dos meios preventivos de concepção, dos contraceptivos e da possibilidade de aborto. No que tange a respeito e obediência, muito do prazer de ter os filhos ao redor de si deriva do “consumo desses serviços intangíveis” que prestam aos pais. A idéia de preço, de valor econômico ou traduzível em moeda, atribuída a interesse, ou valor moral, aparece como elemento importante no processo decisório de planejamento do grupo familiar.

Investimento produtivo é ver no filho tanto forma de amparo futuro quanto um colaborador na receita familiar. Para que venham a ser “investimento produtivo”, os filhos exigem dos pais, ou de um deles, até que se desenvolvam, investimento significativo que envolve alimentação, vestuário, educação escolar e/ou profissional, a par de afeto e cuidados outros. Em face disso, a lei trata de garantir aos filhos, e portanto impor aos pais, deveres e obrigações que refletem bem esses custos; de outro lado, a lei garante aos pais, e impõe aos filhos, obrigações que corroboram a idéia de serem investimento produtivo, ao prever o dever de alimentá-los na velhice.

A adoção, a par do culto à vida, ultrapassa os laços biológicos entre mãe e filhos, em atitude altruísta. Em sua forma mais antiga, significa receber como filho pessoa gerada por outrem; na mais recente, se manifesta via doação de óvulo ou de espermatozóide, gerando ser humano, quer no próprio útero, quer em útero alheio (a “barriga de aluguel”). Nesses casos, pode inexistir ligação biológica direta entre filho e adotante, devendo predominar os valores éticos da relação que nasce de manifestação volitiva adotante.

Adotar significa assumir os deveres que recaem sobre os pais: cuidar, amar, educar, alimentar, abrigar. Em troca dessas prestações o adotante espera, como contrapartida, respeito e eventual companheirismo, num modelo de contrato do tipo *do ut des*. O adotante maximiza sua utilidade sendo

24 *Op. cit.*, p. 158.

altruísta, ou investe visando ao futuro, esperando a posterior gratidão do adotado? Se o adotante for puramente altruísta, desejando colaborar para melhoria da qualidade de vida de outros, nem cogita de recompensa; se for oportunista, o processo de adoção passa por dois estágios: no primeiro calcula as despesas e custos com o adotado, depois confronta com os benefícios esperados do investimento feito, tanto do ponto de vista econômico-financeiro quanto no que se refere a respeito, gratidão, sentimentos que compõem a utilidade.

Se a legislação garante ao adotado direitos iguais aos dos filhos legítimos, sob o ângulo deste, a alocação de direitos e deveres não discrimina pessoas que compõem um mesmo núcleo familiar em qualquer aspecto. Portanto, cabem a ele os mesmos deveres de filho biológico.

O legislador se preocupou em impor aos pais o dever de manter, educar e criar os filhos, tornando-os cidadãos, pessoas de bem. Pressuposto é que os filhos são desejados e não acidentes resultantes de atividade sexual. Acidentes provocam filhos indesejados, e, conquanto vistos como investimento, podem ser não desejados se o custo superar o “lucro”.

Quando isso ocorre, os pais agem de forma cruel, maltratam os menores, abusam de sua fragilidade e dependência. A perda do pátrio poder é o único remédio encontrado na legislação. Pais que tratam os filhos de forma desumana demonstram que não os desejavam, portanto o pátrio poder é fardo, pelo que sua perda, desenhada como estímulo para internalizar condutas benignas, caso os filhos fossem desejados, torna-se inócua?

Solução possível para tal problema seria facilitar a adoção dessas crianças, transferindo-as de pessoas que não desejam filhos nem investir neles, para outras que estão dispostas a fazê-lo, pois a probabilidade de que alguém se submeta aos procedimentos prévios para pleitear a adoção e não deseje fazer o investimento é muito reduzida.

Dificuldade de política de liberalizar a adoção é evitar o aparecimento de mercado paralelo de crianças, em que os pais alienariam seus direitos por valor acima do mercado, por conta de alguma preferência do adotante, como cor dos olhos, tez, cor dos cabelos. Com isso, as crianças menos “perfeitas” perderiam valor. Talvez, no Brasil, um mercado de livre disposição de direitos de paternidade e maternidade pudesse reduzir o número de menores de rua, resultado da crise da instituição família. A coesão típica das relações humanas vem se tornando mais tênue, quase se desfazendo, e o esgarçamento dos laços de cooperação e lealdade facilita a desagregação do grupo, pondo a nu uma das fragilidades do Direito de Família, que é sua incapacidade de manter os membros do grupo como aliados, se não houver vontade de cada um.

Quanto a relações patrimoniais que tenham por objeto bens dos filhos, o regime da separação, do patrimônio separado, é claro e parece ter origem, também este, no pecúlio romano, quando os bens dos filhos integram o patrimônio da família, tendo o pai o usufruto, com as exclusões legais. Sem dúvida a exclusão prevista do artigo 391 do Código Civil tem forte razão econômico-social e constitui penalidade clara imposta aos pais. O usufruto representa valor economicamente apreciável de uso e fruição de bem cujo domínio é de outrem.

Retomando a questão do “preço-sentimento”, o instituto da deserdação por ingratidão é clara demonstração de ter o legislador entendido que gratidão é parte do valor exigido para que o direito sucessório se aplique ao herdeiro, ou, de outra forma, que o autor da herança tem o direito de esperar respeito do possível sucessor para que este faça jus à parte da herança, e pode excluí-lo quando tal “preço” inexistir.

A palavra família, atualmente, deve indicar não apenas as pessoas ligadas por laços de sangue, mas também as que convivem, ainda que fora do casamento, por força de relações de amizade, confiança, amor, como é o caso das uniões entre pessoas do mesmo sexo, ou das adoções, da criação de pessoas sem que sejam adotadas.

Assim, o Direito de Família constituiria o conjunto de normas que dispõem sobre as relações entre pais e filhos, entre pessoas que coabitam com intuito permanente e que, pelo esforço conjunto, amealham bens, têm descendentes, ou ainda os que, de mesmo sexo, perfilham crianças e convivem sob a forma típica da família, dos pais ou mães solteiros ou separados que cuidam dos filhos, naturais ou adotados, ainda que essas figuras não estejam previstas no Código Civil.

As disposições dos artigos 226 a 230 da Constituição Federal de 1988, sobre família, criança, adolescente e idoso, nada mais representam do que a positivação de regras institucionais, antecipando-se à normação jurídica decorrente do envelhecimento, neste campo, do Direito privado, datada de 1916.

A prioridade que se dá às crianças e adolescentes no assegurar-lhes direito à vida, à saúde, educação, lazer, entre outros, remete outra vez aos princípios informadores da instituição família, em que a manutenção da espécie era a regra. Porém o artigo 227 da Constituição Federal cria uma externalidade que há de ser fruto de boas intenções, mas de resultado ineficiente, quando deveria ter previsto a internalização dos efeitos da geração de filhos. Ou impõe aos pais que sustentem a prole ou facilita a adoção das crianças indesejadas.

Cada criança deve ser desejada e amada pela sua família, pelos pais que a geram, e cabe a eles, pais, internalizar os custos de cuidar dos filhos, educá-los, amá-los, ampará-los, não a estranhos que não interferem na decisão. Ora, quando o legislador constituinte de 1988 impôs à sociedade, e ao Estado, o dever de assegurar com prioridade absoluta o direito à educação, ao lazer, à alimentação, à saúde, à profissionalização, impedindo a negligência, criou duas alocações ineficientes e injustas. Deu aos pais o direito de terem quantos filhos sejam capazes de produzir, como se formassem uma linha de montagem, sem que devessem se preocupar com as obrigações ligadas à procriação, e transferiu esse ônus – manter, educar, proteger e formar essas crianças – à sociedade em geral. Tornar eficazes regras de planejamento familiar só será possível quando se deixar de ver nos filhos dádiva divina para considerá-los pessoas que demandam esforços para que venham a ser cidadãos respeitados.

Retirar-lhes o pátrio poder é satisfazer seus desejos mais torpes, pois a quebra do contrato entre pais e filhos – pelo qual cabe àqueles cuidar destes enquanto necessário, em troca de amor, respeito e gratidão, sentimentos cuja utilidade os pais internalizam – fica descaracterizada, não sendo possível pensar em família nessas situações, que devem ser punidas de forma a desestimular comportamentos similares.

Como é que, no Brasil, seria tratado o caso do menino que resolveu separar-se de seus pais por maus-tratos? Recente decisão de Corte norte-americana, da Flórida, admitiu que uma criança se divorciasse (essa foi a expressão) dos pais que a maltratavam para permitir-lhe escolher sua “nova” família. A decisão judicial reconhece que os deveres dos pais para com os filhos são elemento basilar na organização familiar, cuja inobservância justifica o abandono do núcleo por vontade do retirante.

Isto é, aos casais se reserva o direito ao sexo inconseqüente, à sociedade o custo de manter e educar os filhos “produzidos culposamente, as despesas. Se os filhos são investimento produtivo, o “lucro” é apropriado privadamente pela família; portanto, seguindo-se o preceito romano do *suum quique tribuere*, cabe à família, se não de forma exclusiva, prioritariamente, suportar, cuidar, educar seus filhos. Alocação de recursos públicos pior do que a prevista na Constituição Federal de 1988 seria inimaginável. Além de facilitar conduta oportunista, gera concorrência por recursos públicos escassos que, de outra forma, poderiam ser destinados a finalidades sociais mais justas, pelo que eventualmente será desrespeitado o preceito do *alterum non laedere*.

Não se imagine seja eu contrária a oferecer cuidados às crianças, aos órfãos, aos desvalidos, aos portadores de moléstias cujo tratamento seja muito oneroso; claro que sim, mas estes casos são a minoria na sociedade. E como é que respondem os pais pela falta de valores éticos e morais que tornam os filhos criminosos? Não há previsão legal que imponha a obrigação de criar o filho como pessoa que respeite o semelhante e a propriedade deste. A ineficiência alocativa da norma constitucional se completa ao tornar inimputáveis os menores de 18 anos.

Como as penas não se transmitem de pais para filhos ou, inversamente, destes para aqueles, ficam os menores fora do alcance da legislação punitiva, que aloca ineficientemente deveres, direitos e responsabilidades. Nem, parece-me, seja outra a razão da onda de violência social envolvendo menores de idade. Tudo é propício para que cometam infrações, simples ou de alta gravidade. A sociedade responderá com vidas ou bens pela incapacidade do Estado de realizar o modelo programático constitucional equivocado.

3 CONCLUSÕES

Notável que a instituição família, ainda quando se organize de forma não ortodoxa ou tradicional, preserva os valores iminentes à sua origem:²⁵ a assistência e defesa mútua e tutela dos bens comuns, suporte fático que acomoda novas manifestações grupais sem descaracterizá-la em sua função social. Qualquer que seja sua forma ou formação, a família aqui analisada é modo, por excelência, de convivência social, doméstica e econômico-financeira.

A estabilidade das relações institucionais, cuja importância se demonstrou, deve compor o quadro normativo das regras disciplinadoras da família, causando a limitação da autonomia privada, especialmente na internalização de comportamentos individuais.

Das normas que regem o Direito de Família, algumas têm a natureza personalíssima das relações que disciplinam, como é o caso de dever de fidelidade e coabitação; outras têm natureza patrimonial, como o regime de bens e os alimentos. Ambas determinam reflexos socioeconômicos perceptíveis na indução e/ou penalização de condutas.

25 NEIRINCK, Claire. La protection de la personne de l'enfant contre ses parents. In: *La famille demeure le modèle familial change*. Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1984, p. 1.

As externalidades negativas que resultam de normas jurídicas, constitucionais e infraconstitucionais, não de ser atribuídas mais à ingenuidade ou à boa intenção do legislador, que se apieda dos desvalidos e vulneráveis, do que ao desprezo de seus efeitos socioeconômicos.

As transferências de riqueza daí decorrentes oneram a sociedade com brutal ineficiência alocativa.

O enfraquecimento do poder ou forma de governo desenhado pela organização familiar – dos pais sobre os filhos menores –, advindo de mudanças dos costumes sociais, leva a externalidades como o aumento da criminalidade de menores, resultado do esgarçamento do tecido social, sem que se vislumbrem formas de contê-lo.

A análise dos comportamentos humanos, tendo como paradigma o homem racional com o viés social de *Gary Becker*, e o reconhecimento quanto ao custo social, proposto por *Ronald Coase* na análise de normas jurídicas, serve para balizar reformas das normas do Direito de Família. O fortalecimento das instituições é objetivo a perseguir para criar internalidades e externalidades que propiciem o desenvolvimento de relações interindividuais. Esses parâmetros podem determinar como serão família e Direito de Família no próximo milênio.

FAMÍLIA INDÍGENA, POLIGAMIA E MITOS DE MOQUECA DE MARIDOS

Betty Mindlin

Doutora em antropologia
Pesquisadora do IAMA – Instituto de Antropologia
e Meio Ambiente

Sumário

1. Família indígena. 2. Poligamia. 2.1. Ciúme. 2.2. Paternidade. 2.3. Incesto e crime. 3. Poligamia e mitologia. 3.1. *Moqueca de maridos*. 3.2. Poligamia urbana. 4. Conclusão.

Gostaria de agradecer imensamente a *Rodrigo da Cunha Pereira*, Presidente do IBDFAM, e a *Marcelo Leonardo*, Presidente da OAB/MG, a honra desse convite. É uma oportunidade rara falar com advogados, que são preciosos para a causa indígena, dado o processo histórico de genocídio, marginalização e desrespeito aos direitos sofridos por esses povos. Nas questões de terra, na defesa dos recursos ambientais, diante de grandes projetos econômicos, estradas, hidrelétricas, empresas, madeireiras, mas também no Direito Penal, de Família, Comercial, etc., os advogados são indispensáveis aos índios, que começam apenas agora a formar também os próprios advogados. É importante, para os advogados que se ocupam dos índios, compreender que a representação política nas comunidades indígenas, a voz das mulheres e da família têm formas muito distintas das nossas, que devem ser levadas em conta quando se faz uma defesa de interesses coletivos: quem é a voz legítima?

Coube-me falar de muita coisa ao mesmo tempo, não sei se darei conta. A poligamia não é um assunto fácil na nossa sociedade, sob o ângulo dos sentimentos e da moral. Com a conquista dos direitos das mulheres e das crianças, com movimentos por liberdade amorosa, com a mudança nos costumes e o enfraquecimento da família patriarcal, depende muito do lado em que se está e da experiência de cada um o juízo que se faz dos laços

amorosos. No entanto, é um avanço do ponto de vista dos direitos que a poligamia – ao menos o adultério – deixe de ser um crime e ter punição penal e que sejam afirmados os direitos dos filhos de vários tipos de união. Como mostram os acontecimentos nos EUA, ainda é importante reiterar que se deve separar vida pública e vida pessoal, e que deve haver um direito a formas de comportamento variadas, sem caça às bruxas e sem um puritanismo persecutório.

1 FAMÍLIA INDÍGENA

Entre os índios, os laços de parentesco são um dado fundamental da sociedade. Toda a organização econômica, ritual, a posse da terra, as festas, o poder, a representação, giram em torno do sistema de parentesco, que é de extrema complexidade. O livro de *Claude Lévi-Strauss, As estruturas elementares do parentesco*, é uma demonstração cabal da rede intrincada, por vezes difícil de entender, que pode ser o sistema de casamento e de família de cada povo, muito mais sofisticado que o nosso, quase matemático, e mesmo assim conhecido, de modo geral, por todas as pessoas envolvidas.

Em muitos povos com os quais convivi, por exemplo, em Rondônia, os suruí, os gavião e outros povos de língua tupi-mondé, o casamento preferencial costuma ser de um homem com a filha de sua irmã. Portanto um homem dá sua irmã em casamento (ou os pais de ambos o fazem) para receber na geração seguinte uma mulher. Também é freqüente o casamento de primos cruzados (filhos de um irmão e uma irmã). Quando há filhos de duas irmãs, ou de dois irmãos homens, são considerados irmãos e não podem casar entre si.

Assim, a definição das relações de parentesco é diferente da nossa. Há muitos irmãos que não são irmãos biológicos.

A economia indígena é fundada na família. Nesses grupos de Rondônia, e em muitos outros, é comum um grupo de irmãos ter uma única roça, dividida em pedaços para cada homem ou família nuclear. Trabalham os irmãos em conjunto essa roça, cada um com suas mulheres e filhos. Não há uma economia coletiva, mas comunitária, com troca de trabalho segundo o grau de parentesco. Nos rituais, em muitas ocasiões, juntam-se pessoas de grupos menores internos à comunidade, como anfitriões e convidados ou como cunhados, sogro e genros, uns oferecendo seu trabalho aos outros na derrubada, na roça ou na caça.

De um povo a outro, o sistema de parentesco varia. Um homem suruí não pode se casar com sua tia paterna, a irmã do pai; já um índio gavião, grupo próximo e semelhante, pode e deve.

É muito comum um homem casar-se com duas ou mais irmãs, biológicas ou classificatórias (ou seja, irmãs de acordo com a definição indígena).

2 POLIGAMIA

A poligamia é explícita para os homens, ainda hoje; escondida e subreptícia para as mulheres. O casamento é polígino: um homem pode ter várias mulheres. Conheci homens suruí, por exemplo, que chegavam a ter quatro mulheres, além de algumas namoradas urbanas não índias. Para as mulheres, os namoros pré-maritais costumam ser livres; os extraconjugais são relativamente clandestinos. Ou seja, há muita liberdade de namoros múltiplos, sem punição, desde que não se tornem muito públicos. Nesse caso, podem ocorrer surras, brigas (raramente mortes) ou mudança de cônjuges. Mas as conseqüências não são muito graves, não há o peso de culpa e pecado. Pouco depois tudo é esquecido, com reincidências. Namorar muito e muitos é a regra, não a exceção.

2.1 Ciúme

A poligamia não exclui o ciúme. Parece-me que os índios são ciumentíssimos – não só em relação ao amor, mas a tudo, porque se trata de uma sociedade que se baseia em alianças, fidelidades, lealdades, quase como se fosse uma vida palaciana. Quem é mais amigo de quem, quem dá mais presentes, quem mais se une a quem. Talvez não sejamos tão diferentes – é só pensar nas lutas e intrigas políticas ou partidárias –, mas na aldeia tudo é muito mais personalizado.

Há muito ciúme entre as mulheres de um mesmo marido quando elas não são irmãs, quando uma é mais velha etc. Como, porém, há uma aceitação cultural da poligamia, não há a mesma perda de honra ou dignidade diante da sociedade que sentem mulheres ou homens traídos entre nós.

Uma forma muito aceita de poligamia, em muitos povos, é a do namoro de um homem com as irmãs de sua mulher, ou de uma mulher com os irmãos de seu marido. São cônjuges possíveis, é mais normal que namorem. Mulheres abandonadas ou descontentes pedem socorro ao cunhado: “Fique comigo, seu irmão não presta!”

2.2 Paternidade

Um aspecto interessante da poligamia é o conceito de paternidade e de concepção. Muitos povos, como suruí, gavião, tupari, acreditam que todos os homens que namoraram uma mulher durante a gravidez são pais da criança, os chamados “pais misturados”. Talvez haja uma comparação com o reino animal, em que um óvulo pode ser fecundado por espermatozoides de vários machos; nos seres humanos, isso é excepcional. Em muitos povos indígenas, quando nasce uma criança, pode-se ver vários homens, todos “pais” do mesmo nenê, submetidos ao ritual da *couvade*, dieta e restrições alimentares pós-parto para o homem, sem nenhum pudor de que todos o saibam. Este conceito de concepção muda muito os laços de parentesco e os direitos de filhos, pois haverá muitos irmãos e irmãs não oficiais, que não podem se casar entre si. A mãe conta aos filhos quem são seus vários pais.

2.3 Incesto e crime

O grande crime no mundo indígena – muito pior que matar alguém – é o incesto, pois por razões de tradição e magia, considera-se que o incesto pode trazer males a toda a comunidade. O amor-paixão, proibido, é muito mais incestuoso que o extraconjugal. Muitas vezes a criança que nasce de um incesto é morta. É preciso lembrar que o incesto é definido de acordo com as regras de parentesco de cada povo. Laços que para nós não seriam incestuosos o seriam entre os índios. A poligamia e a definição de concepção indígena multiplicam muito as relações consideradas incestuosas. Nos povos que conheci bem, soube de amantes incestuosos que apanharam quase até morrer; tentei, sem sucesso, evitar infanticídios, que eu sabia que iam ocorrer, pois a gravidez era resultado de incesto.

3 POLIGAMIA E MITOLOGIA

Há um caso especial de poligamia que talvez não interesse muito ao Direito, mas conta muito sobre o que pensam os índios. É o casamento de pajés com espíritos, que protegem e curam as pessoas. No mundo todo há povos que têm essas crenças; eu as ouvi agora, entre outros, nos gavião de

Rondônia. Os pajés têm esposas no céu e na terra, têm filhos, numa curiosa concepção da vida no além, que não é apenas das almas, imaterial, mas tem dança, alegria, namoros. O contraste com a visão do Paraíso cristão chama a atenção: é perigoso ser pajé, mas há a compensação nesta vida de namoro, prazer do corpo, festa e dança ininterruptos.

3.1 *Moqueca de maridos*

Achei interessante que os advogados me pedissem para falar não apenas da família e poligamia indígenas, mas desse livro de mitos, que fiz em conjunto com trinta e poucos narradores indígenas, publicado em 1997. O livro é centrado no amor: nos conflitos amorosos, pois parecem ser raros os casos de felicidade eterna. Esta é a nota do livro, tanto que o título original era *A guerra dos pinguelos*, pois pinguelo, no bom português regional dos tradutores indígenas, é tanto pênis como clitóris, bom símbolo do embate violento entre homens e mulheres característico dessas histórias.

Em geral, o confronto amoroso, nesses mitos, não tem como motivo principal a poligamia, que parece não causar grandes confusões, aceita como um dado. Há muitos mitos em que aparecem várias mulheres de um homem sem problema entre si, como na história de Djapé, um homem que comia as próprias mulheres, espécie de Barba Azul que, desmascarado pela terceira leva de esposas que tinha intenção de matar, transforma-se no doador das flechas, um benfeitor.

A discórdia é entre todas as mulheres e todos os homens – e é difícil saber o porquê deste ódio radical, espécie de teatro arcaico que nos ensina muito sobre dramas modernos do amor.

O mito que dá o título ao livro *Moqueca de maridos, as devoradoras de maridos, a cantiga Koman Macurap*, é uma das mais terríveis histórias da oposição entre homens e mulheres. São verdadeiras amazonas, que em outras histórias ainda têm uma ponte com o sexo oposto, mas aqui não têm nenhuma condescendência para com os homens. Na cantiga Koman, narrada por muitos dos velhos macurap, como *Überiká, Pedro Mutum Miton, Alfredo Dias* e outros, as meninas roubam sapinhos ou peixinhos num lago, sem saber que pertencem a uma velha das águas. Esta, brava, diz que os sapos não são comida, mas sua arte, a música, que é seu verdadeiro alimento. Ensina sua cantiga Koman a elas, uma melodia maravilhosa, que fala de matar e comer homens e maridos. Convence as meninas a irem buscar as mães. Ordena às

mulheres, seduzidas pela música, que em troca do aprendizado matem seus maridos, um a um, e levem os corpos para fazer um banquete coletivo. Elas se entusiasmam, são tomadas pela embriaguez de matar, como as mênades, as bacantes. Os homens notam que vão desaparecendo aos poucos, não entendem nada, até desvendar o segredo das mortes, espiando as esposas, escondidos. Vingam-se: chegam de surpresa num dos banquetes e matam todas elas. Não conseguem, porém, matar a velha. Esta aparece boiando nas águas, e grita num desafio, rindo para eles: “Aqui está a boca, aqui estão os dentes com que comi vocês!” Os homens passam a viver sem mulheres, mas um pai, sem que os outros homens vissem, poupara e escondera as filhas, que não tinham comido carne humana, a mãe não permitira. Como na história tupari, os outros descobrem que elas estão vivas pela chicha doce que cozinham e que o pai apresenta aos outros como se fosse ele o cozinheiro: nenhum homem era capaz de cozinhar tamanha iguaria. As duas são perdoadas, casam, e a humanidade recomeça a crescer.

As mulheres da “cantiga Koman” não são propriamente amazonas, que vão viver à parte, mas sim uma confraria feminina alucinada, ameaçadora ao poder dos homens, destrutiva, catastrófica. Nada mais longe do amor, parece uma vingança arcaica contra antigas ofensas graves. A poligamia não parece ser a ofensa importante; que injustiça seria a queixa das mulheres? Uma inegável desigualdade, as mulheres excluídas de esferas do poder e do sagrado?

Como esse, em *Moqueca*, há inúmeros mitos violentos de destruição e raiva imensa entre os sexos.

É noutro livro, *Terra grávida* (que está agora sendo lançado), que aparece a rivalidade entre duas mulheres casadas com o mesmo marido – por exemplo, num mito do povo jabuti. Trata-se de um mito belíssimo, a história da mulher louca por mel – um tema caríssimo a *Lévi-Strauss*, como se vê em *O mel e as cinzas*. A versão tupari está em *Tuparis e Tarupás*, a primeira história do livro, a da mãe cachoeira.

O drama central se passa não tanto entre as duas mulheres competidoras, mas entre o filho da mulher abandonada e o pai – uma exemplar história edipiana, com o filho matando o pai, vingança, parricídio.¹

1 No mito dos jabuti, um homem é casado com duas mulheres. A mais velha acaba de ter um nenê e já está grávida, barrigudíssima, o que ninguém entende. O marido, furioso, acha que ela andou namorando outro. Enfim, contra as leis biológicas, ela tem um menininho recém-nascido e está gravidíssima.

3.2 Poligamia urbana

Como um último ponto, creio que é interessante fazer observações sobre a atual poligamia indígena, quando passam a ter vida urbana e a se casar legalmente ou se relacionar também com mulheres que não são índias. Na região de Rondônia, em que o contato foi brutal, rápido, típico de fronteira e zona de imigração, há manutenção de padrões tradicionais ao

O marido vai com as duas mulheres buscar mel. Ora, mel é a maior maravilha do mato, a grande iguaria. (É o passeio amoroso por excelência, como ir ao cinema na cidade.) Encontram abelhas, ele fura a árvore para extrair o mel, mas só dá mel para a mulher mais nova. A mais velha reclama: “E para mim e para nosso filhinho, você não dá nada? Só para a sua preferida? E logo eu, que estou grávida, como é que fico?” O marido responde bravo: “É, você fica namorando outro, já está com a barriga enorme! Pode pegar mel, pega este restinho dentro da árvore”. A mulher enfia o braço no tronco oco e o braço fica preso. O marido solta uma maldição e ela não consegue se soltar. O marido volta para casa com a outra mulher e com a criança, e ela fica lá presa, barriguda. Já está nas vésperas do parto, acaba tendo o nenê sozinha, com a mão sempre presa no tronco. A criança nasce e é um menino mágico, que nasce e já está imediatamente andando e falando com a mãe. A mãe o manda buscar água – ele vai pedir ao dono da água, um sapo. O sapo, sovina, a água recusa. O menino insiste. Leva água para a mãe, que acaba morrendo com o braço sempre preso. O menino pequenininho fica sozinho, vira logo homem, num crescimento maravilhoso.

(O mito continua, é um dos mais extensos que já ouvi.)

O cadáver da mãe é atacado por urubus, que o menino vai matando como pode, para que não comam o corpo da mãe. Acaba vencido pelos urubus, que o levam para sua casa, no reino dos céus, onde comem o cadáver da mãe louca por mel e preparam um futuro banquete com a carne do menino.

Quanto ao herói mágico – Nonombziá é seu nome –, está maquinando a vingança contra os homens e contra os urubus. É ele o criador do povo jabuti, é quem traz à humanidade as plantas, o milho, o feijão. É quem produz animais novos de caça, como a anta, que antes não existia. É o benfeitor da humanidade. Volta à maloca da família, depois de mil peripécias, em que rouba as asas dos urubus, veste-as como se fossem uma capa, vem voando, cai, transforma-se numa lagarta comestível para voar levezinho e se dá a conhecer à avó, numa cena que lembra a chegada de Ulisses depois da Guerra de Tróia. Desvirando de lagarta em gente, pergunta à avó: “Minha avó, você não vai me dar um pouco de comida?” Ela responde brava: “Quem é? Eu não tenho neto, meu neto morreu, foi abandonado na floresta antes de nascer! Quem ousa caçar de mim, chamando-me de avó?” É neste instante que ele se dá a conhecer. Depois de se abraçarem e conversarem, ele dá um grãozinho de feijão a ela e pede para que ponha no fogo para eles terem o que almoçar. Ela morre de rir: “Como vou fazer comida com um grão de feijão?” Mas como boa avó, obedece o neto, e o grão de feijão, posto na panela, multiplica-se. A panela transborda. A partir de então, os homens têm grãos maravilhosos, é a origem da agricultura.

Nonombziá reencontra o pai, mas nunca o chama de papai, só de vovô. (No mito tupari, o filho edípiano chama o pai de bicho. Aqui, de vovô). O herói manda fazer uma festa, uma chichada – manda preparar a sopa tradicional, que chamam de chicha nessa área –, e oferece ao pai em grandes quantidades. (No mundo indígena, como no nosso mundo rural e caipira, ninguém pode recusar comida, seria muito indelicado.) O pai vai tomando, tomando chicha – e espoca, de tanto tomar a chicha do filho. (É uma vingança mesmo, é um parricídio).

lado de vida integrada na cidade, com os índios tendo papéis notórios de representação política regional ou nacional. Há muitos índios casados com várias mulheres, misturando índias e não índias: uma espécie de exportação para a vida urbana da poligamia da aldeia, distinta da nossa. O resultado é intrigante e aflitivo, ao menos nesses primeiros tempos. Algumas mulheres “brancas” (termo local, usado em falta de outro) tornam-se espécie de deusas e mandantes, representando os índios, por saberem mover-se melhor que eles na sociedade industrial; fundam ONGs, assumem papéis centrais. Por vezes, coabitam com outras esposas do marido índio, índias ou não, ou as toleram abertamente, o que de acordo com nossos padrões não deixa de ser inusitado, com certa conotação humilhante. Passam a ter direito à propriedade urbana dos maridos. As mulheres índias, por sua vez, sofrem, suplantadas por representantes da sociedade dominadora, cujos filhos pouco têm de herança indígena – uma situação cultural instável. É bastante controverso o uso que alguns índios e suas mulheres fazem, na cidade, do fato de ser índio – quer nos casos em que há poligamia, quer não, principalmente quando os casamentos são mistos, pois inevitavelmente há uma mudança na participação da comunidade tradicional, que não consegue aparecer no ambiente urbano ou tomar decisões políticas de importância. Claro que isso não é razão para que os índios não se misturem: é a gênese de uma outra forma de participação dos índios na cidadania, outra preservação da dupla tradição, diversa da situação tradicional.

4 CONCLUSÃO

Cada um dos assuntos de que tratei exigiria em si pelo menos uma hora de conversa; espero, porém, nesses comentários apressados, ter aguçado um pouco a curiosidade dos juristas, estimulando-os a se aproximarem concretamente dos povos indígenas, para quem são tão necessários.

AS FAMÍLIAS INDÍGENAS

Raduan Miguel Filho

Juiz de Direito da 3.^a Vara de Família de Porto Velho/RO
Professor de Direito de Família e Direito Infanto-Juvenil
Diretor Estadual do IBDFAM/RO

As comunidades indígenas no Brasil nunca tiveram marcante e efetiva proteção do Estado. Desde os tempos do Império, a participação estatal na proteção do *direito indigenista* sempre foi tímida.

Ao tratarmos do *Direito Indígena*, estamos a nos referir ao direito que o Estado brasileiro reconhece aos índios, e não *ao direito dos índios*, compreendido como o conjunto de normas próprias que regulam a conduta interna de cada povo indígena no Brasil.

Até hoje, momento em que se alardeiam e comemoram os 500 anos do descobrimento do Brasil, o nosso Estado brasileiro não outorgou integralmente o direito aos povos indígenas, segundo o reconhecimento exarado no artigo 231 da Carta Constitucional de 1988.

A tutela do índio em nosso Direito tem origem na Lei de 27 de outubro de 1831, que revogou Cartas Régias de 1808, as quais declaravam guerra aos índios de Minas Gerais e São Paulo, e desautorizou a servidão (escravidão) por 15 anos aos índios aprisionados. Por essa lei, colocava-se ainda o índio sob tutela dos Juizes de Órfãos. A aplicação da tutela orfanológica aos índios era somente aos aprisionados ou aos que se entregassem voluntariamente durante o estado de guerra, demonstrando uma idéia de proteção limitada e restrita a alguns índios somente (ou seja, aos aprisionados).

Com o Decreto de 3 de junho de 1833, o Estado encarregou os Juizes de Órfãos da administração dos bens pertencentes aos índios, ainda que provisoriamente, em substituição aos Ouvidores da comarca, tornando-se definitiva a jurisdição com o Regulamento 143, de 15 de março de 1842.

Colocando os índios sob proteção dos Juizes de Órfãos, fica claro que a pretensão do Estado era colocar os índios recém-saídos do cativeiro sob a proteção de uma autoridade que os encaminhasse na vida e lhes ensinasse um ofício para sua perfeita integração na sociedade.

Em 24 de julho de 1845 surgiu o Decreto 426, que criou cargos e funções públicas, e entre eles o de Diretor-Geral dos Índios em cada província, e nas aldeias os cargos de diretor, tesoureiro, almoxarife, cirurgião e missionário. Detinham tais autoridades a função de exercer a proteção das pessoas e bens dos índios.

No primitivo projeto do Código Civil, *Clóvis Bevilacqua* não incluía os índios entre os relativamente incapazes; foi por emenda de *Muniz Freire* que se fez o acréscimo, no Senado, remetendo à legislação especial o regime tutelar que deveria cessar na medida em que se forem adaptando à civilização do país, conforme enuncia o parágrafo único do artigo 6.º, no seguinte teor:

Art. 6.º Omissis.

Parágrafo único: Os silvícolas ficarão sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em leis e regulamentos especiais, o qual cessará à medida que forem adaptando à civilização do país.

Tal disposição legal é evidente instrumento de *proteção individual*, não tendo aplicação para uma *coletividade* e muito menos para várias coletividades culturais e etnicamente diferentes. O regime tutelar imposto pela norma citada tem relação com a tutela e com a curatela de que trata o *Direito de Família* nos artigos 406 a 485 do Código Civil, nos quais *não há nenhuma referência à tutela sobre os índios*.

Com o advento do Código Civil evidencia-se então a ocorrência de ruptura com a tradição jurídica anterior, pondo-se um fim à *tutela orfanológica*, que culminou com o advento do Decreto 5.484, de 27 de junho de 1928, regulando a situação dos índios nascidos em território brasileiro, e expressamente declarou “emancipados da tutela orfanológica vigente todos os índios nascidos no território nacional, qualquer que seja o grau de civilização em que se encontrem”.

Como muito bem lembra *Carlos Frederico Marés de Souza Filho*,¹ apesar dos defeitos da lei ao classificar os índios, generalizando-os sob o ponto de vista estatal, *o grande avanço que ela oferece é justamente introduzir no sistema jurídico brasileiro a concepção de que as relações dos índios com a sociedade organizada sob o manto do Estado brasileiro é de natureza pública e não privada*.

1 *O renascer dos povos indígenas para o direito*. Curitiba: Juruá, 1999.

Sofrendo severas críticas da comunidade internacional em face de denúncias referentes a violações de direitos humanos e massacres genocidas de comunidades indígenas no Brasil, e com o objetivo de mudar sua imagem perante outros governos, o Governo brasileiro editou ao mundo jurídico a Lei 6.001, de 19 de dezembro de 1973 – *O Estatuto do Índio*, elaborado num delicado momento político da história da nação, dominada pelo regime autoritário que então imperava, não permitindo em sua elaboração a participação dos vários setores da sociedade, mantendo na sua integralidade a mentalidade *protecionista* e *integracionista* dominante até então. A proteção por meio da tutela do Estado foi garantida até que os índios pudessem assimilar a cultura brasileira, integrando-se, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional, conforme se extrai do teor do *caput* do artigo 1.º da referida norma, *in verbis*:

Art. 1.º Esta lei regula a situação jurídica dos índios ou silvícolas e das comunidades indígenas, com o propósito de preservar a sua cultura e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional.

E ao longo dos seus dispositivos legais, do contido no *Estatuto do Índio* dessumiu-se sempre a idéia de que os conceitos nele estabelecidos buscavam respeitar os valores culturais, tradições, usos e costumes dos povos indígenas, porém, *enquanto não forem esses integrados à sociedade nacional*.

Tal instituto *tutelar* serviu de instrumento para a interferência do Estado em assuntos internos da comunidade indígena no país, trazendo indesejáveis modificações em seus costumes e tradições, notadamente na *família indígena*.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 é que a idéia integracionista, então marcante no Estado brasileiro, foi abandonada, reconhecendo e outorgando aos índios o respeito e *direito às suas diferenças culturais*, seus costumes, línguas, crenças e tradições, conforme está inserto no artigo 231 da Carta Magna.

Surge assim o direito cultural das comunidades indígenas, não mais com o intuito integracionista ou de tutela orfanológica, mas sim como *povos sujeitos de direitos internos*, adotando, ainda que timidamente, a necessidade de reconhecimento por parte do Estado dos direitos consuetudinários indígenas, formas de que se utilizam para regular suas relações, conforme orientação da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, até

hoje não ratificada pelo Brasil e, segundo me parece, ainda dormindo em berço esplêndido no Congresso Nacional.

Relaciona-se o direito consuetudinário a *um conjunto de normas legais tradicionais, não escritas e nem codificadas, caracterizando-se pela existência de um corpo de regras e costumes delimitado, reconhecido e compartilhado por certa coletividade, contrastando com o direito positivo vigente*,² sendo típico na regulação (interna) dos usos e costumes dos povos indígenas.

O Estado brasileiro tem demonstrado relutância em reconhecer a existência de um direito interno às diversas sociedades indígenas existentes em nosso território, ainda que contando com o avanço constante da Constituição Federal de 88, que constituiu um primeiro e grande passo.

É importante salientar que na inter-relação com o *Direito de Família*, a norma legal reconhece as estruturas familiares indígenas – quando protege a infância, a maternidade e os idosos (artigos 51 e 54 do Estatuto do Índio) ou dispõe sobre o registro civil –, porém condicionadas à *tutela orfanológica* do Estado, ainda equiparando os índios aos relativamente incapazes.

Tal proteção demonstra inequivocamente que o reconhecimento dado pelo Estado às *instituições familiares dos índios* restringe-se aos limites físicos de uma determinada área indígena, isto é, para que seja o índio reconhecido como cidadão perante a sociedade brasileira, terá de se submeter aos padrões não indígenas de reconhecimento.

Tem demonstrado a história que o Estado vem interferindo de forma nefasta na cultura e nas tradições da população indígena no país, a exemplo das tribos dos ticuna, ocupantes da região do Alto Solimões, no Estado do Amazonas, citadas por *Ana Valéria Nascimento Araújo Leitão*.³ Essas tribos possuíam sua estrutura baseada na existência de “clãs”, habitando o mesmo espaço físico, antropologicamente denominado de “malocas clânicas”; tal regime determinava a organização do grupo, seu sistema político de lideranças, as relações de parentesco, de casamento e sua linha sucessória. Influenciados pela agência estatal indigenista e por missões religiosas, os índios adotaram residências unifamiliares, levando à quebra do sistema de organização familiar coletiva, impondo a tal povo a necessidade de criarem novas formas de relacionamento entre seus membros para assegurar a sua continuidade como povo. Muitos outros povos indígenas da Região Norte do Brasil são ainda alvos de política estatal semelhante, ocorrendo a alteração da organi-

2 LEITÃO, Ana Valéria Nascimento Araújo. *In: Direitos culturais dos povos indígenas: aspectos do seu reconhecimento.*

3 *Idem.*

zação social e familiar desses grupos de índios, com claros e evidentes prejuízos às respectivas comunidades indígenas.

Por não se reconhecer a existência de um direito interno dos povos indígenas, além dos usos, costumes e tradições a serem respeitados como forma de solução própria de suas relações, vislumbramos um sério e grave conflito entre a lei brasileira e o *Direito de Família contemplado aos índios*.

Constantemente deparamos com situações em que os costumes e tradições vão de encontro à legislação brasileira, criando verdadeiros conflitos de lei.

Outros exemplos desses conflitos nos traz ainda *Ana Valéria Nascimento Araújo Leitão*,⁴ o primeiro é relativo à tradicional *relação poligâmica* do povo kaiapó, da região central do Brasil, entre os rios Xingu e Tocantins; tal costume vem de encontro à legislação brasileira, que só admite relações monogâmicas, repudiando a poligamia, (ainda) caracterizando inclusive como crime tal fato jurídico. O segundo exemplo refere-se à prática do infanticídio entre alguns povos indígenas, que, apesar de gostarem de crianças, possuem regras para limitar o seu número por família, com a explicação materialista de que *não querem ver fome nos olhos de seus filhos*. Há ainda outros exemplos de infanticídio que ocorrem entre alguns povos indígenas de tribos de Rondônia, nos quais as crianças fruto de incesto ou de gestação gemelar não podem sobreviver, levando assim à prática do infanticídio. Note-se que o infanticídio também é considerado crime pela legislação brasileira. Nesses povos indígenas, os casos exemplificados cuidam de prática cultural, ora para simples controle de natalidade, ora em razão de normas que regulam as relações de parentesco.

É importante salientar que a legislação brasileira não prevê qualquer solução para estes conflitos de normas, sem precedentes na jurisprudência.

Quanto ao infanticídio, é discussão comum saber se deve prevalecer o respeito aos direitos culturais de um certo povo indígena ou se deve ser considerada a supremacia das normas de proteção aos direitos humanos universalmente reconhecidos. Sobre tal assunto é óbvio que a proteção dos direitos humanos deve suplantiar qualquer cultura de um povo, eis que a vida do ser humano ou a sua integridade física deve estar sempre acima de qualquer coisa, inclusive da cultura dos povos indígenas.⁵

4 *Idem*.

5 Até mesmo das culturas de alguns povos que admitem a mutilação de órgãos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Concluindo nossa abordagem, ainda que consagrado pela Constituição Federal o reconhecimento de direitos sociais e culturais aos índios, inexistem no ordenamento jurídico brasileiro normas concretas que aceitem e absorvam as *regras de conduta interna* dos diferentes povos indígenas que vivem em território nacional. A supremacia da norma estatal espera que as regras de determinado povo ou grupo indígena existente em seu território guardem observância a seus preceitos.

No entanto, é muito importante que existam normas no direito pátrio que absorvam e regulamentem as regras de conduta sociais, crenças e tradições das populações indígenas em seus diversos grupos, e não se ocupem tão-somente do direito à terra e à utilização dos recursos naturais existentes. É necessário criar formas e mecanismos de coexistência pacífica entre o direito interno dos índios e o Direito positivo nacional, ressaltando a importância do Estado na proteção integral dos *direitos indígenas*, principalmente daqueles referentes às suas relações familiares, evitando que as praxes internas desses povos indígenas vão de encontro a dispositivos expressos da lei brasileira. Tal proteção cultural certamente trará reflexos positivos à família indígena.

Temário IV

FAMÍLIA E PROCESSO JUDICIAL

A URGÊNCIA E O DIREITO DE FAMÍLIA (AS CHAMADAS MEDIDAS PROVISIONAIS DO ARTIGO 888 DO CPC)

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira

Professor Titular de Direito Processual Civil
nos cursos de Graduação e Pós-Graduação
da Faculdade de Direito da UFRS
Doutor em Direito pela USP
Desembargador do TJRS

1. Tão premente se apresenta em tema de Direito de Família a solução rápida do litígio, por envolver esse ramo do Direito, em regra, valores sensíveis e de grande significado emocional, às vezes materiais, vinculados à realização de necessidades íntimas do ser humano, que exige no plano processual uma pronta resposta da jurisdição. O acesso de febre, sintoma de doenças mais graves, deve ser combatido prontamente para que a saúde jurídica dos integrantes da família volte às boas. Daí a adequação a esse campo da tutela de urgência e outras providências assemelhadas tendentes à rápida solução do litígio decorrente da relação familiar. Chama a atenção, nesse contexto, que não tenham os operadores do Direito brasileiro ainda se dado conta da importância decisiva das medidas provisionais do artigo 888 do Código de Processo Civil.

Talvez a razão para o fenômeno esteja na circunstância bastante conhecida de que nos dias atuais virou moda adotar-se em caso de urgência, inclusive na área do Direito de Família, a tutela antecipatória do artigo 273. Não há dúvida de que a satisfação provisória, mormente se dispensada *initio litis*, é a que melhor se ajusta aos valores envolvidos em tais casos, pois é capaz de interferir no próprio plano do direito material e antecipar os efeitos da futura sentença de mérito. Somente assim será possível prevenir o dano, porquanto nessas hipóteses não basta apenas conservar para afastar a insatisfação decorrente do estado antijurídico, revelando-se necessária a *antecipação*, parcial ou total, dos próprios efeitos materiais da sentença a ser proferida no processo de conhecimento. Tudo tem a sua fonte na própria natureza

do *periculum in mora* que, em tais hipóteses, se constitui não pelo temido desaparecimento dos meios necessários à formação e execução da providência principal, mas sim, precisamente, pela permanência do estado de insatisfação do direito, objeto do futuro juízo de mérito. Ora, por isso mesmo esse tipo de receio de lesão só pode ser prevenido com a antecipação dos efeitos da própria sentença final.¹

No entanto, e esse é o ponto que vem passando inadvertido, a antecipação pode se dar no âmbito do processo provisional, sem necessidade de uma invocação precisa e detalhada do receio de lesão, e com muito maior adequação, dado que, como já foi ressaltado, a urgência está no cerne mesmo do Direito de Família. Aí é que pode entrar em cena o emprego das chamadas medidas provisionais, que não se ostentam nem cautelares nem provisórias, no âmbito de um procedimento sumário e autônomo, capaz até de produzir coisa julgada material, como a seu tempo será demonstrado.

2. Quem se debruçar na análise do processo provisional verificará tratar-se de providências vinculadas a uma *porção* do litígio extraído da vida real com origem no casamento, na união estável ou na filiação, em que cresce de intensidade a necessidade de pronta resposta jurisdicional, em face da natureza dos valores envolvidos, o mais da vezes mediante *regulação* das relações familiares. Essas duas noções, *porção* do todo e *regulação* de relações, não podem ser esquecidas. De momento, apenas registro sua importância.

No Direito brasileiro, os artigos 888 e 889 do Código de Processo Civil cuidam da matéria relativa ao regramento legislativo das ações² provisionais. O problema, como se verá a seu devido tempo, é equacionado mediante um processo formalmente sumário e autônomo, vale dizer, despegado da necessidade de propositura futura de uma demanda dita principal, ao contrário do que sucede com as típicas ações cautelares. Realmente, em relação a estas o sistema adotado pelo Código exige seja proposta a ação principal no prazo de 30 (trinta) dias, contados da efetivação da medida cautelar, se concedida de forma antecedente (art. 806 combinado com o art. 808, I).

O exame dos casos relacionados no artigo 888 deixa claro que, à exceção das obras de conservação em coisa litigiosa ou judicialmente apreen-

1 *Calamandrei*, em 1934, na sua clássica obra a respeito dos *provvedimenti cautelari*, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, agora in *Opere giuridiche*. Morano: Napoli, 1983, IX, n. 18, p. 196, havia advertido para o fenômeno, ressaltando que, em alguns casos, a providência interina trata de “acelerar”, em via provisória, a satisfação do direito.

2 A nota distintiva da autonomia já indica a impropriedade de se denominar “medida” o que na verdade se apresenta como típica ação.

didada, hipótese prevista no inciso I, as demais providências compreendem tutela de pretensões de natureza predominantemente *não-patrimonial*, configurando obrigações de feição infungível, sem sucedâneo adequado em pecúnia. Como sub-rogar em caução a posse provisória dos filhos ou o afastamento do menor autorizado a contrair casamento contra a vontade dos pais? Qual a forma de prevenir o dano moral ou físico a menores ou incapazes, senão antecipando a sentença final? Que princípio jurídico poderia constranger espíritos inconciliáveis a convívio forçado? Em que aproveita a cominação de pena a quem infringir, *v.g.*, os cuidados necessários com a saúde pública, se o interesse coletivo, de maior hierarquia, impõe a paralisação imediata do gravame à população? Dinheiro algum, mesmo em relação à espécie do inciso II do artigo 888, poderia substituir o valor *afetivo* dos bens de uso pessoal do cônjuge e dos filhos, tolerado o ressarcimento em moeda apenas com caráter de excepcionalidade.

Essas circunstâncias bem demonstram, na base de tais remédios jurídicos, a presença de direitos essencialmente vinculados a valores não traduzíveis em pecúnia, expressões de momentos de liberdade – formal ou substancial –, ou, ainda, destinados a atender necessidades primárias. Fácil é compreender, por isso mesmo, que a não-satisfação antecipada de tais pretensões acarretaria, por hipótese, prejuízo *irreparável*, revelando-se quase sempre impossível ou inadequado o ressarcimento mediante equivalente monetário. Vale dizer, portanto, que tais pretensões serão mais bem atendidas mediante uma tutela de tipo preventivo do que reparatório.

Em assim sendo, ante o manifesto interesse público ou de ordem pública de que se revestem, essas situações impõem-se resolvidas por meio de tutela jurisdicional especial, de caráter sumário e urgente, em contraposição ao demorado procedimento comum, previsto geralmente em nosso sistema jurídico para o processo de conhecimento normal.

Deve ainda ser observado que, conquanto a providência estatuída no inciso II do artigo 888 (entrega de bens de uso pessoal do cônjuge e dos filhos) esteja preordenada para a satisfação imediata de uma pretensão – adquirindo assim feição executiva *lato sensu* –, as demais, cuidando de relações jurídicas de duração, encontram solução mais adequada na própria estruturação da relação, o que se traduz pela *regulação* judicial da situação conflituosa. Importa dizer que a atuação do órgão judicial não será pontual, destinada apenas a resolver uma crise imediata e localizada, mas sim de longo alcance e espectro, buscando estabelecer em bases amplas um convívio mais duradouro, com vistas a uma relação não conflituosa, embora divergente.

A simples enumeração das hipóteses possíveis põe a claro o que se afirmou: posse provisória dos filhos, em separação judicial, divórcio ou anulação de casamento, ou em rescisão de união estável (art. 888, inciso III); afastamento do menor autorizado a contrair casamento contra a vontade dos pais (art. 888, inciso IV); depósito de menores ou incapazes castigados imoderadamente por seus pais, tutores ou curadores, ou por eles induzidos à prática de atos contrários à lei ou à moral (art. 888, inciso V); afastamento temporário de um dos cônjuges ou conviventes da morada do casal (art. 888, inciso VI); guarda e educação dos filhos (art. 888, inciso VII, 1.^a parte); regulação do direito de visita (art. 888, inciso VII, 2.^a parte).

3. Em tais casos, como se constata da enumeração acima realizada, a lide total diz respeito à ação de separação ou de divórcio dos cônjuges, ou de rescisão da convivência dos companheiros, em que juntamente com a pretensão principal de natureza constitutiva convivem outras pretensões.

Além disso, deve ser ponderado que, embora pudesse o problema em seu todo ser resolvido de uma só vez e numa só demanda, nada impede permita o legislador, atento aos valores envolvidos, a solução parcial da contenda.

Aliás, a observação do que mais ocorre recomenda uma solução parcial do conflito. Por um lado, pode se tornar demasiadamente complicada a solução do litígio na sua inteireza, de uma só penada. Por outro, muita vez, e o fenômeno não é raro em Direito de Família, não se verifica ainda a maturação emocional necessária para o equacionamento total do conflito, e o problema deve ser resolvido progressivamente por etapas, a exigir fases sucessivas de acomodação de todos os interessados (pais e filhos, marido e mulher, tutores, conviventes etc.).

Em atenção a essas circunstâncias, o legislador brasileiro inclinou-se, sem dúvida alguma, a atender a tais valores por *processo especial sumário e não cautelar*. A exclusão a meu ver foi deliberada, porquanto, como decorre da expressa determinação contida no artigo 889, no processo provisional deve ser observado apenas o *procedimento* das ações cautelares, estabelecido nos artigos 801 a 803. De mais a mais, a regra contida no artigo 889 mostrar-se-ia evidentemente inútil, se enquadrado o fenômeno na categoria do processo cautelar, em face do disposto no artigo 812, que remete aos mesmos dispositivos, e exatamente com vistas aos procedimentos cautelares específicos.

O quadro estabelecido pelo legislador, acima esboçado, permite extrair desde logo algumas conclusões relevantes para o tema em exame. A mais importante talvez seja a de que não estamos diante da provisoriedade pró-

pria do processo cautelar ou da medida antecipatória, cujos efeitos estão fadados a se subsumir no julgamento do processo principal.

A dificuldade semântica, pela polissemia própria da linguagem, encontrada principalmente nas línguas ricas e altamente desenvolvidas, habita na circunstância de que a lei não fala em provisório, mas em “provisional”. E “provisional” exhibe na língua sentido ambíguo e equívoco, pois é relativo também à qualidade de *provisório*. A primeira acepção (provisional), ligada a provisão (antes de tudo provimento, ato ou efeito de prover), vale dizer, tomar providências, regular, ordenar, fornecer, sentido esse já detectado na língua no século XIII, é bem mais antiga que a segunda (provisório), dicionarizada somente no século XIX, derivada do latim medieval *provisorius*. Embora em contexto totalmente diverso, dificuldade de igual monta atormenta os processualistas italianos na compreensão da *provisionale* do artigo 278 do Código de Processo Civil peninsular, concebida pela doutrina, de modo geral, não como providência provisória cautelar, mas como pronunciamento definitivo parcial (*Teilurteil* do Direito alemão) sobre a porção do crédito em torno do qual tenha o juiz elementos probatórios suficientes.³

Em realidade, com maior ou menor intensidade, nas espécies contidas nos diversos incisos do artigo 888 tende-se à regulação de alguma relação jurídica material, sem dependência de outro processo, dito principal. A existência de outro processo, compreenda-se, pode mesmo se verificar, mas é irrelevante, porque a sentença proferida no processo de cunho *provisional* não está fadada a se subsumir na sentença da demanda principal, como ocorreria na hipótese de típica e veraz ação cautelar.

Verifica-se, portanto, trabalhar o *caput* do artigo 888 com um conceito de ação principal que guarda pouco ou nenhum ponto de contato com a mesma expressão contida no artigo 796. “Ação principal” constitui, aqui, apenas a demanda em que se discutirá o *restante* da relação material litigiosa, a exemplo da separação litigiosa do casal, aforada depois de proposta a ação provisional de guarda e educação dos filhos, com a respectiva regulação do direito de visita.

Por isso mesmo, o fato de o autor deixar de ajuizar a separação litigiosa do casal, no prazo de 30 dias, depois de efetivada a guarda do filho, e o

3 Cf., a propósito, CALAMANDREI. Introduzione allo studio sistematico. In: *Opere giuridiche*, cit., v. IX, n. 31, p. 222-224. CARPI, Federico. *La provvisoria secutorietà della sentenza*, p. 167 e nota 65, advertira inclusive a questão terminológica, acenando com a crença de que mais do que o *provisório*, encontra-se na raiz de *provisionale* o sentido de *provision*, em que está insito o conceito de execução imediata.

ponto é assaz significativo, não acarretará a extinção do processo provisional. O artigo 808 só vigora para o processo cautelar, não para o provisional, como decorre, inclusive dentro de uma perspectiva hermenêutica puramente sistemática, do artigo 889. Aquela determinada solução continuará vigendo para a porção da relação jurídica substancial litigiosa resolvida pelo órgão judicial, porção essa *de per se* relevante no mundo jurídico (o exemplo típico é o da separação de corpos, que hodiernamente constitui em si mesma um valor nada desprezível).

4. Outro aspecto sobremaneira importante diz respeito à natureza da cognição exercida no processo provisional e no exame da liminar nele exarada.

Determina o artigo 889 a observância, na aplicação das “medidas provisionais”, do procedimento estabelecido nos artigos 801 a 803.

Daí decorre, em primeiro lugar, a necessidade de se introduzir o processo provisional mediante petição escrita, com os requisitos estabelecidos no artigo 801.

A exigência contida no inciso III do artigo 801 deverá ser adaptada às peculiaridades do procedimento; por “lide e seu fundamento” entender-se-á a relação jurídica material total, na qual se insere a parcela a ser resolvida na provisional.

Impõe-se, logo a seguir, a citação do demandado para contestar (*rectius*: responder) aos termos do pedido em 5 (cinco) dias e indicar as provas que pretende produzir (art. 802). O prazo conta-se da juntada aos autos do mandado de citação devidamente cumprido (art. 802, parágrafo único, inc. I) ou da realização da providência que, em caso de urgência, tiver sido deferida sem audiência do requerido (art. 802, parágrafo único, inc. II, combinado com o art. 889, parágrafo único).

Não sendo contestado o pedido, presumir-se-ão aceitos pelo demandado, como verdadeiros, os fatos alegados pelo demandante; caso em que o juiz decidirá dentro de 5 (cinco) dias (art. 803).

Se o demandado contestar no prazo legal, o juiz designará audiência de instrução e julgamento, havendo prova a ser nela produzida (art. 803, parágrafo único).

A enumeração das circunstâncias que foram definidas em lei, para a demonstração probatória das alegações de fato no processo provisional, demonstra por si só classificar-se a cognição nele exercida como formalmente sumária, pois nenhuma restrição se coloca quanto à *matéria* a ser apreciada pelo órgão judicial, a não ser aquelas decorrentes dos limites impostos pelo

pedido e pela causa de pedir, dentro do âmbito estabelecido pelo autor da ação, conjugado com as exceções de direito material opostas pelo demandado.

A respeito dessa matéria, impõe-se mencionar a elaboração dogmática de *Hans Karl Briegleb*, a quem coube o mérito indiscutível de ter, já em 1859, distinguido a mera simplificação *formal* do processo da sumariedade *material*. Segundo sua doutrina, o processo verdadeiramente sumário caracteriza-se pela incompletude material da *causa cognitio*, por meio da exclusão dos meios ordinários de defesa, circunstância que vem a se refletir no efeito provisório da decisão daí resultante.

De sua vez, o procedimento acelerado, cuja origem está nas fontes do Direito Canônico (especialmente na Decretal *Saepe contingit* do Papa Clemente III, de 1306), distingue-se pela forma encurtada, simplificada e concentrada do procedimento, mas não pela incompletude da cognição e muito menos pelo seu imperfeito resultado (provisoriedade).

Assim, o processo acelerado distingue-se do ordinário pela forma e do sumário pelo material em debate no litígio. Não são, portanto, da mesma espécie, nem formas diferentes. Mesmo quando ocorrem no processo sumário atos processuais cuja forma e ordenação parecem um desvio da forma comum do procedimento, constitui isto apenas uma conseqüência secundária do princípio material característico da cognição sumária.⁴

Incorporando-se essa lição, de indubidosa correção, ao Direito brasileiro atual, o impropriamente denominado processo sumário (*rectius*: acelerado),⁵ regulado nos artigos 275 a 281, e o processo provisional de que tratam os artigos 888 e 889 do Código nada mais constituem do que aceleração do procedimento ordinário (fenômeno que a doutrina atual convencionou denominar de sumariedade formal). Nada obstante isso, a cognição revela-se plena e exauriente, da mesma maneira como ocorre no procedimento ordinário. Por isso mesmo, o provimento jurisdicional equacionador da controvérsia reveste-se de probabilidade em grau suficiente para se tornar imutável e livre de ataques futuros em qualquer outro processo, como se verá no tópico seguinte deste ensaio.

4 BRIEGLEB, Hans Karl. *Einleitung in die Theorie der Summarischen Prozesse*. Leipzig, Tauchnitz, 1859, § 4.º, p. 11-13, *passim*. Essas idéias tiveram depois desenvolvimento na obra de GUILLÉN, Victor Fairén. *El juicio ordinario y los plenarios rápidos: los defectos en la recepción del Derecho Procesal común, sus causas y consecuencias en doctrina y legislación actuales*. Barcelona: Bosch, 1953, e, entre nós, na tese de doutoramento de WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: RT, 1987.

5 Pelos menos idealmente, visto que a prática brasileira demonstra quase que uma total inaptidão do dito processo sumário para alcançar sua finalidade em tempo mais rápido do que o gasto normalmente no procedimento ordinário.

Interessante é comparar o que se passa com o processo cautelar em sentido estrito. Embora exiba este, praticamente, a mesma estrutura do sumário formal, nele a cognição do juiz se circunscreve ao objeto específico deste tipo de tutela jurisdicional, dirigida apenas a prevenir o dano em face de risco a provável direito do autor. Constata-se no processo cautelar, por conseguinte, sumariedade de tipo *material*, em face da cognição necessariamente incompleta do material a ser trabalhado pelo órgão judicial, conquanto exauriente no que se refere à profundidade.

Merece outras considerações a cognição desenvolvida pelo órgão judicial ao momento de exarar a decisão liminar facultada no parágrafo único do artigo 889 – cognição essa que os romanos chamavam com propriedade de *prima facie*⁶ –, fenômeno comum a todo tipo de tutela de urgência. Aqui, mostra-se preciso distinguir o juízo sobre a aparência do bom direito do juízo referente ao *periculum in mora*.

No concernente ao *periculum*, o aspecto decisivo para uma compreensão exata do que se passa deve ser buscado na própria finalidade da decisão liminar, que não é destinada a prevenir um receio de lesão pontual. Não, a lei, em perfeita adequação com o objeto do processo provisional, emprega de maneira muito eloqüente a expressão “urgência”, conceito de muito maior amplitude e que leva em conta a necessidade de solucionar rapidamente questões dessa ordem, em virtude da própria natureza dos valores não patrimoniais em jogo.

Estamos aqui, como já se ressaltou com grande autoridade, embora em outro contexto, diante do verdadeiro e autêntico *periculum in mora*, cujo conceito na tradição do Direito medieval dizia respeito a certas causas que, por sua simplicidade ou relevância, ou mesmo pela urgência com que exigiam uma pronta resposta jurisdicional, recomendavam um tratamento sumário. Não se cuida de um receio de lesão decorrente da possibilidade de um *damnum irreparabile*, em que a resposta jurisdicional nada tem a ver com a natureza da causa, mas com a irrupção de um elemento ocasional de risco de dano iminente, capaz de ocorrer, em princípio, com relação a qualquer tipo de causa.⁷

Daí decorre, em vista da própria natureza dos valores envolvidos, que a urgência em regra é pressuposta em caso de tutela provisional, de modo a ser dispensada, em relação a ela, a exibição da “prova inequívoca” reclamada no *caput* do artigo 273. Em conseqüência, basta tão-somente que resulte no

6 BRIEGLEB, Hans Karl. *Op. cit.*, p. 238-266, enumera algumas hipóteses interessantes.

7 Cf. a precisa e erudita apreciação de SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Do processo cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 12.

espírito do julgador, da exposição dos fatos realizada pelo autor na petição inicial, a convicção de verossimilhança do alegado perigo na demora.

No que concerne à aparência do bom direito, trata-se indubitavelmente de sumariedade tanto material quanto superficial ou baseada na aparência. Sumária do ponto de vista material, porquanto restrita à urgência; de aparência ou superficial por se bastar com o aporte fático e probatório do autor, em matéria ainda não submetida ao contraditório, embora no horizonte da chamada prova inequívoca, aplicável por analogia o disposto no *caput* do artigo 273. Reclama-se algo mais do que na tutela cautelar e certamente menos do que na tutela dispensada em cognição plena e exauriente. A exigência de prova inequívoca, mesmo sem expressa determinação legal, no caso da provisional, explica-se em razão da intromissão da ordem no próprio direito material, com conseqüências bem mais profundas do que ocorre com uma providência de cunho cautelar e, portanto, de natureza meramente assecuratória.

Note-se que na tutela cautelar, mesmo sem qualquer prova, pela simples exposição dos fatos da causa, pode o juiz, em se convencendo da verossimilhança do direito alegado e do receio de lesão, dispensar cautela liminarmente. Na antecipatória, no entanto, indispensável se torna *prova inequívoca*, vale dizer, clara, sem jaça, evidente, mas quanto baste para o convencimento da probabilidade da alegação e não da sua certeza (a certeza, aliás, mostra-se sempre relativa em Direito Processual, como sabido). Assim, tanto pode atender ao modelo legal um começo de prova por escrito como a justificação prévia. O mesmo sucede no processo provisional, no que tange ao provável direito.

De qualquer modo, tanto em relação ao perigo na demora quanto à aparência do bom direito, a cognição continua sendo incompleta, não exauriente: nada impede, por exemplo, venha a ser provado no curso do processo que determinada alegação fática, a princípio considerada evidente, não corresponda exatamente à realidade. Mesmo a prova documental *initio litis* não retira à cognição *prima facie*, no exame do pedido de liminar, a sua condição de sumária, pois continua a trabalhar com a aparência, ainda sujeita ao crivo do contraditório, e a instrução poderá demonstrar a falsidade do elemento que servira de base à convicção inicial do órgão judicial.

Cumpre ainda ressaltar que o requisito negativo da irreversibilidade dos efeitos da antecipação, estatuído no § 2.º do artigo 273, raramente poderá ser invocado na apreciação da liminar no processo provisional. A meu ver, restrição generalizada e indistinta dessa ordem trata o problema de forma míope, por privilegiar demasiadamente e de forma engessada o ponto de vista da parte demandada em detrimento do autor da providência. Este também pode estar em risco de sofrer prejuízo irreparável, em virtude de irreversibilidade

fáctica de alguma situação da vida. Só o órgão judicial está habilitado para apreciar o conflito de valores no caso concreto, sempre presente, por sinal, em qualquer problema humano, e dar-lhe solução adequada. Essas situações, note-se, tendem a ocorrer com frequência nas matérias ligadas ao Direito de Família, e nem a lei, quando tratava o problema de maneira estrita, sob a ótica da cautelar nominada, impunha qualquer restrição (ver, por exemplo, a regulação dos alimentos “provisionais” estabelecida no art. 852).

Conquanto se possa afirmar *a priori* tenha o legislador estabelecido uma relação específica de prevalência do direito fundamental à efetividade do processo sobre o da segurança jurídica,⁸ mesmo assim hipóteses haverá em que o juiz haverá de ponderar, em face das circunstâncias específicas do caso concreto, a melhor maneira de harmonizar eventualmente o conflito axiológico entre a garantia de acesso à jurisdição (art. 5.º, XXXVI, da Constituição) e a garantia do contraditório e da ampla defesa (art. 5.º, LV, da Constituição).

Pense-se, por exemplo, na hipótese de não ser concedida ordem liminar pela possibilidade de ser causado um dano irreversível na situação fática de interesse do demandado e, por sua vez, o requerente da providência estar em risco de padecer um dano igualmente de natureza irreversível. Aí o conflito axiológico imporia uma minudente ponderação das circunstâncias do caso concreto, de molde a permitir, estando presente o pressuposto da aparência do direito, o sacrifício do direito improvável no altar do direito provável. Insista-se em que a restrição contida no mencionado § 2.º do artigo 273 do Código de Processo Civil não pode afastar tal conclusão porque o poder do legislador infraconstitucional não chega ao ponto de pretender interferir em direitos fundamentais, reduzindo ou enfraquecendo algum em detrimento de outro. O conflito, por isso mesmo, só pode ser equacionado pela aplicação do princípio da proporcionalidade, que consiste em assegurar a eficácia dos direitos e em dar proteção aos interesses daí decorrentes, mediante a técnica da ponderação dos valores e o equilíbrio dos interesses em jogo no caso concreto.⁹ E um elemento decisivo, sem dúvida, nesse contexto, é a prevalência do direito provável.

5. Finalmente, é de ser examinado se o julgamento realizado no processo sumário autônomo do artigo 888 pode ser coberto pelo chamado manto da coisa julgada material.

8 Cf. Teori Albino Zavascki no excelente ensaio intitulado Antecipação de Tutela e Colisão de Direitos Fundamentais. In: *Ajuris* 64 (jul. 1995):395-417, esp. p. 402.

9 A respeito do princípio da proporcionalidade são valiosas, embora desenvolvidas na perspectiva do processo penal, as considerações de SERRANO, Nicolas Gonzalez-Cuellar. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex, 1990, *passim*.

A análise do que se passa evidencia cuidar-se de sentença parcial de mérito, que não é “provisória”, mas “provisional”, proferida em processo em que, como antes demonstrado, a cognição revela-se plena e exauriente. A única diferença é que a sentença incidirá apenas sobre a porção do litígio trazida ao conhecimento do órgão judicial, sendo no entanto equiparável a qualquer outra sentença definitiva.¹⁰ Para tanto basta que haja divisibilidade do objeto do litígio, como sucede nas hipóteses previstas no artigo 888, já enumeradas no início deste trabalho.

Dentro dessas coordenadas, não há dúvida de que a sentença proferida no processo provisional estará apta a produzir coisa julgada material.

Naturalmente, poderá variar no curso do tempo a situação que fora contemplada na sentença, o que abriria a possibilidade de um novo pronunciamento judicial. Nesse caso, contudo, como é evidente, não estaria em risco a autoridade da coisa julgada material da primeira sentença, que sempre pressupõe mesmidade do objeto litigioso e das partes (art. 301, §§ 1.º e 2.º, do CPC). Cuida-se de situação análoga a que resulta do exercício da ação de alimentos. Mesmo a introdução na Lei 5.478, de 25.07.1968, de uma norma como a do artigo 15, a determinar que “a decisão judicial sobre alimentos não transita em julgado e pode a qualquer tempo ser revista em face da modificação da situação financeira dos interessados”, não muda os termos do problema. Como bem se demonstrou em sede doutrinária, trata-se de manifesta impropriedade, pois seria impraticável a emissão de nova sentença relativamente à *mesma* situação contemplada na outra, como, por exemplo, se o condenado à prestação alimentar viesse a pleitear a declaração judicial de que, já ao tempo da primeira sentença, ele nada devia a esse título.¹¹

10 Esse entendimento é pacífico na doutrina italiana; cf., por todos, CARPI, Federico. *La provvisoria esecutorietà*, cit., p. 167-168, e MARENGO, Roberto. *Provisionale*, verbete in *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, 1988, p. 888-892, esp. p. 891. Assim também na doutrina alemã: v. g., ROSENBERG-SCHWAB. *Zivilprozessrecht*, 12. Auflage, München, Beck, 1977, § 58, II, 2, p. 292-294; GRUNSKY, Wolfgang. *Grundlagen des Verfahrensrechts – Eine vergleichende Darstellung von ZPO, FGG, VwGO, FGO, SGG*, 2. neuaberteitete Auflage, Bielefeld, Gieseking, 1974, § 46, 2, p. 465-466; BAUR, Fritz. *Zivilprozessrecht*, Frankfurt a. M., Metzner, 1985, § 17, III, 1, d, p. 208.

11 MOREIRA, J. C. Barbosa. Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada. In: *Ajuris* 28 (jul. 1983):15-31, esp. p. 29-30.

2

ADULTÉRIO VIRTUAL, INFIDELIDADE VIRTUAL

Marilene Silveira Guimarães

Advogada em Porto Alegre/RS

Presidente do Instituto Interdisciplinar de Direito de Família – IDEF/RS

Professora da Escola Superior de Advocacia da OAB/RS

*“O que se gostaria de conservar da família,
no terceiro milênio, são seus aspectos positivos:
a solidariedade, a fraternidade, a ajuda mútua,
os laços de afeto e o amor. Belo sonho.”*

Michele Perrot¹

Sumário

1. Denominação. 2. Motivação. 3. Comunicação virtual, contexto sociocultural. 4. Contexto socioafetivo. 5. Infidelidade virtual e adultério, conseqüências jurídicas (ruptura – culpa – dano moral). 6. Prova lícita, privacidade, sigilo. 7. Conclusão.

1 DENOMINAÇÃO

O indivíduo casado ou unido estavelmente e que, ao mesmo tempo, mantenha um relacionamento erótico-afetivo virtual² está praticando *infidelidade virtual*. Esta somente se transformará em adultério se houver a materialização do relacionamento. Portanto, tecnicamente, a expressão correta é *infidelidade virtual*.

1 PERROT, Michele. Nós e o ninho. In: *Reflexões para o futuro*, abril, 1993.

2 Virtual, segundo o *Dicionário Aurélio*, é o “que existe como faculdade, porém sem exercício ou efeito atual”. É algo suscetível de se realizar, que tem todas as condições essenciais à realização, que está predeterminado à realização, mas que é apenas potencial.

2 MOTIVAÇÃO

Este estudo decorre da prática profissional determinada pelo atendimento de diversos casos de relacionamentos iniciados pela Internet. A partir desta mostragem foram entrevistadas outras pessoas cujas experiências enriqueceram este trabalho.

O caso mais representativo é o de uma professora de 45 anos de idade, extremamente discreta e de educação refinada, casada há 25 anos com um profissional liberal de 50 anos, com dois filhos adolescentes. Comunicava-se pela Internet com pessoas de diversos países e apaixonou-se por um homem também casado e residente no exterior. Meses depois de iniciado o relacionamento virtual, encontraram-se e concretizou-se o adultério. Apesar do uso de senha, o marido ingressou no correio eletrônico e descobriu o relacionamento. O casal separou-se e hoje ela vive no exterior com uma terceira pessoa, que também conheceu através da Internet.

3 COMUNICAÇÃO VIRTUAL, CONTEXTO SOCIOCULTURAL

Antes de analisar os relacionamentos virtuais sob o enfoque jurídico, cabe proceder a uma análise do contexto sociocultural em que tais relacionamentos acontecem.

No descortinar do novo século, vive-se um momento de profunda mutação antropológica e sociológica decorrente dos constantes avanços da tecnologia, em especial da revolução operada na comunicação. Assim como no passado aconteceram descobertas marítimas, ao navegar pelo espaço cibernético, o homem está descortinando um mundo novo, sem fronteiras. A mundialização do planeta aproximou povos distantes, miscigenou raças e culturas, os interesses econômicos superaram nações e sistemas jurídicos, provocando uma verdadeira revolução de paradigmas.

Analisando a história da humanidade, observa-se que no início da civilização, na era paleolítica, todos viviam em uma única sociedade. A primeira ruptura deste modelo aconteceu quando a humanidade separou-se e passou a habitar todos os continentes.³

3 LÉVY, Pierre. A revolução contemporânea em matéria de comunicação. In: *Para navegar no século XXI*. Porto Alegre, p. 195.

A segunda ruptura aconteceu com a revolução neolítica (na Mesopotâmia, Egito, China e nas civilizações inca e maia), período de grandes mutações técnicas, sociais, culturais e políticas que, em decorrência da fixação do homem no espaço, resultou na criação das cidades e na invenção do Estado, no desenvolvimento da agricultura e na invenção da escrita.

A terceira ruptura da história da humanidade aconteceu no século XV, no final da Idade Média, quando as descobertas marítimas levaram o homem a navegar por mares impensados, aportando em novos mundos.

Neste final de milênio presencia-se outra fase de ruptura com o modelo social vigente, provocada pela comunicação que criou outra vez uma sociedade sem fronteiras. A era tecnológica apequenou o mundo e o homem está outra vez navegando, não mais pelo mar, mas sim pelo espaço cibernético ou espaço virtual, que está disponível para todos. Neste espaço não se estabelecem hierarquias, a estratificação social a partir de agora acontecerá entre os que estão na rede e os que optarem por estar fora dela, num redimensionamento também do uso do poder.

Presencia-se o esgotamento do modelo social vigente, o que provoca também uma ruptura com o modelo jurídico. Não uma ruptura nefasta, catastrófica, e sim a ruptura de um modelo que não serve mais à sociedade que este direito regulamenta. Na mesma proporção em que a tecnologia avança de forma surpreendentemente rápida, em que a comunicação estreita distâncias e o homem vence o tempo e o espaço, o Direito não acompanha este ritmo e nem deve fazê-lo. Apesar da imperiosa necessidade de redefinição de conceitos e adaptação da ciência jurídica aos novos paradigmas, a normatização jurídica deve ser lenta e cautelosa, pois, como leciona *Canaris*, o Direito “coloca-se numa área de estabilidade marcada”, uma vez que “as mudanças verdadeiras são lentas; a sua detecção depende de uma certa distanciação histórica”.⁴

Não se pode, em nome do avanço social e tecnológico, negar o que a humanidade já construiu. Deve-se estabelecer uma ponte entre a experiência acumulada e as novas exigências sociais, com fundamento nos princípios norteadores do sistema jurídico posto, redimensionando conceitos. O importante é não perder o referencial ético de que o homem, a sua dignidade, a sua proteção, devem constituir a finalidade primeira e última de qualquer norma.

Neste final de milênio o homem também vive um momento de profundo individualismo, provocado pela ideologia liberal. Ele trabalha mais, a

4 CANARIS, Claus Wilhelm. In: *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Porto Alegre, p. IX.

violência urbana o mantém preso em casa, sofre bombardeio diário de informações que não consegue assimilar e, paradoxalmente, apesar de ter mais opções de lazer, falta-lhe tempo para desfrutar a vida.

Neste contexto, uma forma de comunicação ágil, barata e relativamente segura, como é a comunicação virtual, torna-se um convite a uma nova forma de socialização. Basta um computador e uma linha telefônica para estabelecer a comunicação, não importa a nacionalidade, a idade, o sexo, a raça, a condição social do interlocutor. Para os que estão na rede abre-se um mundo relacional completamente inusitado. Segundo *Pierre Lévy*, os atuais fóruns eletrônicos constituem “paisagem movediça das competências e das paixões que permitem atingir outras pessoas a partir de um mapa semântico ou subjetivo dos centros de interesse”.⁵

Os dados colocados na Internet ficam disponíveis a qualquer um e passam a ser significantes apenas quando despertam o interesse dos indivíduos, estabelecendo uma interação entre eles. Nas relações comerciais esta interação propicia negócios e nas relações afetivas favorece o envolvimento com a subjetividade do outro, estabelecendo uma nova forma de atração, na qual a aproximação física é substituída pela descoberta de afinidades e acontece a amizade ou o namoro virtual.

4 CONTEXTO SOCIOAFETIVO

Muitas são as causas que motivam os relacionamentos virtuais. Uns navegam na Internet para atender a uma necessidade natural de conhecer pessoas, para brincar, para fazer descobertas, repetindo o que acontecia antigamente nos relacionamentos por carta,⁶ que se iniciavam por uma amizade sem compromisso. Outros usam os relacionamentos virtuais para vencer a solidão, para vencer o tédio do cotidiano, para preencher carências afetivas. Enquanto uns buscam os relacionamentos virtuais para fugir da relação pouco gratificante que vivem na realidade, outros também usam a sedução exercida no espaço virtual para melhorar a relação com seus parceiros reais.

5 LÉVY, Pierre. A revolução contemporânea em matéria de comunicação. In: *Para navegar no século XXI*. Porto Alegre, p. 207.

6 No filme *Nunca te vi, sempre te amei*, estrelado por *Antony Hopkins*, através de cartas estabeleceu-se um duradouro laço afetivo entre duas pessoas que jamais se viram e que viviam em continentes diferentes, aproximadas por uma afinidade intelectual. O filme *Mensagem para você*, estrelado por *Tom Hanks* e *Meg Ryan*, mostra um enamoramento virtual.

Na verdade, a rotina deteriora os relacionamentos, sejam eles formados pelo casamento ou pela união estável. Muitos casais transformam-se “em estranhos íntimos” e mantêm o casamento apenas como uma rede de apoio mútuo, sem intimidade, sem cumplicidade. Os problemas do dia-a-dia desatam o laço erótico. As pessoas acabam vivendo sob o mesmo teto sem se perceberem como homem e mulher. Olham-se e não se vêem, estão próximas fisicamente e ao mesmo tempo sentem uma solidão insuportável. A relação é tão pouco gratificante que o envolvimento com um terceiro se torna uma decorrência deste estado de carência afetiva. O espaço virtual se presta como nenhum outro à fuga da realidade frustrante.

Neste sentido é a lição da psicóloga *Ana Maria Nicolai da Costa*, que nos remete a uma reflexão sobre o mundo do “cá” (a realidade) e o mundo do “lá” (o mundo mental, a fantasia), afirmando que é da natureza humana, principalmente quando se enfrenta situações desagradáveis, refugiar-se no mundo do “lá”, a partir de um “mero clique no botão da nossa imaginação”.⁷

Até bem pouco tempo, a fuga inconsciente para o mundo imaginário ficava apenas no terreno da fantasia, no mundo do sonho, único espaço onde se pode ser verdadeiramente livre, onde se pode ser infiel sem que ninguém descubra, onde a infidelidade fantasiosa jamais é confessada a alguém. Agora existe a Internet e o espaço virtual permite “estar junto” com outra pessoa, permite revelar sonhos e desejos, realizar fantasias, sem riscos aparentes.

Na Internet, a figura idealizada do outro não enfrenta o desgaste da convivência. O que se idealiza sempre é melhor do que o que se tem. No espaço virtual todos são pessoas especiais que construímos em nossas mentes, a partir dos nossos desejos. O espaço mágico virtual permite que o indivíduo construa um mundo também mágico, como se estivesse escrevendo o roteiro de um romance.

O internauta pode fraudar dados pessoais como estado civil, raça, profissão, idade, tipo físico. Quanto à personalidade, pode demonstrar no espaço virtual características diferentes do seu comportamento social real. No entanto, a simulação da personalidade nada mais é do que o exercício de um papel que o internauta desejaria desempenhar na vida real, mas não

7 COSTA, Ana Maria Nicolai da. *Mundo virtual versus realidade*, veiculado na Internet, página Comportamento, em 08.10.1998.

consegue. Esta nova realidade tem levado os especialistas a reverem os conceitos sobre personalidade múltipla.⁸

Na comunicação virtual acontece a construção de “uma realidade de segunda ordem”,⁹ uma realidade de simulação, que nos reporta a um “mundo imaginal”, que é um mundo simbólico, imaterial, uma forma inusitada de estabelecer um vínculo social.¹⁰ Neste mundo, a pessoa pode “fugir” do cotidiano, comunicando-se com um “outro” sem rosto, sem identidade, que não exige compromisso, bastando clicar um botão para interromper a comunicação. Este relacionamento pode manter-se no plano imaginário ou derivar para uma aproximação física.

5 INFIDELIDADE VIRTUAL E ADULTÉRIO, CONSEQÜÊNCIAS JURÍDICAS (RUPTURA – CULPA – DANO MORAL)

A infidelidade virtual é um relacionamento erótico-afetivo mantido através da Internet. Se este relacionamento levar a relações sexuais, consuma-se o adultério. Qualquer uma das hipóteses interessa ao Direito porque pode causar a dissolução do casamento ou da união estável.

A civilização impõe ao homem um paradoxo: enquanto reconhece que o instinto de liberdade integra a sua natureza (no qual está incluído o desejo de troca de parceiros), estabelece limites a esta liberdade através de normas que inibem o exercício deste instinto, objetivando evitar a desorganização social.¹¹ Como conseqüência, a maioria dos sistemas jurídicos modernos optou pela monogamia como forma de constituição e proteção da célula familiar. Desta opção decorrem deveres de interesse público, moral e ética-

8 Segundo a socióloga e psicanalista norte americana *Sherry Turkle*, “a Internet fascina porque permite a troca de identidade, de sexo, de idade... A garantia do anonimato e a facilidade da troca de identidades incentivam o aparecimento de um fenômeno que a psicanálise identificou desde o século passado: personalidades múltiplas, que podem se tornar patológicas, se a fantasia substituir inteiramente o sentido de realidade”. É o que informa *Márcia Cezimbra*, em *Infidelidade virtual, denúncia de traição por e-mail?*, veiculado na Internet em 08.10.1998.

9 SFEZ, Lucien. As tecnologias do espírito. In: *Para navegar no século XXI*. Porto Alegre, p. 134.

10 MAFESOLI, Michel. Mediações simbólicas: a imagem como vínculo social. In: *Para navegar no século XXI*. Porto Alegre, p. 53.

11 Este também é o entendimento de *Rodrigo da Cunha Pereira* quando afirma que “o adultério foi, é e continuará sendo um princípio moral que recebeu um valor jurídico como possibilidade, através de suas sanções, de frear impulsos ‘gozosos’, às vezes desorganizadores. Realmente é preciso estabelecer limites externos (lei jurídica) para aqueles que não o têm internamente, ou não conseguem fazê-lo por si mesmos”. *Adultério virtual. Revista Jurídica Consulex* 29/43, Brasília, 25.06.1999.

mente determinados pelo princípio da solidariedade, pelo princípio da proteção à dignidade humana, pelo princípio da proteção à família, como o dever de fidelidade recíproca para o casamento e o dever de respeito e consideração mútuos para a união estável.¹²

Portanto, fidelidade e respeito mútuo constituem um juízo de valor emanado do social, que autoriza a imposição de norma limitadora ao instinto de liberdade. Segundo *Guilherme Calmon Nogueira da Gama*, a fidelidade “envolve o dever de lealdade entre os partícipes, sob os aspectos físico e moral, no sentido de abster-se de manter relações sexuais com terceira pessoa, e mesmo de praticar condutas que indiquem esse propósito ainda que não consume a traição. Envolve, portanto, tanto a infidelidade material quanto a moral”.¹³

A distinção entre infidelidade material e moral importa para caracterizar a infidelidade virtual, que é uma forma de infidelidade moral. Na relação virtual estabelece-se um laço erótico-afetivo platônico,¹⁴ mantido à distância através de um computador. A pessoa sai do seu espaço imaginário para relacionar-se com uma pessoa invisível, mas que está lá e que corresponde. O enamoramento virtual pode criar um laço erótico-afetivo muito mais forte do que o relacionamento real que a pessoa vive, desgastado pela convivência diária, pois é alimentado pela fantasia. Acontece um quase adultério, uma infidelidade moral. A cumplicidade, a intimidade, a paixão estabelecidas no espaço virtual muitas vezes levam o casal ao contato físico, com relações sexuais, quando então acontece a infidelidade material ou adultério.¹⁵ Por-

12 O dever de fidelidade no casamento e na união estável está expresso no Código Civil, na Lei 6.515/77 e na Lei 9.276/96. O art. 231 do Código Civil dispõe: “São deveres de ambos os cônjuges: I – fidelidade recíproca; II – vida em comum, no domicílio conjugal (arts. 233, IV e 234); III – mútua assistência; IV – sustento, guarda e educação dos filhos.” O art. 3.º da Lei 6.515/77 determina: “A separação judicial põe termo aos deveres de coabitação, fidelidade recíproca e ao regime matrimonial de bens, como se o casamento fosse dissolvido.” Para a união estável, o art. 2.º da Lei 9.278/96 estabelece: “São direitos e deveres iguais dos conviventes: I – respeito e consideração mútuos; II – assistência moral e material recíproca; III – guarda, sustento e educação dos filhos comuns.” (grifos nossos)

13 GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *In: O companheirismo: uma espécie de família*. São Paulo, p. 194.

14 Segundo o *Dicionário Aurélio*, platônico significa “alheio a gozos materiais”.

15 Conforme a lição de *Pontes de Miranda*, adultério “é a violação material do dever de fidelidade”, quando acontece “a união sexual duma pessoa casada com outro que não é seu cônjuge”. *In: Tratado de direito privado*, v. VIII, p. 56-57. O mestre também informa que “os Egípcios, os Hebreus e os Gregos puniam o adultério da mulher, aqueles com morte e esses com penas inferiores. Na Índia, a mulher adúltera era devorada por cães famintos. Em Roma, a princípio, foi o adultério um crime doméstico, e o tribunal de família podia impor pena de morte; mais tarde, passou para a classe dos *crimina publica*. O direito romano e ainda o velho direito português (*Ordenações filipinas*, Livro V, Título 28) permitiam ao cônjuge ultrajado matar a mulher e o seu cúmplice, se os encontrasse em flagrante”. *Op. cit.*, p. 56.

tanto, não existe adultério virtual e sim infidelidade virtual, que pode levar ao adultério propriamente dito.

Através da Lei do Divórcio, o sistema jurídico vigente autoriza o pedido unilateral de separação ao cônjuge que foi vítima de infidelidade material ou moral, como é a infidelidade virtual, porque acontece o descumprimento de um dever legal, o que é considerado injúria grave.¹⁶ Fundamentada no princípio da investigação da culpa, a lei também estabelece sanções quanto à guarda dos filhos,¹⁷ ao uso do nome do marido¹⁸ e quanto aos alimentos.¹⁹ A jurisprudência superou o dispositivo legal no tocante à guarda dos filhos e, priorizando o interesse do menor, autoriza-o a permanecer com quem se revelar melhor cuidador.²⁰ Quanto ao uso do nome do marido, desde 1992 o legislador excepcionou os casos em que a mulher poderá mantê-lo, mesmo se considerada culpada.²¹ Quanto aos alimentos, a lei determina que o cônjuge responsável pela separação os prestará ao outro, se ele necessitar. Porém, sendo o alimentado culpado, a leitura do dispositivo tem sido feita a *contrario sensu* e a doutrina e a jurisprudência dominantes interpretam que o responsável pela separação não será pensionado, mesmo que necessite dos alimentos. Paradoxalmente, a lei que regulamenta a união estável não determina expressamente a investigação da culpa para concessão do benefício.²²

Apesar dos dispositivos legais vigentes, a doutrina divide-se em duas grandes correntes antagônicas no que tange às causas autorizadas de

16 Lei 6.515/77, art. 5.º: “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 torne insuportável a vida em comum.”

17 Lei 6.515/77, art. 10: “Na separação judicial fundada no *caput* do art. 5.º, os filhos menores ficarão com o cônjuge que a ela não houver dado causa.”

18 Lei 6.515/77, art. 17: “Vencida na ação de separação judicial (art. 5.º, *caput*), voltará a mulher a usar o nome de solteira.”

19 Lei 6.515/77, art. 19: “O cônjuge responsável pela separação judicial prestará ao outro, se dela necessitar, a pensão que o juiz fixar.”

20 “A mulher culpada pela separação do casal pode ficar com a guarda do filho menor, se assim for julgado mais conveniente aos interesses da criança, que é o valor fundamental a preservar” (Superior Tribunal de Justiça, REsp. 9.389-0/SP, Rel. Min. *Ruy Rosado de Aguiar Júnior*, 4.ª T., 23.08.1994).

21 Lei 6.515/77, art. 25, parágrafo único, com redação alterada pela Lei 8.408/92: “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 dos filhos havidos da união dissolvida; III – dano grave reconhecido em decisão judicial.”

22 Lei 9.278/96, art. 7.º: “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.”

pedido de separação e seus efeitos. A mais antiga e conforme o ordenamento jurídico recomenda a manutenção da investigação da culpa com sanções ao culpado. A corrente mais atual recomenda uma revisão legislativa para que o princípio da culpa seja substituído pelo princípio da ruptura e o desamor aceito como causa justificadora e autorizadora da dissolução do vínculo, sem outros efeitos.

Dentre os doutrinadores que defendem a manutenção do princípio da culpa com aplicação de sanções, está *Yussef Said Cahali*, para quem a sentença da separação ou divórcio “concluirá necessariamente pela condenação do demandado como cônjuge culpado”.²³ Também o Professor *Caio Mário da Silva Pereira* afirma que o divórcio-sanção objetiva “aplicar ao cônjuge culpado a dissolução do matrimônio, como penalidade em face de seu comportamento infiel”.²⁴

Desta corrente doutrinária emerge a tese que defende o direito a indenização por danos morais ou materiais. Neste sentido, o mestre *Yussef Said Cahali* entende que “parece não haver a mínima dúvida de que o mesmo ato ilícito que configurou infração dos deveres conjugais posto como fundamento para a separação judicial contenciosa com causa culposa, presta-se igualmente para legitimar uma ação de indenização de direito comum por eventuais prejuízos que tenham resultado diretamente do ilícito para o cônjuge afrontado”.²⁵ Também *José de Castro Bigi* adverte que o cônjuge culpado praticou um ato antijurídico “se infringiu um dano injusto ao outro cônjuge” e que isto não se apaga com a separação e a pensão.²⁶

Entre os defensores desta tese também está *Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos Santos*, que recomenda:

“A prática de ato ilícito pelo cônjuge, que descumpre dever conjugal e acarreta dano ao consorte, ensejando a dissolução culposa da sociedade conjugal, gera a responsabilidade civil e impõe a reparação dos prejuízos, com o caráter ressarcitório ou compensatório, consoante o dano seja de ordem material ou moral.”²⁷

23 CAHALI, Yussef Said. *In: Separação e divórcio*, t. 1, p. 50.

24 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *In: Instituições de direito civil*, v. V, p. 158.

25 CAHALI, Yussef Said. *In: Dano moral*, p. 669.

26 BIGI, José de Castro. Dano moral em separação e divórcio. *RT* 679/49.

27 SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *In: Reparação civil na separação e no divórcio*. São Paulo, p. 184.

A mesma doutrinadora entende que a união estável tem natureza contratual e recomenda “a aplicação das regras da responsabilidade civil contratual à sua dissolução”.²⁸

Embora a tese que admite indenização por dano moral e material na separação e no divórcio estivesse manifesta na doutrina tradicional, poucos foram até agora os pedidos que aportaram aos Tribunais.²⁹

Dentre os doutrinadores que defendem a substituição do princípio da culpa pelo princípio da ruptura está *Rodrigo da Cunha Pereira*, ao recomendar que se repense e se redirecione este princípio estigmatizante “para que nos aproximemos do ideal de Justiça, de liberdade e libertação dos sujeitos, acertando o passo com a contemporaneidade”.³⁰ Na mesma esteira, *Renan Lotufo* lembra que tudo o que se refere à dissolução do casamento, como a investigação da culpa, decorre da antiga idéia de que o casamento não podia ser desfeito.³¹

Em minudente análise dos dispositivos constitucionais e materiais relativos à família, o Professor *Gustavo Tepedino* também conclui que “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, sobre-nome da mulher – e mesmo patrimoniais – divisão dos bens – à culpa pela ruptura do vínculo matrimonial”.³²

28 SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. Responsabilidade civil dos conviventes. *Revista Brasileira de Direito de Família* 3/36. Belo Horizonte, 1999.

29 Eis algumas decisões: a) “Indenização. Dano moral. Separação judicial. Injúrias praticadas pelo cônjuge. Aplicação do art. 1.547 e seu parágrafo único do Código Civil. O dano moral, decorrente dos motivos que ocasionaram a separação judicial, é indenizável” (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, EI 500360169, Rel. Des. *José Barison*, 1.º Grupo de Câmaras Cíveis, 05.05.1989); b) “Ação de indenização por dano moral. Companheiro traído. Descabimento. A quebra de um dos deveres inerentes à união estável – a fidelidade – não gera o dever de indenizar, nem a quem o quebra – um dos conviventes – e menos, ainda, a um terceiro que não entrega o contrato existente e que é, em relação a este, parte alheia” (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ApCiv 597155167, Rel. Des. *Eliseu Gomes Torres*, 7.ª Câm. Cível, 11.02.1998); c) “Admitindo-se que o casamento é um contrato, não se pode deixar de notar que ele não se assemelha ao contrato do direito patrimonial. Embora esteja submetido à livre vontade das partes, não podem estas estipular condições ou termos, nem opor cláusulas ou modos, nem disciplinar as relações conjugais de maneira contrária à lei. Por isso, as controvérsias decorrentes de sua eventual dissolução não podem ser solucionadas com regras próprias das obrigações” (Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, ApCiv 14.156/98, Rel. Des. *Marlan Marinho*, 14.ª Câm. Cível, 06.09.1999).

30 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. A culpa do desenlace conjugal. In: *Repertório de doutrina sobre direito de família*. São Paulo, v. 4, p. 338.

31 LOTUFO, Renan. Separação e divórcio no ordenamento jurídico brasileiro e comparado. In: *Repensando o direito de família*. Belo Horizonte, p. 210.

32 TEPEDINO, Gustavo. O papel da culpa na separação e no divórcio. In: *Repensando o direito de família*. Belo Horizonte, p. 204.

Também em posição contrária à investigação do princípio da culpa está *Maria Berenice Dias*, ao advertir que para a cessação da união basta o exaurimento do elo amoroso e que o pedido de separação “é uma decisão pessoal, na qual descabe a intervenção do Estado exigindo a identificação de um responsável para puni-lo de forma exemplar”.³³ No mesmo sentido, a opinião de *Rolf Madaleno*, para quem a pesquisa da razão culposa na separação serve “aos interesses mesquinhos da parte que quiser se utilizar do processo como instrumento de vingança de seus ressentimentos, ou de suas frustrações como esposo”.³⁴ Também repudiando a investigação da culpa, *Antônio Cezar Peluso* adverte que esta concepção alimenta-se “das tendências mais primitivas e perversas do ser humano, que são as pulsões de vingança, de satisfação da represália e do castigo, como resposta mínima à ofensa pessoal”, que aplicadas pelo Judiciário oferecem o conforto aparente de que quem pune é o juiz.³⁵

As duas correntes trazem argumentos consideráveis e são integradas por importantes doutrinadores. Portanto, tormentosa é a questão que está a exigir uma revisão de conceitos, a qual passa pela definição da natureza jurídica do casamento e pelo redimensionamento do conceito de culpa.

Neste sentido, importante é a lição de *Luiz Felipe Brasil Santos*, ao advertir que “a conceituação jurídica de culpa é bem diversa da conceituação psicológica. No campo do direito a culpa é sempre do outro, caracterizando-se pela infração a algum dos deveres conjugais ou por conduta desonrosa, (...) enquanto na seara psicológica culpa é algo que diz respeito ao próprio sujeito”.³⁶

Quanto aos aspectos subjetivos da infidelidade, a psicologia informa que sua prática pode ser motivada por diversas causas, umas patológicas e outras não. Dentre as causas patológicas, geralmente originadas por algum problema mal resolvido na infância, está a falta de aprendizado do princípio ético da lealdade.³⁷ Outra manifestação de profunda desordem psicológica

33 DIAS, Maria Berenice. Separação: culpa ou só desamor? *Revista ADV Seleções Jurídicas*. COAD/Rio de Janeiro, mar. 1998, p. 43.

34 MADALENO, Rolf. In: *Direito de família: aspectos polêmicos*. Porto Alegre, 1998, p. 181.

35 PELUSO, Antônio Cezar. A culpa na separação e no divórcio. In: *Caderno de Estudos 2/48*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Estudos Interdisciplinares de Direito de Família.

36 SANTOS, Luiz Felipe Brasil. In: *Processo como forma de manutenção do vínculo*, palestra proferida no IDEF – Instituto Interdisciplinar de Direito de Família. Porto Alegre, em 19.10.1999.

37 LIPP, Marilda Novaes. Relações extraconjugais. In: COSTA, Moacir (Coord.). *Vida a dois*. São Paulo, p. 118. A psiquiatra também informa que todos têm o potencial para serem infiéis, e se aprende a ser fiel quando se aprende a ser leal.

se traduz no desejo consciente ou inconsciente de ferir alguém. Já em outras pessoas a neurose também pode manifestar-se por uma dificuldade de estabelecer laços afetivos profundos, o que as leva a uma busca compulsiva de sensações e de aventuras.³⁸

Além das causas patológicas, a infidelidade também pode acontecer como fuga da vida real, quando falta coragem para promover a separação formal.³⁹ Nesta causa pode enquadrar-se a maioria dos relacionamentos virtuais, que se apresentam como uma fuga da relação pouco gratificante que as pessoas vivem.

A psicóloga *Ana Cristina Silveira Guimarães* esclarece que “a realidade das relações virtuais abrange um amplo espectro de possibilidades de relações que vai desde a normalidade à patologia, dependendo do uso que cada indivíduo faça desta relação, seja um uso narcísico (que pode ser apenas um prolongamento de seu mundo interno), seja um uso perverso ou uma forma de se evadir da realidade externa ou interna, conforme a subjetividade inerente a cada ser humano”.⁴⁰ Portanto, a simples comunicação através da Internet, mantida muitas vezes através de pseudônimo, não implica necessariamente infidelidade, pois pode representar apenas uma fuga da realidade que ajuda a suportar o mundo real.

Por outro lado, o insucesso de um relacionamento não acontece de uma hora para outra. É um processo longo para o qual muitas vezes contribuem os dois parceiros com suas dificuldades pessoais. A verdadeira causa da culpa, psicologicamente falando, é subjetiva e se constrói, quase sempre, com a participação de ambos. Portanto, seria temerário atribuir dogmaticamente ao causante aparente a culpa por um comportamento que pode ser o reflexo da atitude do outro ou a projeção de um problema do outro. Neste sentido, *Pontes de Miranda* já advertia que a regra da infidelidade sofre limitações e que o adultério perde sua importância como causa bastante para a dissolução da sociedade conjugal “se o autor houver concorrido para que o réu o cometesse”.⁴¹ No mesmo sentido,

38 A mesma autora também informa que estas pessoas são egocêntricas, imaturas, incapazes de autodisciplina. Procuram ser admiradas (porque não se admiram), não conseguem amar ninguém (porque não amam a si mesmas), necessitam constantemente provar a si mesmas que podem conquistar quem desejam, sem muita noção ética de lealdade e total indiferença pelos sentimentos alheios. *Op. cit.*, p. 119.

39 *Op. cit.*, p. 120.

40 *Ana Cristina Silveira Guimarães*, psicoterapeuta de orientação psicanalítica com especialização em Psicoterapia da Infância e Adolescência pelo CEAPIA/Porto Alegre.

41 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *In: Tratado de direito privado*, 1971, v. VIII, p. 110.

Antônio Cezar Peluso afirma que a responsabilidade pelo pacto, pela aliança conjugal, é de ambos.⁴²

As relações erótico-afetivas constituem um pacto psicossociojurídico muito mais amplo do que um mero contrato, e o operador do Direito não pode ignorar a subjetividade que permeia tais relações. Conforme leciona *Marcos Antônio Colares*, é preciso ter consciência de que se está “trilhando no solo da emoção”.⁴³ Enquanto vigorarem dispositivos legais baseados no princípio da culpa, a investigação desta deverá ser feita considerando não só os aspectos jurídicos como os aspectos psicológicos, éticos e sociais, objetivando descobrir se a causa aparente da culpa é a verdadeira. Esta recomendação se impõe, principalmente, quanto à concessão de alimentos e indenização por danos morais.

No atual momento socioeconômico brasileiro, muitos têm sido os processos que pleiteiam indenização por dano moral na esfera cível. Contudo, na esfera familiar tais pedidos reclamam uma profunda reflexão e investigação das verdadeiras motivações do autor. Um pedido de indenização somente não será imoral se houver um dano realmente grave e a reivindicação não tiver por objeto apenas o lucro fácil. Neste sentido *Sérgio Gischkow Pereira* adverte que “a prosperar este exagero, praticamente toda a ação de separação judicial ensejaria pedido cumulado de perdas e danos morais, em deplorável e pernicioso monetarização das relações erótico-afetivas”.⁴⁴

As relações familiares são diferentes das relações contratuais comuns. As relações virtuais também revelam novos comportamentos, e a identificação de todas as variáveis que envolvem os conflitos amorosos não é trabalho fácil. Pela subjetividade das relações humanas, é difícil perquirir a culpa em um relacionamento quando não se pode ter a certeza do que se passa na intimidade do casal. Haveria um único culpado ou haveria uma concorrência de culpas? A infidelidade seria uma causa ou uma consequência? Diante do atual panorama legal e doutrinário, a solução mais acertada é a casuística, e faz-se necessário buscar a luz da interdisciplinariedade para chegar mais perto da verdade e da justiça. O operador do Direito deve estar aberto à reflexão e, consoante a lição de *Luiz Edson Fachin*, “reconhecer que consciência social e mudança integram a formação jurídica”.⁴⁵

42 PELUSO, Antônio Cezar. O desamor como causa de separação e divórcio. *Revista ADV – Seleções Jurídicas*, COAD/Rio de Janeiro, mar. 1998, p. 37.

43 COLARES, Marcos Antônio. Legislando sobre o afeto: questões sobre a familiaridade no Brasil. *In: Repensando o direito de família*. Belo Horizonte, p. 483.

44 Opinião de *Sérgio Gischkow Pereira*, Desembargador aposentado do TJRS, advogado e doutrinador, Porto Alegre, 1999.

45 FACHIN, Luiz Edson. *In: Elementos críticos do direito de família*. Rio de Janeiro, p. 3.

6 PROVA LÍCITA, PRIVACIDADE, SIGILO

No espaço virtual as pessoas pensam que estão protegidas, porém este espaço é muito pouco discreto e garante uma privacidade apenas relativa ao internauta. Mesmo que ele se identifique por apelidos (*nicks*), a correspondência trocada fica armazenada na memória do computador e no provedor de acesso à rede. Este funciona como uma espécie de banco onde ficam armazenadas todas as comunicações virtuais que poderão ser judicialmente requisitadas ou até mesmo invadidas ilegalmente por técnicos. Mesmo que se use senha para bloquear o acesso ao correio eletrônico, especialistas (*hackers* e *crackers*)⁴⁶ têm condições de descobri-la. Podem ingressar no provedor e, chegando até o arquivo mestre, copiar a senha. A comunicação pela Internet pode ocorrer de várias maneiras: por e-mail,⁴⁷ por chats,⁴⁸ por MIRC⁴⁹ ou por ICQ.⁵⁰ Todas estas modalidades permitem que especialistas acessem as correspondências e dados pessoais, pois ainda não existem meios idôneos que garantam plena segurança às comunicações virtuais.

Os direitos à privacidade e à intimidade são garantidos pela Constituição Federal no capítulo dos direitos fundamentais, que também veda a utilização de provas obtidas por meios ilícitos.⁵¹ Além das possibilidades de prova indicadas no Código Civil⁵² e no Código de Processo

46 *Hackers* – São pessoas que se divertem com a exploração de detalhes dos sistemas de segurança dos computadores, porém têm um código ético que lhes proíbe enriquecer com suas atividades ou danificar recursos e informações obtidos na rede. São, portanto, intrusos sem más intenções. *Crackers* – Tentam descobrir informações importantes xereteando pela rede, pensam que esta atividade não deveria ser considerada um delito, porém entre eles estão os criadores dos mais temidos vírus informáticos e da destruição ou sabotagem de bens.

47 E-mail – O internauta usa senha e não se preocupa em deletar os e-mails. Como é possível obter a senha através do provedor ou encontrar a senha no próprio computador, este sistema não oferece segurança. Além do mais, os e-mails podem ficar armazenados por muito tempo na memória do computador, o que facilita o acesso ao texto.

48 Chats – São centros de conversas públicas, nos quais várias pessoas conversam ao mesmo tempo. Os chats têm alcance nacional.

49 MIRC – São centros de conversa com alcance internacional.

50 ICQ – É um programa que permite a entrada em uma *chat* particular, onde as conversas são armazenadas. O tempo de armazenamento vai depender da quantidade do uso. Uma mensagem poderá ficar armazenada por dois dias ou por dois meses.

51 Constituição Federal, art. 5.º, X: “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.” Art. 5.º, XII: “É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial (...).” Art. 5.º, LVI: “São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.”

52 Código Civil, art. 136: “Os atos jurídicos, a que se não impõe forma especial, poderão provar-se mediante: (...) III – documentos públicos ou particulares; (...) VI – exames e vistorias.”

Civil,⁵³ desde 1996 vigora no Brasil a Lei 9.296, que regulamenta o artigo 5.º, XII, da Constituição Federal e estabelece normas e sanções protetoras dos dados constantes das comunicações via Internet, inclusive. Também tramita no Congresso Nacional o projeto de Lei 1.713/96, que dispõe sobre crimes praticados no espaço virtual.⁵⁴

Na hipótese de o cônjuge infiel manter a comunicação virtual através de computador de uso familiar, sem uso de senha, a obtenção desta prova através da entrada no correio eletrônico não pode ser considerada invasão de privacidade ou violação ao direito de sigilo, pois o usuário não tomou as devidas cautelas para preservar sua intimidade. Porém, se o internauta usar senha de acesso e a prova for obtida sem o seu consentimento, ela será considerada ilícita. Consoante a lição de *Sônia Rabello Doxey*: “A geração da prova do adultério há de ser lícita, não se podendo admitir prova obtida por meios criminosos ou fraudulentos”.⁵⁵ Para produzir a prova desejada e não transgredir o direito fundamental à privacidade e ao sigilo das comunicações pessoais, o ofendido deve recorrer ao Judiciário.

7 CONCLUSÃO

As relações virtuais constituem uma nova forma de relacionamento, que parte da descoberta de afinidades, ao contrário do enamoramento tradicional que parte do olhar e do contato físico. Este relacionamento pode representar apenas uma fuga da realidade sem maiores conseqüências. Porém, muitas vezes, a intimidade e a cumplicidade nascidas no espaço virtual estabelecem um laço erótico-afetivo importante, que pode ser causa da dissolução do casamento ou da união estável. O relacionamento virtual pode evoluir e conduzir à prática de adultério.

Quando acontece o relacionamento erótico-afetivo virtual, o pedido de dissolução do vínculo por parte de quem foi traído pode ser conseqüência

53 Código de Processo Civil, art. 332: “Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.”

54 Outros países também já contam com leis específicas. Nos Estados Unidos, desde 1984 vigora uma lei que pune o uso de informações pessoais constantes dos computadores. Também o Japão, a Áustria, a França e a Grécia contam com leis que protegem o cidadão contra os criminosos da era da computação.

55 DOXEY, Sônia Rabello. Resguardo à intimidade, prova do adultério e a nova Constituição Federal. *Revista de Processo* 57/107, São Paulo.

natural da revolta causada pela falta de lealdade. De qualquer forma, rompendo-se o afeto ou a confiança, não há como obrigar a subsistência do vínculo formal, e o Estado deve favorecer o desfazimento do casamento ou da união estável, uma vez que não lhe cabe determinar sentimentos. A aceitação pura e simples do desamor como causa subjetiva do rompimento do vínculo favorece a composição dos conflitos (cada vez mais buscados através da mediação) e também poupa as partes de uma exposição pública de seus problemas pessoais.

O princípio da culpa em Direito de Família deve ser revisto, respeitada a subjetividade existente no pacto psicossociojurídico que uma relação erótico-afetiva encerra, seja ele formado pelo casamento, seja pela união estável. A nova configuração da família – inclusive os relacionamentos virtuais – reclama uma modernização de conceitos jurídicos sob a luz da interdisciplinariedade.

“Nossos conhecimentos fizeram-nos céticos; nossa inteligência, empedernidos e cruéis. Pensamos em demasia, e sentimos bem pouco. Mais do que máquinas, precisamos de humanidade. Mais do que inteligência, precisamos de afeição e doçura. Sem essas virtudes, a vida será de violência e tudo será perdido.”

Charles Chaplin

PROVAS DA POSSIBILIDADE NA AÇÃO DE ALIMENTOS E A CONTRIBUIÇÃO DO TRABALHO DOS ASSISTENTES SOCIAIS

Ana Maria Gomes de Souza Bertelli

Assistente Social Judicial do Fórum Lafayette – Vara de Família/MG
Especialista em Serviço Social pela PUC/MG

Sumário

1. Globalização: influências e conseqüências. **2.** Homem e mulher no mercado de trabalho: características e diferenciações. **3.** Casamento, separação e manutenção do grupo familiar. **4.** O concreto e o abstrato no provimento de pensão alimentícia. **5.** O papel do serviço social. **6.** Bibliografia.

Para abordar o tema proposto, no que se refere à contribuição de assistentes sociais ao julgamento das ações de alimentos, faz-se necessário que, primeiramente, abordemos alguns aspectos contextuais dados pela conjuntura econômico-social vigente e pelas questões referentes às relações interpessoais que envolvem os atores que protagonizam tais feitos.

1 GLOBALIZAÇÃO: INFLUÊNCIAS E CONSEQÜÊNCIAS

A análise de casos que envolvem a discussão acerca do provimento alimentício nos faz pensar sobre a questão da sobrevivência como uma necessidade que, historicamente, sempre foi assegurada através do mundo do trabalho, mundo este que tem como referência a esfera pública de interação entre os indivíduos.

A era da globalização, entretanto, vem influenciando significativamente neste universo à medida que acarreta transformações radicais na realidade

econômica e, conseqüentemente, nas formas pelas quais os homens estabelecem relações entre si e com o ambiente, incluindo-se neste o âmbito da produção.

A política inerente a esta globalização, ao abolir as fronteiras ao capital, vem trazendo conseqüências nefastas às economias dos países ditos “em desenvolvimento”, pois privilegia o capital financeiro internacional em detrimento das economias nacionais, bem como prescinde, cada vez mais, do trabalho como forma de realizar a acumulação do capital.

Os credores internacionais, através das condições políticas impostas à concessão de empréstimos, vêm assumindo setores estratégicos das economias de países devedores, por meio das privatizações, diminuindo o papel dos Estados Nacionais junto às sociedades e tornando-os cada vez mais dependentes. A entrada do capital internacional na economia destes países privilegia o pagamento dos juros de suas dívidas externas em detrimento dos investimentos na economia doméstica e em programas sociais, solapando mercados de trabalho, eliminando empregos e ocasionando o empobrecimento de indivíduos, pois a tendência é favorecer o lucro e não as pessoas.

A renda, tanto em nível mundial quanto nacional, vem cada vez mais concentrando-se nas mãos de poucos, enquanto a maioria da população vê seu poder de compra diminuir e o acesso a condições dignas de vida decrescer numa progressão alarmante.

No Brasil, o reflexo deste contexto é visível sem muito esforço. A desvalorização da moeda nacional e as altas taxas de juros vêm causando a diminuição do valor real dos salários e o empobrecimento de grande parcela da população, que está sendo alijada do mercado formal de trabalho. Isso vem acontecendo em conseqüência do fechamento de empresas antes economicamente sólidas; da demissão de funcionários nas fábricas e no setor público; da falência da indústria nacional em decorrência da política de importação e exportação; da invasão tecnológica que desqualifica a mão-de-obra humana em favor das máquinas. Tal situação atinge todos os estamentos sociais, independente, inclusive, da capacitação profissional e intelectual dos indivíduos. Soma-se a este quadro a escassez de investimentos na área social que desarticula programas nos setores de saúde, educação, habitação, transporte etc., dificultando à maioria da população o acesso ao mínimo necessário ao exercício da cidadania.

2 HOMEM E MULHER NO MERCADO DE TRABALHO: CARACTERÍSTICAS E DIFERENCIAÇÕES

Esta conjuntura, como já foi dito, determina uma contração do mercado formal de trabalho e alavanca o ingresso de mais e mais pessoas no desempenho de atividades informais, sendo que homens e mulheres são absorvidos de maneira desigual por estes mercados.

Apesar da contemporaneidade, a hegemonia masculina advinda da cultura patriarcal ainda perdura nos parâmetros relacionais brasileiros, prescrevendo padrões de condutas específicos, ditados pelos gêneros masculino e feminino.

Ao homem, culturalmente, é reservado o papel de provedor da família, tendo o mercado de trabalho sido, historicamente, mais favorável a ele, considerando as oportunidades de emprego. Dentro desta perspectiva, o universo ocupacional referendado na esfera pública é tido como masculino, sendo cobrada dos homens a capacidade de manter financeiramente esposas e filhos.

Em função desta representação social inerente ao papel masculino dentro da estrutura da sociedade, a mão-de-obra masculina sempre foi mais valorizada no mercado de trabalho. O homem é impelido a assumir profissões socialmente mais reconhecidas (tais como engenharia, medicina, advocacia etc.), tidas como primordiais ao desempenho da economia e à preservação da estrutura social e familiar. Eles ocupam rotineiramente os melhores cargos nas empresas e instituições, bem como são majoritários no preenchimento de cargos políticos.

O prestígio masculino, independente da classe social na qual o homem se insira, sempre esteve ligado ao seu bom desempenho na esfera pública através de uma vida profissional bem sucedida e pela execução de atividades tradicionalmente associadas à sua condição masculina.

Quanto às mulheres – não obstante hoje elas estarem considerando o trabalho remunerado como parte de um projeto pessoal de vida, como meio de assegurarem condições necessárias à sua sobrevivência e de seus pares, e cada vez mais estarem ocupando cargos que há poucos anos eram destinados somente aos homens –, sua mão-de-obra é ainda prioritariamente absorvida em atividades menos valorizadas socialmente e culturalmente tidas como típicas à natureza feminina, tais como as de: secretárias, domésticas, faxineiras, costureiras, ou são captadas pelo setor de saúde, educação, prestação de serviços e comércio. É ainda exceção o acesso feminino a cargos de direção e postos políticos, apesar do aumento considerável do número de mulheres que se responsabilizam por tais funções, sendo que estas, geral-

mente, pertencem a um extrato social mais privilegiado. Segundo dados da ONU veiculados pela revista *Isto É* de 30.08.1995, naquele ano o Brasil ficou em 58.º lugar quanto à participação da mulher em postos de destaque na economia ou na política.

Os salários reservados às mulheres são mais baixos se comparados à remuneração masculina, mesmo quando elas ocupam cargos mais bem pagos no mercado formal de trabalho. Acrescenta-se ainda que somente um terço delas trabalha com carteira assinada e é o setor informal da economia que agrega a metade de sua mão-de-obra, segundo dados do IBGE apresentados pela revista *Isto É* de 30.08.1995.

A maternidade constitui outro fator discriminatório ao ingresso feminino no mercado de trabalho: alguns empregadores exigem o teste de gravidez negativo para a admissão de trabalhadoras, e as solteiras e sem filhos têm maiores chances do que casadas e mães.

Consideramos ainda o fato de a maioria das mulheres desempenhar dupla jornada de trabalho, exercendo suas atividades profissionais geralmente em tempo integral e tendo ainda de se responsabilizar pelo trabalho doméstico estressante e não valorizado como atividade de essencial importância no contexto familiar.

3 CASAMENTO, SEPARAÇÃO E MANUTENÇÃO DO GRUPO FAMILIAR

Com a modificação dos padrões de interação social advindos da contemporaneidade, as atribuições tradicionalmente determinadas ao homem e à mulher dentro da estrutura social, com reflexos na dinâmica familiar, também vêm se modificando.

A família hierárquica, com rigorosa divisão de funções e papéis – na qual ao homem cabia o acesso ao mundo público do trabalho remunerado necessário à manutenção material da esposa e da prole, e à mulher o recesso privado do lar, o trabalho doméstico e o suprimento das necessidades afetivas da família –, vem dando lugar a uma estruturação familiar mais igualitária, em que os papéis e as atribuições de gênero estão mais flexibilizados.

O atual contexto que envolve a conjugalidade determina que a maioria dos casais, atualmente, assuma paritariamente as responsabilidades com a condução da educação dos filhos, bem como aquelas responsabilidades

inerentes ao sustento da prole e às despesas domésticas, trazendo uma transformação na divisão social e sexual do trabalho e uma reformulação nos papéis de homens e mulheres na divisão das tarefas domésticas, tanto em relação ao gerenciamento do lar quanto à vida dos filhos.

Neste contexto, o homem vem perdendo o lugar de único provedor da casa, pois a mulher economicamente ativa participa de maneira decisiva do orçamento doméstico, dividindo com o marido ou companheiro a manutenção da família. Ao mesmo tempo, tal circunstância determina que o homem contemporâneo se integre ao mundo privado do lar, dividindo com esposas ou companheiras tarefas domésticas. Além disto, é a cada dia mais comum nos depararmos com esposas ou companheiras que assumem integralmente a manutenção material da família em função do desemprego de seus parceiros, fato último que na conjuntura vigente vem assumindo proporções preocupantes.

A crise atual tem afetado mais diretamente a mão-de-obra masculina, diante da substituição da força de trabalho especializada, quase sempre prerrogativa masculina, pela tecnologia. Este fato faz com que as mulheres, que são donas de uma mão-de-obra mais versátil e estão mais disponíveis para executar trabalhos tecnicamente menos qualificados, tenham a necessidade de se lançar cada vez mais no mercado de trabalho, principalmente no mercado informal, para assumir o sustento da família.

Quando o relacionamento conjugal é satisfatório, a divisão dos gastos familiares ou a eventual responsabilização por parte exclusiva da mulher pelas contas domésticas não traz transtornos significativos para a convivência marital, apesar de percebermos não ser uma situação confortável para o casal. Neste caso, porém, as cobranças de ambas as partes são arrefecidas pelo produtivo retorno afetivo que a relação conjugal proporciona, ficando, assim, dentro das possibilidades específicas de cada caso, assegurada a manutenção material do casal e da prole.

Entretanto, na atualidade, a dinâmica da organização social está marcada pela incerteza e pela instabilidade, circunstâncias que trazem reflexos significativos aos relacionamentos afetivos. Estes sofrem grande influência das transformações políticas, econômicas, tecnológicas e culturais determinantes de mudanças no código de comportamentos e valores que se reproduzem nos padrões de convivência. Acrescente-se o fato de que as oportunidades atuais favorecem a reformulação permanente de projetos, vontades e aspirações individuais, dando um caráter efêmero às relações afetivas, porque a manutenção das uniões conjugais, hoje, está subordinada

à satisfação pessoal, com as demandas individuais predominando sobre as demandas coletivas.

Considerando tal realidade, o número de separações e divórcios é significativo e, dentro destes contextos, a manutenção dos subgrupos familiares distintos nos quais as famílias conjugais se transformam, na maioria das vezes, constitui mais um problema que se materializa de diversas maneiras.

Há de se considerar que numa realidade de separação, homens, mulheres e filhos sofrem as conseqüências, dentre outras, da modificação da situação financeira. Ocorre invariavelmente uma queda no padrão aquisitivo de todos, pois antes o que era parcela de uma adição passa a fazer parte de uma operação de divisão, sendo que as despesas se multiplicam.

Aquele que segue se responsabilizando pela condução cotidiana da educação e pelo gerenciamento da vida dos filhos normalmente é o que, na prática, fica mais responsabilizado pela manutenção material deles. Ao mesmo tempo, a participação na vida da prole daquele genitor que se vê afastado fica comprometida pela distância que normalmente se estabelece entre ele e os filhos, fato que, por si só, interfere na divisão equânime dos gastos para com a manutenção das crianças. (Não podemos esquecer, porém, que tal participação é também determinada pelo investimento de cada um na função parental que lhe cabe e pela maneira que se deu o rompimento do par parental.)

Na maioria das vezes, é delegada à mulher a incumbência de seguir se responsabilizando pelos filhos após a separação conjugal. Em face do quadro já descrito no que tange ao mercado de trabalho feminino, é inerente um rebaixamento do padrão de vida de famílias monoparentais chefiadas por mulheres, porque são poucas que, ao se separarem, conseguem escapar desta realidade. Tal fato pressupõe a necessidade da contribuição financeira do ex-marido ou companheiro para garantir à prole um nível de vida pelo menos próximo àquele que usufruíam na constância da relação dos pais.

4 O CONCRETO E O ABSTRATO NO PROVIMENTO DE PENSÃO ALIMENTÍCIA

A experiência nos tem mostrado que a provisão alimentícia aos filhos de casais em processo de separação pode tomar contornos bem diversos daqueles que realmente visam proporcionar à prole a manutenção de um padrão de vida que, pelo menos, se aproxime do que ela usufruía na constância do casamento dos pais. A qualidade do relacionamento que se estabelece

entre os ex-cônjuges ou companheiros durante os trâmites objetivos e emocionais que perpassam estes processos é de fundamental importância para a definição do ambiente no qual transcorrerão as discussões das matérias propostas e para o significado que será dado à questão do provimento material dos filhos.

Avaliamos que quando a dimensão financeira recorta as discussões dos acordos de separação assumindo peremptória importância, ela nos remete a variáveis de análise que, no caso, devem considerar as representações que os envolvidos estão construindo acerca do pagamento ou do não-pagamento de pensão alimentícia, compromisso que deveria primordialmente estar relacionado à prole, mas que quase sempre vem permeado por questões mal resolvidas inerentes a rompimentos ainda não elaborados.

Na perspectiva do senso comum, a expressão “pensão alimentícia” é rotineiramente associada a dinheiro em espécie pago às mulheres e não aos filhos, sendo reduzida à noção de mero sustento, sem se considerar que está também inserido em sua definição o suprimento de vestuário, habitação, saúde, educação, lazer e tudo mais que, do ponto de vista material, for necessário para assegurar primordialmente a crianças e adolescentes os seus direitos fundamentais.

Dentro destes parâmetros é pertinente considerarmos a característica fundamental que a moeda representa como um valor de troca que, simbolicamente, pode, neste momento, vigorar como veículo de ressarcimento de perdas emocionais advindas da separação conjugal, perdas estas que quase sempre apontam para a falência de um projeto de vida em comum antes articulado por ambas as partes. Em relações que se romperam sem a devida elaboração, por parte do casal, das questões subjetivas que as envolvem, o dinheiro pode funcionar como um instrumento de poder e dominação, tanto para quem o desembolsa como, algumas vezes, para quem o pleiteia.

A prática evidencia situações nas quais, através de infundáveis discussões recorrentes, ações relativas ao provimento de pensão alimentícia podem trazer, embutidas na função social que a ela é inerente, um recurso utilizado por homens e/ou mulheres para o controle e manipulação da vida daquele parceiro de quem estão separados.

Tais situações são visíveis quando, por exemplo, a dependência financeira, por parte das mulheres com relação aos ex-maridos ou companheiros, mesmo quando estas estão inseridas no mercado de trabalho, as coloca, muitas vezes, vulneráveis às exigências e pretensões dos ex-parceiros ainda investidos na relação. Estes se aproveitam da situação de fragilidade econômica das

ex-companheiras para exercer um domínio que lhes é conferido pela detenção de uma condição financeira mais privilegiada. Em muitas destas situações, alguns homens exercitam este poder condicionando o pagamento ou o não-pagamento do numerário relativo à pensão alimentícia devida necessariamente aos filhos à submissão das ex-mulheres a suas vontades e caprichos: muitos desses homens objetivam controlar inclusive a sexualidade de suas ex-parceiras. Em suas concepções, o fato de pagarem o provimento alimentício lhes confere o direito, dentre outros, de interferir no cotidiano materno-filial e no gerenciamento da quantia despendida, e que, normalmente, tem sua movimentação orientada pelas ex-mulheres. Isto acontece porque quem controla o dinheiro acaba acreditando na possibilidade de administrar também a liberdade e a mobilidade daqueles que lhes são economicamente dependentes.

Outro exemplo se configura quando é masculina a opção de romper o relacionamento por qualquer motivo, mas primordialmente pela intenção do homem de construir um novo relacionamento. Tal circunstância impulsiona mulheres a cobrar de ex-maridos ou companheiros valores significativos ao orçamento deles e que podem ultrapassar as possibilidades do pensionante. Tal conduta é adotada a fim de espoliar ex-maridos e companheiros das condições materiais necessárias à reconstrução da sua vida afetiva, evidenciando rancores e/ou a necessidade emocional de vingança por responsabilizarem o outro pela não-realização de expectativas construídas em relação à vivência conjugal.

Nos deparamos, ainda, com situações nas quais, num primeiro momento, uma das partes envolvidas aceita acordos desfavoráveis, assumindo para si o ônus da separação. Toma tal atitude movida por sentimentos de culpa quanto ao rompimento conjugal ou pelo desejo de se ver livre do outro e/ou se livrar do estresse causado pela discussão processual. Num momento posterior, entretanto, já mais refeita emocionalmente, avalia-se prejudicada pela conduta assumida anteriormente. Interpõe, então, nova ação judicial para que sejam revistas as decisões acordadas na ocasião anterior, recomendando, às vezes, infundáveis pendências.

Além destas há inúmeras outras situações com as quais nos deparamos ao analisarmos o contexto que envolve ações de alimentos que apontam para questões diversas daquelas inerentes à real necessidade alimentícia da prole. Isso nos remete ao fato de que brigas judiciais infundáveis podem estar significando uma nova modalidade de relação, pois continuam assegurando vínculos entre os ex-cônjuges, podendo a matéria sobre pensão alimentícia ser uma forma de materialização dessas relações.

5 O PAPEL DO SERVIÇO SOCIAL

Considerando o acima exposto, para se proceder à análise de casos que remontam à discussão da provisão alimentícia, aos assistentes sociais é fundamental levar em conta, primeiramente, o contexto socioeconômico, político e cultural no qual os protagonistas das ações em pauta estão inseridos. Tal procedimento se faz necessário diante do fato de que valores e condutas são ditados também pela consciência que as categorias sociais às quais se pertence incutem nos indivíduos, determinando parâmetros coletivos de inserção social e regulando posturas individuais, bem como o fato de que só se compreende uma situação-problema quando a relacionamos com a realidade global que a envolve.

Ainda dentro do processo de análise, cabe aos profissionais de serviço social decodificar o significado que alicerça o pedido em pauta. A partir de então, procurar viabilizar momentos reflexivos aos envolvidos, com a finalidade de lhes possibilitar fazer uma leitura acerca da real motivação da medida pleiteada, da condição objetiva que cada um tem para arcar, em parceria, com o sustento e manutenção da prole, e do papel e obrigações parentais que, a despeito da separação conjugal, ambos continuam tendo em relação aos filhos. Tal procedimento tem como objetivo minimizar a influência das questões latentes no equacionamento da problemática em tela, pois se percebe que muitos pedidos estão pautados nos conteúdos subjetivos que perpassam a discussão, levando-se em conta a existência de situações nas quais, para os envolvidos, por mais que recebam ou por menos que paguem, o montante nunca será suficiente para quitar as dívidas afetivas que perduram.

Dentro desta perspectiva, o trabalho do assistente social transcende a mera investigação acerca do padrão de vida sustentado pelo alimentante, constituindo-se numa análise que considera a conjuntura mais ampla como também o contexto familiar e material dos envolvidos, tomando a situação em pauta como uma realidade dinâmica e em constante transformação.

Por este prisma, as fases metodológicas inerentes à elaboração do estudo dos casos não constituem etapas isoladas e dissociadas, e sim procedimentos concatenados que compõem um processo analítico com a finalidade de se proceder a um estudo mais pormenorizado dos fatos, visando subsidiar as intervenções e o parecer final do profissional.

Com relação aos procedimentos técnicos específicos, adota-se o recurso da observação direta através de visitas domiciliares e/ou institucionais (locais de trabalho, estabelecimentos de ensino etc.), sendo que estas são

orientadas pelo problema em pauta, pelas hipóteses de trabalho (o que, quem e por que observar) e pelas variáveis de análise (contexto socioeconômico-cultural), pois cada caso demanda atenções diferenciadas. A avaliação das características que tais ambientes externam traz dados significativos à análise, pois neste momento procura-se apreender aspectos concernentes à realidade material dos envolvidos (sinais de riqueza e de pobreza) e seu espaço geográfico (localização, construção, infra-estrutura). Além disso, através da percepção, faz-se uma coleta de dados considerando as mensagens transmitidas pelos ambientes das pessoas. Por meio destes dados, pode-se avaliar o tipo de interação que os indivíduos estabelecem com o mundo (rígida, descontraída, individualista, participativa, formal, cooperativa etc.), tem-se uma noção mais objetiva dos grupos analisados (quem são, quantos são, como são, como vivem) e uma percepção do estado emocional no qual os envolvidos se encontram, captado através da maneira pela qual o assistente social é recebido e pelo modo através do qual ele é introduzido (ou não) no grupo familiar de quem está sendo visitado. Em suma, os ambientes refletem o modo de ser das pessoas, pois é em seu *habitat* próprio que elas se colocam por inteiro e se afirmam, porque estes são espaços sobre os quais detêm o domínio das situações que vivenciam.

É no momento dos procedimentos de entrevistas, atendimentos e/ou dinâmicas de grupo que se passa ao estudo das variáveis que estão norteando o relacionamento dos envolvidos, recursos estes que subsidiam um maior aprofundamento na análise dos fatos em si. Nestes momentos entra-se em contato direto com as angústias, expectativas e possibilidades das partes em questão para equacionarem o problema, bem como as expectativas das pessoas diante da intervenção profissional e da ação do Judiciário na satisfação de suas demandas. Estes recursos proporcionam ainda momentos de reflexão conjunta do técnico com os envolvidos, visando estimular nestes últimos um pensamento mais crítico sobre a situação que os envolve e uma maior implicação dos mesmos na viabilização das possíveis soluções para o problema em pauta.

O que se observa, o que se ouve e se cataloga, o que se vivencia junto com as partes durante os procedimentos técnicos adotados permite ao profissional uma avaliação mais precisa do contexto em pauta, pois lhe proporciona condições de analisar os dados e os fatos, relacionando-os mutuamente. Conseqüentemente ele passa a ter uma compreensão mais clara da situação, da maneira como as pessoas agem e interagem diante de seus problemas e necessidades e de suas predisposições perante as probabilidades de solução da questão em pauta.

Apoiado na consideração de todos os aspectos que envolvem as questões analisadas, já citados no início deste trabalho, o assistente social, portanto, tem aumentadas suas possibilidades de desvendar as aparências e se aproximar da essência do fenômeno analisado. Esta condição o subsidiará na elaboração de um laudo contendo uma síntese dos dados obtidos e suas análises e considerações acerca do contexto em tela, que são ponderados privilegiando-se as reais necessidades e possibilidades das partes perante o provimento de pensões alimentícias, priorizando sempre os interesses e direitos fundamentais das crianças e/ou adolescentes envolvidos. Repassa-se este documento à autoridade judicial a fim de subsidiá-la em suas posteriores decisões.

6 BIBLIOGRAFIA

- CHOSSUDOVSKY, Michel. *A globalização da pobreza: impactos da reforma do FMI e do Banco Mundial*. Trad. Marylene Pinto Michael. São Paulo: Moderna, 1999.
- LIMA, Boris Alexis. *Contribuição à metodologia do serviço social*. Trad. Yonne Grossi. Belo Horizonte: Interlivros, 1975.
- OLIVEIRA, Angela. Aspectos psicológicos relacionados à situação de separação de casal. In: *Direito de família e ciências humanas*. Caderno de estudo 1. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1997.
- SAFFIOTI, Heleieth I. B.; ALMEIDA, Suely de. *Violência de gênero: poder e impotência*. Rio de Janeiro: Revinter, 1995.
- TEIXEIRA, Paulo C.; ALZUGARAY, Paula; PAMPLONA, Gleides. Trabalho sim, salário não. *Isto É*, 1352, ago. 1995.
- VAITSMAN, Jeni. *Flexíveis e plurais: identidade, casamento e família em circunstâncias pós-modernas*. Rio de Janeiro: Rocco, 1994.
- VIEIRA, Balbina Ottoni. *Serviço social: processos e técnicas*. 5. ed., Rio de Janeiro: Agir, 1981.
- _____. *Metodologia do serviço social: contribuição para sua elaboração*. 3. ed., Rio de Janeiro: Agir, 1985.

ALIMENTOS EM CONSEQÜÊNCIA DE ATO ILÍCITO

Élsior Moreira Alves

Mestre em Direito Econômico pela Universidade Federal da Bahia – UFBA
Professor de Direito Civil da Faculdade de Direito da UFBA
Membro da Academia Baiana de Educação

Sumário

1. Hipóteses. **1.1.** Em caso de homicídio. **1.2.** Em caso de lesão corporal. **2.** Possibilidade de variação. **3.** Garantia. **3.1.** Em que consiste. **3.2.** Duração. **3.3.** Características. **3.4.** Extinção da garantia.

1 HIPÓTESES

Diz o inciso II do artigo 1.537 do Código Civil que, no caso de homicídio, a indenização consistirá, também, na prestação de alimentos. Dos mesmo modo, no artigo 1.539, se da ofensa resultar defeito, pelo qual o ofendido não possa exercer seu ofício ou profissão, ou que se lhe diminua o valor do trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros crescentes até o fim da convalescença, incluirá uma pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou ou da depreciação que ele sofreu.

Como se vê, pela citação dos dois textos legais, temos duas hipóteses de alimentos, quando se trata de responsabilidade por ato ilícito: primeiro, alimentos em decorrência de homicídio e, segundo, alimentos em decorrência de lesão corporal grave.

1.1 Em caso de homicídio

No caso de alimentos em decorrência de homicídio, importa saber, em primeiro lugar, para quem se destinam os alimentos.

a) Para quem

Tomando como base o fundamento do artigo 1.537 do Código Civil, já citado, como aí se fala que cabem os alimentos quando o defunto os devia, os destinatários seriam, então, a depender do caso concreto, a viúva, os filhos, ascendentes ou credor de alimentos, este último em virtude de sentença, no caso, portanto de dano em ricochete.

Acontece, porém, que a doutrina e a jurisprudência, numa longa trajetória, chegaram à conclusão de que, mesmo nos casos em que o defunto não devia, também aí poderiam caber os alimentos. Assim, no caso de menor ou vítima que não exercia atividade laborativa, caberiam alimentos para seus pais, esposa, marido, a depender do caso concreto.

b) Requisitos

Em princípio, tomado como base o artigo 1.537 do Código Civil, os alimentos pressupõem sua existência, isto é, a vítima, quando em vida, os devia a determinadas pessoas. Assim, o pai deve alimentos a seus filhos menores e, como tal, no caso de sua morte, em consequência de homicídio, existe o requisito para a exigência dos alimentos por parte dos filhos menores contra o causador do dano. Aqui, também, há de se fazer referência à ampliação dada pela doutrina e jurisprudência. Assim, se o filho já contribuía para a renda doméstica e vem a ser vitimado, cessando essa fonte de contribuição, admite-se a condenação ao pagamento de alimentos, por parte do causador do dano, aos prejudicados. Do mesmo modo no caso de a vítima ser mulher que contribua somente com trabalhos domésticos para sua família. Entendeu-se que os serviços caseiros de uma mãe de família constituem uma prestação de alimentos aos filhos menores, pois o vocábulo *alimentos* foi empregado, no artigo 1.537 do Código Civil, não na sua acepção comum, mas sim na de indenização que visa a reparar o mal originado do ato ilícito.

Mas a maior amplitude dada, no que diz respeito aos requisitos, está relacionada com o caso de morte de menor absolutamente incapaz. Nesse caso, evidente, falta completamente o requisito do artigo 1.537 do Código Civil, isto é, a existência do dever de alimentos por parte da vítima. Entretanto, através de, principalmente, três acórdãos do Supremo Tribunal Federal, tendo como relatores os ministros *Aliomar Baleeiro*, *Adalício Nogueira* e, de maneira conclusiva, *Moacir Amaral Santos*, embora indagando o problema de dano

moral, chegou-se à conclusão de que, nesses casos de a vítima em nada contribuir, do ponto de vista de rendas, para a família, ainda assim caberia a pensão, pois esses menores constituiriam um elemento econômico potencial, daí a Súmula 491 do Supremo Tribunal Federal dizer que “é indenizável o acidente que cause morte de filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado”.

c) Por quanto tempo

Por quanto tempo deve ser paga a pensão? Aqui, há uma variedade de hipóteses e de opiniões. O princípio básico é o de que, em se tratando de vítima que devia os alimentos, como esta os devia até sua morte, e como a média de vida, no Brasil, seria de 65 anos, a pensão, então, deve ser paga até os 65 anos, vida provável da vítima. É verdade que existem opiniões diferentes, uns achando a idade de 60 anos, outros admitindo uma suplementação de cinco anos, quando se tratar de causador do dano com mais de 65 anos.

Além disso temos os casos de as vítimas serem menores. Aqui, também, variam as opiniões. Alguns admitem que a pensão seria paga até a morte dos pais, outros, até os 30 anos, ou até os 20 e 25 anos. Ainda temos a hipótese de tomar como base a cessação de dependência. Se a pensão era devida a filhos menores, somente será devida enquanto perdurar a menoridade dos dependentes. Cessada esta, não mais existirá a obrigação do pagamento dos alimentos. Aventa-se, também, aqui, a possibilidade de prorrogar o pagamento da pensão até a idade dos 24 anos, no caso de estudante, e até o casamento, ou quando obtiver economia própria, quando se trata de dependente do sexo feminino.

1.2 Em caso de lesão corporal

Nos termos do artigo 1.539 do Código Civil, nos casos de lesão corporal, também, aqui, cabe pagamento de alimentos. Podemos, então, daí tirar os requisitos para a exigência do pagamento e dizer em que consiste esse pagamento.

a) Requisitos

Diz o referido artigo que os requisitos são: se da ofensa resultar incapacidade para exercer sua profissão ou diminuição de sua capacidade laborativa.

Evidentemente, cabe aqui uma pequena explicação para compreensão dos termos acima. Não se trata de incapacidade ou diminuição relacionadas com qualquer trabalho, no sentido genérico. Quando se diz incapacidade ou diminuição da capacidade, está-se referindo a determinado trabalho, isto é, a incapacidade ou diminuição da capacidade devem estar relacionadas com o trabalho exercido pela vítima. O exemplo dado é o do violinista que perde um dos braços: não se trata, evidentemente, de diminuição da capacidade laborativa, mas sim de incapacidade para sua atividade, pois, apesar de o violinista poder exercer outro tipo de trabalho, o fato é que se tornou incapaz para a sua profissão. Difícil de precisar os termos quando a vítima é criança. Aqui, prevê-se a possibilidade de uma indenização para quando atingir a idade de trabalhar.

b) Em que consiste

Nos termos do artigo 1.539 do Código Civil, a indenização será de uma pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou ou à depreciação que ele sofreu. Portanto, os alimentos aí serão dados para suprir o salário que deixar de receber, no caso de incapacidade, e, no caso de diminuição do valor do trabalho, a pensão será equivalente à diminuição do salário que receber. Conforme mencionamos antes, difícil é a solução para os casos de a vítima ser criança. Como a Continuação Federal, em seu inciso XXXIII do artigo 6.º, somente permite trabalho para o menor a partir dos 14, a indenização, sob a forma de pensão, será feita por arbitramento, levando-se em consideração a situação social do ofendido, meio em que vive e profissão exercida por seus pais e irmãos.

2 POSSIBILIDADE DE VARIAÇÃO

A obrigação alimentícia, oriunda de ato ilícito, como toda obrigação de prestar alimentos, trata-se de obrigação de valor, por isso mesmo suscetível de variação, a fim de manter seu poder aquisitivo, determinado pela sentença. Nesse sentido diz o artigo 602, § 3.º, do Código de Processo Civil que se, fixada a prestação de alimentos, sobrevier modificação nas condições econômicas, poderá a parte pedir ao Juiz, conforme as circunstâncias, redução ou aumento de encargo. A Súmula 490 do Supremo Tribunal Federal

sustenta o mesmo entendimento, dizendo que “a pensão correspondente à indenização oriunda de responsabilidade civil deve ser calculada com base no salário mínimo vigente ao tempo da sentença e ajustar-se-á às variações ulteriores”. Assim, havendo diminuição do valor da pensão, em consequência da depreciação monetária, cabe a atualização de seu valor, utilizando-se, para esse fim, dentre outros critérios, os índices de correção monetária, nos termos da Súmula 562 do Supremo Tribunal Federal.

Cabe, entretanto, um esclarecimento importante. Embora se trate de alimentos, no caso de ato ilícito, quando se fala em possibilidade de variação, se houver modificação nas condições econômicas, trata-se das condições econômicas objetivas, isto é, se houver alteração em seu valor aquisitivo, valor esse que deve ser mantido ao longo do tempo da prestação. Não cabe aqui falar em mudança na fortuna de quem os supre, ou na de quem os recebe, pois, no caso de ato ilícito, não se aplicam os princípios do artigo 401 do Código Civil, referentes a alimentos entre parentes.

Além da redução ou aumento de encargo, é possível a extinção do mesmo. Assim, havendo transação, renúncia, desistência ou prescrição, trata-se de casos de extinção da obrigação alimentícia, oriunda de ato ilícito.

3 GARANTIA

Quando se trata de pensão alimentícia, resultante de ato ilícito, merece menção especial o problema da garantia. A garantia está prevista no artigo 602 do Código de Processo Civil e seu parágrafos.

3.1 Em que consiste

Os parágrafos 1.º e 2.º do artigo 602, acima citado, explicitam em que consiste essa garantia. Poder ser representada por: **a)** constituição de capital; **b)** caução fidejussória.

No primeiro caso, o devedor pode vincular determinado imóvel, cujas rendas sejam suficientes, caso necessário, para pagamento da pensão. Ou, então, vinculam-se títulos da dívida pública. Caso seja necessário, serão alienados ou resgatados para fazer frente ao pagamento da pensão.

Na segunda hipótese, a garantia é dada através de caução fidejussória, nos termos do § 2.º do artigo 602 do Código de Processo Civil. Sem dúvida

alguma, essa segunda solução é melhor que a primeira. Em vez de retirar de circulação bens móveis ou imóveis, aqui, o patrimônio do devedor continua livre de qualquer gravame, sem prejuízo do pagamento da pensão. Em caso de falta de pagamento da pensão, terceira pessoa assume a responsabilidade pelo pagamento, ficando, por conseguinte, perante o credor da pensão, na qualidade de fiador, garantindo o débito do afiançado.

3.2 Duração

Nos termos dos incisos I e II do § 1.º do artigo 602 do Código de Processo Civil, a garantia deverá permanecer:

a) Enquanto viver a vítima

Sim, pode ocorrer que a hipótese seja daquelas em que a vítima tenha de receber a pensão em caráter vitalício. Nesse caso, a pensão será paga durante a existência do credor, até que ele faleça.

b) Enquanto durar a obrigação do devedor

Aqui, a pensão será devida em caráter temporário. No caso, por exemplo, de pensão devida a menor, em consequência de morte do pai, a obrigação de pagar a pensão cessará com a maioridade do beneficiário, ou até a idade prevista nas exceções anteriormente indicadas, como no caso de estudante ou filha solteira.

3.3 Características

Quando a garantia dada for em bens do patrimônio do devedor, ou de terceiro em seu lugar, coisa que é possível, esses bens, títulos da dívida pública ou imóvel, passam a ser, nos termos do § 1.º do artigo 602 do Código de Processo Civil, inalienáveis e impenhoráveis. Claro que a impenhorabilidade só se refere às dívidas contraídas após a condenação pelo ilícito, pois, se anteriores, não poderão seus credores ser prejudicados. Convém, também, ressaltar a necessidade de averbação das referidas cláusulas, nos termos da Lei de Registros Públicos, artigo 167, II, 11.

3.4 Extinção da garantia

Assim que, por qualquer motivo, cessar a obrigação do pagamento da pensão, termina a razão de ser da garantia. Dá-se, por conseguinte, a exoneração da caução. A exoneração da caução dada pelo Juiz que determinou a garantia, nos termos do *caput* do artigo 602 do Código de Processo Civil é atribuição daquela autoridade, quando da condenação de indenização e esta incluir pensão alimentícia.

Ao determinar a exoneração da caução, o Juiz mandará cancelar, conforme o caso, as cláusulas de inalienabilidade e impenhorabilidade, se aquela foi dada sob a forma de caução real. No caso de a caução ter sido dada sob forma de fiança fidejussória, haverá simplesmente liberação do fiador, desde que decretada pelo Juiz a exoneração da caução.

OFERTA DE ALIMENTOS

Francisco José Cahali

Advogado

Professor de Direito (graduação) na PUC/SP

Professor de Pós-Graduação *lato sensu* em Direito de Família e Sucessões nas Faculdades Metropolitanas Unidas

Trataremos da matéria, apresentando inicialmente as características gerais da ação de oferta de alimentos, para depois examinar algumas questões específicas, pontos para reflexão e, por fim, a constatação de que este permissivo legal tem se distanciado da intenção do legislador de facilitar ao máximo o deferimento do benefício alimentar ao necessitado, para se tornar um instrumento de manobra, de estratégia do advogado para evitar ou minimizar ao máximo a fixação de pensão em valores contrários às expectativas do cliente.

A oferta de alimentos vem estatuída no artigo 24 da Lei de Alimentos, que prevê a sua possibilidade para a parte responsável pelo sustento da família que deixar a residência por qualquer motivo, o qual não precisa declinar.

Embora a lei refira-se à parte que *deixar a residência comum*, mas *responsável pelo sustento da família*, insinuando ser privativa a ação para os alimentos decorrentes do rompimento do casamento, esta oferta também pode ser promovida pelo pai ao filho havido fora do matrimônio.

E, mesmo exigindo a lei prova pré-constituída da obrigação alimentar para a opção por este rito, nada impede ao companheiro a oferta com base neste dispositivo, uma vez desfeita a união estável, pois, neste caso, pela sua iniciativa haverá o reconhecimento espontâneo de sua responsabilidade pelo sustento da companheira.

O procedimento a ser adotado é o mesmo da ação de alimentos – ou seja, especial, com a previsão para deferimento liminar de alimentos provisórios e concentração de atos na audiência de conciliação, instrução e julgamento.

A distribuição é livre, não por prevenção a eventual processo de separação judicial (ou respectivas cautelares). Competente será o foro do domicílio do alimentando (credor), mesmo que seja a mulher (independente da

polêmica existente a respeito da igualdade entre os cônjuges em razão da norma constitucional), pois o privilégio, aqui, é ao menos favorecido presumido, a parte mais fraca, que é aquela necessitada dos alimentos.

Há a intervenção do Ministério Público nos autos, mesmo inexistindo menores (por exemplo: cônjuge ou filhos entre 21 a 25 anos). Existe orientação, em nosso sentir acertada, ao menos quando não estiver em discussão interesse de menores, de que para a apreciação da liminar não se faz necessária a prévia manifestação do Ministério Público. Sua participação seria apenas promovida com a intimação dos atos e decisões proferidas, além do acompanhamento da fase instrutória. Mas, na prática, o comum é, como primeira providência jurisdicional, a determinação de manifestação ministerial.

A liminar deferida pode ser revista por provocação dos interessados trazendo novos elementos para convicção do julgador, através de incidente nos próprios autos (registrando não ser tranqüila a orientação a respeito, mesmo em ação de alimentos), ou havendo modificação da situação financeira das partes, neste caso processando o pedido em autos apartados (art. 13, § 1.º, da Lei de Alimentos), sempre ressalvada ao prejudicado a interposição de agravo de instrumento objetivando a reforma da decisão.

Assim como na ação de alimentos o Juízo não está adstrito ao valor pretendido na inicial, também na oferta a fixação, tanto liminar¹ como definitiva, é feita a critério do Julgador, com base nos elementos constantes dos autos, podendo alcançar quantia superior à oferecida, sem se caracterizar julgamento *extra petita* ou *ultra petita*.²

Trata-se, como dizem os doutrinadores, de ação de acerto, arbitramento, ou de natureza dúplice, permitindo ao réu “pleitear” valor maior do que o oferecido, sem necessidade de reconvenção, até vedada pelo sistema processual, uma vez se tratando de procedimento especial.

1 “Nada obsta que o juiz fixe os alimentos provisórios acima do ofertado, em se tratando de ação alimentícia do alimentante.” AC-AI 14.299, TJPR, Rel. Des. *Ronald Accioly*, 2.ª Câmara Cível, 22.12.1997.

2 A respeito, cf. CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 3. ed., São Paulo: RT, 1999, p. 869, e ainda: RT 676/156; RJTJRS 179/235; AI 084.366-4, TJSP, 2.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. *Cezar Peluso*, 13.10.1998, com a seguinte ementa: “Alimentos Provisórios – Ação de oferta do devedor – Fixação em quantia superior à oferecida – Admissibilidade – Ação dúplice, em que o arbitramento nunca é *ultra petita* – Recurso provido – Inteligência do art. 24 da Lei 5.478/68. Na ação de alimentos proposta pelo devedor, podem os alimentos, assim os provisórios, como os definitivos, ser fixados em quantia superior à oferecida, sem que isso implique decisão ou sentença *ultra petita*”; AC 46.905-4, TJSP, 5.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. *Marcus Andrade*, 25.09.1997; e EI-AC 3112593, TJDF, Ac. 72.391; 2.ª Câmara Cível, Rel. Des. *Nívio Gonçalves*, 29.06.1994.

O pedido, pois, pela natureza da causa, é sempre considerado de arbitramento da pensão, não de condenação do réu a aceitar o valor proposto. Pode o julgador, nestas condições, e *esta situação não é incomum*, “condenar” o autor em pensão superior à ofertada, se presentes os elementos probatórios para tanto, e sempre tendo em vista o binômio “necessidade/possibilidade”, exigido pelo artigo 400 do Código Civil para a mensuração do *quantum* alimentar.

Este ponto é de extrema relevância, até porque o autor, subjetivamente, conserva a expectativa de que, oferecendo a pensão, ao menos o limite máximo da obrigação seria o valor por ele proposto. Não, efetivamente não. Daí a cautela que se deve ter ao esclarecer o cliente, quando escolhido este caminho, sobre riscos da demanda ao final: mesmo sendo “vencedor”, com o pedido acolhido de pagar a pensão, pode ver-se condenado a prestar valor superior ao que entendia devido.

Aliás, em situações de significativa majoração da oferta, embora tecnicamente “vencedor da ação” o autor, a ele tem sido imposto o ônus da sucumbência, com responsabilidade pelas custas e honorários advocatícios incidentes, ao menos, sobre a diferença entre a oferta e o arbitramento.³

Por fim, a instrução do feito é idêntica à ação de alimentos, com concentração dos atos na audiência e oitiva de testemunhas até independentemente do depósito do rol em cartório (embora não tão tranqüila esta questão). E a pensão fixada retroage à data da citação (art. 13, § 2.º, da Lei de Alimentos).⁴

Com estas características gerais, semelhantes à própria ação de alimentos, vejamos algumas peculiaridades desta ação.

Primeiramente, vamos enfrentar os efeitos da ausência do autor ou do réu na audiência.

Na ação de alimentos, o não-comparecimento do autor importa em *arquivamento do processo* e o do réu, *em revelia, além de confissão quanto à matéria de fato*, conforme os expressos termos do artigo 7.º da Lei Especial.

Não se tem aplicado esta regra na ação de oferta de alimentos, e a nosso ver acertadamente.

Pelo não-comparecimento do autor ofertante, a orientação tem sido harmônica no sentido de que *a ação prossegue*, uma vez que o devedor da pensão reconhece e confessa, de plano, sua obrigação de sustento e a possibilidade de pagar, bem como a necessidade do credor, limitando-se à discussão ao valor

3 Ou sucumbência recíproca, cf. AC 101.612-4, TJSP, 8.ª Câm. de Direito Privado, Rel. Des. Zélia Maria Antunes Alves, 05.05.1999.

4 RT 526/204; RJTJSP 100/41; RJTJRS 179/235.

pretendido.⁵ Difere, pois, da ação de alimentos, na qual o autor (aí credor) afirma a obrigação do réu, sua possibilidade e a necessidade da pensão. Não comparecendo, demonstra desinteresse em ver prosperar seu pedido à luz das alegações apresentadas, sendo até vantajoso ao réu não ser imposta a obrigação, daí a previsão legal de arquivamento dos autos.

Faltando o autor, pois, haverá a fixação da pensão em conformidade com a oferta, se o réu aceitá-la (concordando com o valor), ou mediante arbitramento de acordo com os elementos constantes dos autos (veja-se, como antes indicado, não estar o Juiz vinculado ao pedido formulado na inicial).

Já os efeitos da ausência do réu na audiência de instrução e julgamento têm merecido discussão tanto doutrinária como jurisprudencial, existindo, inclusive, posições divergentes.

*Brandão Lima, Sérgio Gilberto Porto e Oliveira e Cruz*⁶ orientam-se pelo arquivamento dos autos diante do não-comparecimento do réu (credor), pelo seu patente desinteresse, importando em desistência temporária do recebimento dos alimentos. Induziria, a ausência, uma presunção de que o réu não necessita, no momento, de alimentos, implicando, entendimento diverso, coagir outrem a receber alimentos que por razões íntimas não quer.

Poder-se-ia justificar esta orientação com a leitura do referido artigo 7.º, emprestando ao termo “autor” o significado de “credor” da pensão, e não sujeito do pólo ativo da relação processual, e assim, com base neste artigo, a ausência do credor induziria ao arquivamento do processo.⁷

Com o devido respeito à posição, não nos parece ser esta a solução mais adequada.

Em nosso entender, melhor a orientação adotada por *Yussef Said Cahali*,⁸ acompanhado de majoritária jurisprudência, entendendo ser irrelevante a ausência do réu/credor para o êxito na fixação da pensão.

Para tanto, lembre-se que a sentença direciona-se à tutela do direito do autor que provocou o Judiciário. O autor não pode ser privado de uma tutela jurisdicional em razão da inércia ou desídia do réu. Pouco importa, ao devedor, se o credor não tem interesse, por qualquer razão, em receber o crédito. O que lhe diz respeito é o fato de ter a obrigação, reconhecida de plano com a oferta, e merecer a liberação obrigacional desse débito através do Judiciário.

5 Cf., a respeito, CAHALI, Yussef Said. *Op. cit.*, p. 870-872.

6 Trazidos por CAHALI, Yussef Said. *Op. cit.*, p. 870-871.

7 Embora sejam outros os fundamentos apresentados pelos juristas indicados, este entendimento facilmente se justificaria, conferindo razoável interpretação do artigo 7.º da Lei de Alimentos.

8 *Op. cit.*, p. 870-872.

Aliás, o devedor tem o direito de ver sua oferta apreciada, no mérito, pelo Judiciário, até mesmo para livrar-se da incerteza do *quantum* da obrigação.

Acrescente-se que até para o devedor indicar o valor pago, objetivando o benefício de abatimento em seu imposto de renda, faz-se necessária a fixação judicial da pensão (por acordo homologado ou condenação, inclusive liminar), tornando nítido o interesse jurídico da pretensão.

Ainda, pela natureza dos alimentos, sendo direito irrenunciável, personalíssimo e, sobretudo, indisponível,⁹ não há como, sem expressa previsão legal, deixar o Judiciário de acolher a iniciativa do obrigado, fixando o seu valor só pelo não-comparecimento do credor.

E, pela mesma característica diferenciada da obrigação alimentar, impede-se também a aplicação da pena de confissão feita em razão da revelia do réu/credor (art. 320, II, do Código de Processo Civil), autorizando o julgador a fixar a pensão com base nos elementos constantes dos autos, sendo-lhe facultada até mesmo a determinação de diligências objetivando buscar o equilíbrio entre a necessidade do alimentando e possibilidade do obrigado, sem vinculação ao acolhimento da oferta constante da inicial.

Assim, o devedor/ofertante, confessando sua obrigação de pensionar, busca a tutela jurisdicional para liberação obrigacional de seu débito. E, mesmo diante do não-comparecimento do réu, merece a *proteção judicial*, invocada nos termos da lei, embora, quanto ao valor, haja interferência do Juiz na fixação em montante que entenda justo a liberar da obrigação. Não obstante a ocorrência de revelia, a discussão prossegue, pois, objetivando o acerto do *quantum* da pensão.

Neste contexto, diferentemente do previsto no artigo 7.º da Lei 478/68 (regra destinada à ação de alimentos por iniciativa do credor), em se tratando de oferta, o não-comparecimento de qualquer das partes à audiência de conciliação, instrução e julgamento não obsta o arbitramento da pensão de acordo com o binômio necessidade/possibilidade, a serem aferidas pelos

9 “Oferta de alimentos – Prevalência do interesse do menor – Direito indisponível – Princípio da instrumentalidade – Lei 5.478/68 – Requisitos. A recusa da representante do menor em receber os alimentos ofertados não implica em obstáculo à triangularização da relação processual; trata-se de direito indisponível, que há de prevalecer o interesse do menor, detendo sua genitora tão-somente a qualidade de representante do infante. II – Impõe-se a observância da instrumentalidade do processo, cujo escopo é ensejar à parte o alcance do direito substantivo perseguido. III – O abandono da residência comum com os alimentantes não é *conditio sine qua non* para o exercício do direito de ofertar alimentos (inteligência da Lei 5.478/68). Recurso conhecido e provido. Sentença cassada.” Ap 3507395, TJDF, Ac. 77.434, 1.ª Turma Cível, Rel. Des. José Hilário de Vasconcelos, 12.06.1995.

elementos constantes dos autos. Ou seja, uma vez proposta a ação por iniciativa do devedor, o pedido será sempre julgado procedente, para fixar o valor da obrigação.¹⁰

Outra questão, muito freqüente em processos de oferta de alimentos, é a concomitância desta ação com a de alimentos promovida por iniciativa do credor.

Sabemos que, por orientação do advogado, suspeitando o devedor da iniciativa do credor, apressa-se em propor a oferta para ver prevalecer a fixação de alimentos provisórios nos contornos de sua pretensão, evitando o risco de sofrer um arbitramento liminar alcançado pelo credor em valor, por vezes, superior às suas possibilidades. Isso porque a decisão liminar é sempre calcada nos elementos unilateralmente trazidos pelo autor, sem oportunidade prévia de apresentação de defesa pelo réu.

E também sabemos que a modificação de uma decisão liminar de alimentos, quer no juízo singular, quer em grau de recurso, é extremamente difícil, sempre preferindo o Magistrado, e o próprio Tribunal, aguardar a instrução do feito que, pelas características do procedimento, deverá ser célere, com pronta designação de audiência de conciliação, instrução e julgamento.

Daí a pressa dos advogados em obter a fixação dos alimentos da forma que mais favoreça o cliente, através de uma decisão baseada nos fatos e provas por ele apresentados.

Mas e se ambos, credor e devedor, provocarem o Judiciário e obtiverem liminar, cada qual com um valor, qual decisão deverá prevalecer?

Para estas hipóteses, a doutrina e a jurisprudência têm identificado a existência de conexão entre os dois processos, nos termos do artigo 103 do Código de Processo Civil,¹¹ considerando prevento o Juízo que primeiro despachou a petição inicial (CPC, art. 106),¹² independente de ter sido nele determinada ou não a citação,¹³ devendo ser neste, de ofício ou a requerimento das partes, reunidas as ações para decisão simultânea (CPC, art. 105).

10 Salvo, naturalmente, a ausência de pressupostos processuais ou condições da ação, ou mesmo a existência de qualquer questão prejudicial ao mérito, como desemprego posterior, mudança de guarda, credor que passe a trabalhar etc.

11 *RJTJSP* 62/33. CAHALI, Yussef Said. *Op. cit.*, p. 868.

12 Não merece censura a decisão que ordena a remessa de autos para que sua tramitação tenha curso perante o Juízo que despachou em primeiro lugar, se presente estiver a conexão, como aflora entre a ação de oferta e a de alimentos. *AgRgAGI* 701.896, TJDF, Ac. 88.698, 5.ª Turma Cível, 26.08.1996, Rel. Des. *Romão Oliveira*.

13 Ainda que o primeiro despacho limite-se a determinar a manifestação do Ministério Público, já leva a prevenção deste Juízo, mesmo se a liminar venha a ser proferida posteriormente a outra

Daí, embora eventualmente existentes dois valores distintos fixados em decisões liminares diversas, deverá prevalecer o arbitramento provisório proferido pelo Juízo prevento, a quem se prorroga a competência para a segunda ação, sem prejuízo, naturalmente, da revisão do valor diante dos novos elementos trazidos aos autos.

E haverá conexão, com reunião dos processos, mesmo que a ação de alimentos tenha sido proposta, por exemplo, pela mulher e filhos, e a oferta apenas em favor dos filhos, ou da mulher. A identidade total das partes não é requisito para o reconhecimento da conexão, sendo exigido apenas que seja comum o objeto ou a causa de pedir.¹⁴

Embora seja tranqüila a orientação admitindo a ocorrência de conexão, tanto pela doutrina como pela jurisprudência, sempre se verificando na prática forense a reunião das ações com julgamento conjunto estabelecendo o valor da pensão, temos para nós que, tecnicamente, a hipótese indica, de forma clara e irrefutável, a ocorrência de litispendência, a impor a extinção de uma das ações, uma vez existindo identidade de partes, causa de pedir e pedido, este último considerado sempre como de arbitramento de pensão, tanto na oferta como na reclamação de alimentos. E, pelos efeitos da litispendência, a questão de existência de duplicidade de liminares contrárias entre si fica solucionada em razão da extinção de um dos processos, prejudicando a decisão interlocutória aí proferida.

Mas este rigor técnico sucumbe aos benefícios práticos de se julgar ambas as demandas através de pronunciamento simultâneo e conjunto, evitando-se,

deferida em diverso processo, mas que apenas mereceu o primeiro despacho em data posterior, ressaltando não ser tranqüila a matéria. Convém registrar a polêmica entre os processualistas a respeito da aparente contradição entre esta regra do artigo 106 e a contida nos artigos 219 e 263 do CPC, indicando, estas últimas, a prevenção do Juízo que primeiro determinar a citação do réu. Pela orientação predominante, harmonizam-se os dispositivos, uma vez se tratar o primeiro de competência de Juízo, e o segundo, de foro, ou seja, entre varas com a mesma competência territorial, prevalece a regra do artigo 106, e, tratando-se de juízos concorrentes de diferentes foros, aplica-se o artigo 219 para determinar a prevenção (existindo, entretanto, doutrina e jurisprudência em sentido diverso, ressaltando que só o despacho positivo determinando a citação, mesmo na hipótese do artigo 106, é que induz à prevenção). Em se tratando de ação de alimentos concorrendo com oferta, a questão tem maior significado, pois na maioria das vezes o primeiro despacho não é determinando a citação, mas reclamando a manifestação do Ministério Público. E para evitar polêmica, indica-se o redobrado esforço do advogado em não apenas contentar-se com o primeiro despacho em sua ação, mas também buscar obter com primazia a decisão liminar e determinação de citação.

14 Na hipótese de reunião de processos, mas com uma das partes distinta, eventual liminar a ela deferida não fica prejudicada pela outra deferida aos demais, ainda que venham a ser reunidos os processos no Juízo que não o prolator da decisão.

inclusive, prejuízo à parte que na maioria das vezes é privada de decisão rápida pela falha na estrutura do Judiciário, não por desídia de seu advogado.

Assim, mesmo convictos da ocorrência de litispendência, salvo se as partes forem distintas, curvamo-nos à harmônica orientação de tratar a situação como conexão, reunindo-se os processos para julgamento conjunto.

Outra questão que surge é a possibilidade de oferecimento da pensão pelo cônjuge mesmo se, em processo de separação judicial (pendente ou futuro), estiver buscando a exoneração da obrigação pela culpa do outro.

Aparentemente contraditória a atuação.

Entretanto, só com a decretação judicial da responsabilidade pela separação é que fica o culpado privado dos alimentos (art. 19 da Lei 6.515/77). Até então, a obrigação de sustento entre os cônjuges perdura, sempre em função do binômio necessidade/possibilidade.

Assim, inexistindo previsão de oferecimento da pensão através de procedimento cautelar vinculado à sorte do processo principal, embora aparentemente contraditório ao pedido de separação judicial com culpa para desobrigação alimentar, outro não poderá ser o caminho ao cônjuge, cauteloso em evitar o risco de sofrer uma liminar obtida pelo outro em valor além de suas condições financeiras, que não a oferta de alimentos com base no referido artigo 24.

Aqui a pensão fixada, liminar ou definitivamente, prevalecerá até a eventual decretação da separação com culpa, cuja expectativa se tem, acompanhada da inerente desobrigação alimentar.

E será, em nosso entender, automática a exoneração da obrigação, mesmo existindo o pronunciamento judicial fixando a pensão, dispensando ação própria para tanto, em razão da decretação da responsabilidade no processo de separação judicial.

Após esta análise sobre as características gerais e peculiaridades da oferta de alimentos, trazemos a reflexão sobre a utilização deste meio processual não com os fins nobres que levaram o legislador a prevê-la, com o objetivo de proteger a pessoa necessitada.

Em matéria de pensão alimentícia, a polêmica é sempre a mesma – o devedor quer pagar o menos possível, ainda que o valor não seja o ideal para cobrir as despesas básicas do alimentado, pois, sendo beneficiária ou, ao menos, administradora do dinheiro, a ex-esposa, o marido desconfia que a destinação não será para as necessidades, mas para gastos supérfluos. De outra parte, quem recebe busca não se limitar a uma pensão de valor irrisório, restrito, mas que ofereça garantia de suportar as sempre presentes despesas extraordinárias, aproximando, o quanto possível, ao que o devedor arca-va quando harmônica a convivência.

Esta é a realidade e, diante deste quadro, a prática forense nos tem demonstrado que esta ação, infelizmente, nem sempre é proposta com a intenção de cumprir a obrigação em benefício do credor necessitado, ou para evitar-se o risco de uma pretensão exagerada do credor obtida pela sua iniciativa em reclamar alimentos provisórios ou provisionais.

Na maioria das vezes, representa, sim, fruto de um espírito emulatório da parte, uma manobra do devedor não para cumprir a obrigação, mas, ao contrário, para furtar-se da obrigação de sustento, pois o que na prática acontece é a fixação nos limites oferecidos, com base nos elementos unilateralmente trazidos, e, embora garantida a defesa posterior, a demora na decisão final por vezes leva a prevalecer a liminar obtida, impondo meses de privação ao credor necessitado.

Cabe, pois, aos advogados, cuidar, com extremada atenção, para que a ação atenda à sua finalidade nobre, digna, coibindo abusos ou manobras, utilizando da insistência em destacar os elementos identificadores deste comportamento (estranho ao objeto central da controvérsia – *valor da pensão*), até mesmo para eventual condenação do ofertante em litigância de má-fé, com os ônus daí decorrentes.

E, em processo por nós patrocinado em favor do menor alimentando, esta condenação foi obtida, pelos elementos constantes dos autos, tendo-se assim consignado na ementa:

“Litigância de má-fé – Infração do dever da verdade – Caracterização – Ação de oferta de alimentos – Autor que, contra a exuberância da prova, insiste em negar, no recurso, a sua ostensiva e elevada capacidade econômico-financeira. Pena e indenização impostas de ofício. Aplicação dos artigos 14, I, 17, II e 18, *caput* e § 2.º, do CPC. Além de prejudicar a parte contrária, ofende a dignidade da Corte e a alta função pública do processo insistir o autor de ação de oferta de alimentos em negar, contra a exuberância da prova, sua ostensiva e elevada capacidade econômico-financeira.”¹⁵

Neste acórdão, ainda, confirma-se a possibilidade de fixação do *quantum* em valor superior ao ofertado, sem tornar a decisão *infra* ou *ultra petita*, impondo, ademais, condenação do autor-ofertante ao ônus total da sucumbência, em razão da expressiva diferença entre o valor ofertado e o da condenação.

15 AC 091.168-4, TJSP, 2.ª Câm. de Direito Privado, Rel. Des. Cezar Peluso, 23.02.1999.

A COISA JULGADA E A INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE CUMULADA COM ALIMENTOS

Sônia Maria Rabello Doxsey

Chefe do Departamento de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo
Professora de Direito de Família da UFES
Pós-Graduada em Processo Civil pela UFES

*“E o Homem é o que é, porque sabe,
mais do que os outros animais, corrigir-se.”*
Pontes de Miranda

Que me perdoem os processualistas, que me agasalhe a Constituição Federal e que Deus me proteja e dê coragem para aqui defender o direito *imprescritível, indisponível, incondicionado e sobretudo irrestrito* de um cidadão ou cidadã deste país acionar o Judiciário para, mesmo que rompendo dogmas, *buscar a sua paternidade e ou maternidade reais*.

A despeito da proteção constitucional à coisa julgada, incluída no inciso XXVI do artigo 5.º da Carta Magna de 88 como direito e garantia individual, antes já constante da Lei de Introdução ao Código Civil, no § 3.º do artigo 6.º do Dec.-lei 4657/42, e de todas as normas processuais constantes da Seção II, Capítulo VIII, entre os artigos 467 e 474 do Código de Processo Civil, o direito à dignidade da pessoa humana, que certamente inclui a busca *sem restrições de sua identidade pessoal*, deve ser encarado como direito constitucional de tutela da pessoa humana, e ainda como direito incondicionado e irrestrito à isonomia entre os filhos de qualquer origem, também protegida pela Lei Maior.

Nesta perspectiva, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), assimilando o mandamento constitucional, deixou expresso no seu artigo 27:

“O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça.”

O princípio da *livre investigação* vem merecendo algumas manifestações de juristas, que o entendem, a despeito da abrangência do Estatuto, também estendido a todos os filhos.

Assim expõe *Marco Aurélio S. Viana* em sua obra:

“A norma contida no art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente permite que a ação seja manejada sem restrições. Como a lei se dirige à criança e ao adolescente, em princípio somente eles se poderiam valer da abertura da Lei. Não nos parece, contudo, que se deva restringir a tutela legal, afastando-a daqueles que já venceram a infância ou a adolescência. Não se justifica o tratamento desigual, inexistindo fator de discriminação que autorize, desigualar. A expressão utilizada pelo Estatuto – *sem qualquer restrição* – e a imprescritibilidade do direito ao reconhecimento da paternidade, autorizam a admitir que o direito é amplo, não se perdendo em limite de idade.”

O conhecido jurista do Rio Grande do Sul e Professor *Rolf Madaleno*, ao escrever sobre o dano moral na investigação de paternidade, assim comentou a relevante questão:

“Impõe-se a interrogativa para saber se o repúdio paterno ao reconhecimento do filho, cerceando-lhe voluntariamente o direito inerente à sua identidade pessoal, representada pelo uso do nome de seu pai biológico, complemento da sua qualificação social, configura um dano moral, pois que, sem sombra de dúvida, presente sempre o dano material, perfeitamente aferível pelos prejuízos que se registram pela negativa das oportunidades materiais que os pais devem colocar ao dispor dos filhos, atentos que devem estar ao amparo e à educação da prole.

O direito à identidade pessoal, ao uso do nome, está associado à dignidade e à reputação social do filho não registrado. O pai que recusa o reconhecimento espontâneo do filho, com este ilícito, se opõe à felicidade do rebento, atinge e lesiona um direito subjetivo do menor, juridicamente resguardado e que é violado pela atitude reticente do reconhecimento, impedindo que o descendente conte com o seu apelido paterno; desconsiderando criança no âmbito de suas relações, e, assim, criando-lhe inegáveis carências afetivas, traumas e agravos morais que crescem na gravidade, no rastro do

próprio desenvolvimento mental, físico e social do filho que padece com a antijuricidade do injusto repúdio público que lhe faz o pai ao lhe negar o nome, a sua identidade, o atributo da sua personalidade.

São valores impostergáveis que formam a coluna espiritual da pessoa; ela depende desta estrutura familiar, que diz *Rodrigo da Cunha Pereira* existe antes e acima do Direito, ‘para que o indivíduo possa, inclusive, existir como cidadão e trabalhar na construção de si mesmo e das relações interpessoais e sociais’ (...).”

Mesmo os doutrinadores menos liberais, ao interpretar o inciso XXXVI do artigo 5.º da Constituição Federal de 1988, como o fizeram *Yves Gandra Martins* e *Celso Ribeiro Bastos*, ao analisar as exceções à coisa julgada assim trataram a matéria:

“Do ângulo Constitucional há dois pontos a observar-se : a própria Lei das Leis refere-se a ações rescisórias ao cuidar das competências dos Tribunais. Ora, se a própria Constituição Federal prevê a competência para o julgamento deste tipo de ação é porque ela não a considera ofensiva da coisa julgada.”

Prosseguem:

“De outro lado o Texto Constitucional assegura a coisa julgada contra atentados que possa sofrer, inclusive provindos da própria lei. Mas ela não afirma que toda decisão com trânsito em julgado constitui coisa julgada. Isto faz com que necessariamente caiba à lei, à doutrina e à própria jurisprudência o dirimirem em cada caso concreto se há ou não coisa julgada. A nossa própria legislação é relativamente rica em casos de decisões judiciais que não produzem coisa julgada ou a produzem segundo o desdobramento da lide, vale dizer: segundo o resultado da demanda. A lei regulamentadora da Ação Popular é paradigmática (...).”

Dizem mais adiante:

“Se é certo, portanto, que a coisa julgada é uma garantia importante a proteger as situações já consolidadas no passado, o certo é que ela tem de amoldar-se a imperativos outros, resultantes de circuns-

tâncias em que há razões mais fortes a serem feitas valer do que a mera imutabilidade do já decidido.

Um outro ponto importante, ainda, diz respeito ao S.P. a 988 seguinte: toda coisa julgada tem de certa forma implícita a manutenção das condições de fato ou de direito sob as quais foi produzida. Em outras palavras: a coisa julgada não é um meio de se reforçarem direitos pelo mero fato de eles já terem recebido o beneplácito do Poder Judiciário (...).”

Concluem os doutrinadores após citarem alguns exemplos de exceção à coisa julgada no Direito Público: “Vê-se assim, que a coisa julgada há de ceder toda vez que contra ela sobrelevem razões mais altas e princípios de maior alcance.”¹

E aqui vai a nossa primeira reflexão: haverá razão mais nobre que o direito à filiação com direitos de plena igualdade, como prega o texto constitucional, que prioriza a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental do próprio Estado?

Quid o princípio da proporcionalidade e razoabilidade das normas jurídicas para que o julgador aplique aquela que mais se ajuste à preservação da dignidade do(a) cidadão(ã)?

João Francisco Moreira Viegas (1994) tirou conclusões sobre o tema, dentre as quais transcrevemos de forma simplificada:

“Mesmo que arquivado, devido à insuficiência de provas, poderá o procedimento ser reaberto. Havendo novas provas, o despacho de arquivamento não se constituirá em obstáculo à reabertura do procedimento averiguatório e tampouco à propositura da ação.”²

O Professor *Flávio Luís de Oliveira*, em seu artigo *A antecipação de tutela na ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos*, discorre com propriedade:

“Logo, o juiz não poderá atuar apenas como prolator da lei, tampouco negar as mudanças ocorridas no ordenamento jurídico

1 MARTINS, Yves Gandra; BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição Federal*. São Paulo: Saraiva, 1988, v. 2.

2 PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

que acabam por traduzir as mutações sociais, verdadeiras fontes materiais do direito.

Além disso, em relação ao parentesco, a sentença transitada em julgado, ou seja, a ‘certeza’, em alguns casos, pode caracterizar aquilo que não é certo, e, por consequência, ser desfeita via ação rescisória, nos termos do art. 485 e 495 do Código de Processo Civil.

Desta feita, arremata *Larenz*, ‘em outras palavras, a ponderação de bens dever ser feita no caso concreto, uma vez que não existe uma ordem hierárquica de todos os bens e valores jurídicos em que possa ler-se o resultado como uma tabela’.”

Em *Comentários ao Código de Processo Civil*, de *Pontes de Miranda*, com a atualização legislativa de *Sérgio Bermudes*, o grande mestre, ao citar o artigo 466 do Código de Processo Civil, comentou:

“O Estado prometeu a tutela jurídica. Diante do exercício da pretensão à tutela jurídica, prestou o que prometera, porém não foi ao excesso de dizer que nunca erraria. Tanto assim é que, além de admitir os recursos, permite, após o trânsito em julgado, a ação rescisória e a ação de revisão criminal.”

Mais recentemente a Desembargadora *Maria Berenice Dias*, do Rio Grande do Sul, em pertinente artigo publicado na primeira *Revista Brasileira de Direito de Família do IBDFAM* (Síntese, 1999) ousou abordar o instigante tema *investigação de paternidade, prova e ausência de coisa julgada material*, amparando-se nas mesmas argumentações humanitárias quanto à proteção à família e ao estado de filiação, sem perder de vista o debate processual de inexistência de coisa julgada, que para a articuladora seria óbice do acesso ao Judiciário perante a impossibilidade ou dificuldade probatória, descabendo juízo de improcedência a cristalizar-se em coisa julgada. Em tais hipóteses a sentença, quando muito, seria de natureza terminativa, permitindo nova postulação, para o que a Professora, assim como esta expositora, considera “a identificação da verdade no estabelecimento do vínculo mais caro ao ser humano”.

Na mesma revista, *Paulo Luiz Netto Lobo*, jurista alagoano, em *Jurisprudência comentada*, com extrema proficiência apresenta e estuda a questão em *O exame de DNA e o princípio da dignidade da pessoa humana*. Enfrenta dentre outros o tema da colisão de princípios constitucionais como o da dignidade da pessoa e o princípio da legalidade.

Aliás, a mesma publicação é pródiga na discussão do tema que me coube, trazendo, inclusive, um projeto de Lei 27 do Senado, de autoria do Senador *Bernardo Cabral*, no qual a coisa julgada é implicitamente afastada no acrescentado § 1.º do artigo 344 do Código Civil, com a seguinte redação:

“Admite-se a prova científica ao vencido em ação investigatória anterior se, por inexistir naquela oportunidade, deixou de ser produzida.”

O Dr. *Jorge Luis Costa Beber*, Juiz de Direito da Comarca de Criciúma, SC, em seu artigo *Ação negatória de paternidade aforada por pai registral ou reconhecido judicialmente*, enfrenta a matéria com propriedade, ao comentar o julgamento oriundo do STJ.³

“O Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do Recurso Especial 107.248, figurando como Relator o Ministro *Carlos Alberto Menezes Direito*, por unanimidade de votos, decidiu que, julgada a ação de investigação, reconhecendo a paternidade, não poderá o posterior exame pelo Sistema DNA reabrir a questão, através de uma ação declaratória negativa, mesmo que o respectivo laudo científico demonstre a falsidade biológica da paternidade judicialmente declarada.

Sob o aspecto ortodoxo, diga-se, meramente processual, outra não poderia ser a decisão prolatada. As decisões judiciais, salvante as situações admitidas pela via rescisória e aquelas que não fazem coisa julgada material, devem ser tidas como imutáveis, sob pena de nefasta insegurança dos jurisdicionados e fragilização do próprio Poder Judiciário.

Ora, mas se via de regra a prova nas ações deste jaez é sempre indireta, circunstancial e indiciária, despida de excessivo rigor, calca numa certeza relativa e não numa verdade absoluta, não se pode descartar a possibilidade de equívocos, com o reconhecimento de uma verdade jurídica em detrimento de uma verdade biológica.

Não obstante já obtido o selo da coisa julgada, não me parece que aquela primitiva decisão deva permanecer incólume, pois não se pode conceber que as normas adjetivas se sobreponham à justa

3 REsp. 107.248/GO, 3.ª T., Rel. Min. C. A. Menezes Direito, DJU 29.06.1998.

dição do Direito, que não pode ser contra os fatos, marchando na contramão da ciência.

Haveria verdadeira Justiça na hipótese suso referida? Seria moralmente aceitável compelir alguém a pagar alimentos e dividir seus bens em favor de alguém cuja paternidade cientificamente foi excluída? Como compreender esta espécie de paternidade, cuja concepção não ocorreu por força de um ato sexual, mas através de 'coisa julgada'?

Não tenho o menor receio em afirmar que também nesta hipótese, assim como em tantas outras ojerizadas no passado pelo legislador civil (divórcio, concubinato, igualdade de filiação, emancipação da mulher e paridade dos cônjuges), impõe-se a urgente adaptação do Direito de Família aos avanços da ciência genética.

Se não existe exceção na regra que orienta a coisa julgada, salvante nas hipóteses já referidas (ação rescisória e sentenças de natureza formal), então deve ser ela criada através de legislação específica, reconhecendo a prova genética como absoluta nas ações declaratórias, positivas ou negativas, de paternidade ou maternidade, independentemente do trânsito da primitiva decisão, sendo tal comprovação isenta de qualquer prazo.

Não se está proclamando a falência do instituto da coisa julgada. Longe disto. Todavia, não se pode desconsiderar que a demanda declaratória, positiva ou negativa, para apuração da paternidade ou maternidade, ostenta uma singularidade inexistente em qualquer outra espécie de ação. É que, inegavelmente, somente nela (ação perquiritória), diante dos avanços científicos alcançados, é possível reconhecer a certeza absoluta da prova, sem margem de erros, como uma equação matemática, cujo resultado não poderá ser desprezado pelo julgador.

O juiz, como se sabe, não deve subserviência à lei, àquelas que se lhe afiguram injustas, incidindo, no particular, o pensamento de Viktor Cathrein, expoente da concepção tomista do Direito Natural, para quem o conteúdo moral da norma de Direito é essencial, não podendo ela (a lei) prevalecer contra o valor ético apenas e tão-somente por razões de vigência técnico-normativas ou injunções fáticas. Daí as ponderações que realizou sobre a ação do juiz: 'Se a justiça da lei é apenas duvidosa, o juiz pode, em regra, decidir segundo a lei; se, ao contrário, a injustiça da lei é manifesta, não

pode cooperar em sua execução. A ordem jurídica natural constitui o limite intransponível da ordem positiva.’”

São várias as situações que merecem mais profunda análise e alteração ou adequação legislativa no direito material e processual, desafiando a exceção da aplicação da coisa julgada, dentre as quais menciono:

1. A improcedência do pedido investigatório em filiação adulterina, quando formulado *incidentur tantum* antes da Constituição Federal de 1988, durante vigência do artigo 358 do Código Civil.
2. A improcedência do pedido por julgamento anterior à disponibilidade da prova científica pelo método DNA ou outro similar.
3. A ação ajuizada pela representante ou assistente legal do investigante resultando em sucumbência e nova ação proposta pelo próprio interessado após a maioridade. Ora, se o Código Civil, no seu artigo 362, permite ao filho impugnar o reconhecimento anterior da paternidade até 4 (quatro) anos após atingir a maioridade civil, porque não impugnar decisões judiciais em processos de que não participou pessoalmente?
4. A impossibilidade financeira de o(a) autor(a) arcar com o ônus da prova científica, ensejando decisão desfavorável, confirmada em última instância pelo Tribunal que não reexamina prova.
5. Recusa do investigado em se submeter ao exame científico e provas julgadas insuficientes para estabelecer a filiação. Decisão desfavorável que transitou em julgado.
6. A investigatória não declarada judicialmente, por sucumbência do (a) investigante após exame científico que não reconheceu a paternidade.

SUPORTE JURISPRUDENCIAL

Acórdão:

1. “*Investigação de paternidade – Coisa julgada.*

O art. 469, inc. III, do CPC é de uma clareza meridiana ao instituir que não faz coisa julgada a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo. Moacyr Amaral Santos, *in Comentários ao Código de Processo Civil*. 7. ed., Forense, 1994, v. IV, p. 442, ao comentar o apreciado artigo, ensina: ‘Num sentido restrito, mais técnico, questões prejudiciais são

pontos de direito material, controvertidos, que, além de serem antecedentes lógicos da sentença, poderiam constituir objeto de uma ação autônoma. Assim, o *jus in re*, contestado pelo réu, na ação de investigação de reivindicação; a relação de parentesco, negada pelo réu, na ação de alimentos; a relação de locação, contestada pelo réu, na ação de cobrança de alugueres; a afirmação, pelo réu, da existência do direito alegado pelo autor etc. A resolução de tais questões como motivos da decisão final, isto é, com o fim de fundamentá-las, não incide em coisa julgada.⁴ Na ação de alimentos anteriormente ajuizada pelo ora agravado, a paternidade só iria ser declarada *incidenter tantum*, para fins de alimentos a filho adulterino. A resolução de tal questão como motivo da decisão final de improcedência da ação de alimentos, ou seja, o fundamento de tal improcedência baseado na questão prejudicial – paternidade – não incide em coisa julgada. Tanto é assim que a questão prejudicial, *incidenter tantum*, poderia constituir objeto de uma ação autônoma, não fosse a restrição legal, revogada com a nova Constituição Federal, que veda qualquer discriminação entre os filhos. Vedada qualquer discriminação, e não fazendo coisa julgada a análise da questão prejudicial – paternidade – quando do julgamento da ação de alimentos, bem andou o Julgador singular ao afastar a preliminar suscitada pelo ora agravante, de coisa julgada. Tanto é assim que na própria sentença prolatada na ação de alimentos constou que, não obstante o julgamento de improcedência, “tal circunstância não obsta a propositura de eventual ação de investigação de paternidade, com a realização de prova pericial.”⁴

2. “Investigação de paternidade cumulada com alimentos – Fixação destes em patamar diverso do pedido inicial – Julgamento extra e ultra petita não caracterizados.

Em sede de alimentos o juiz dispõe de um razoável arbítrio para fixá-los, não constituindo julgamento *extra* ou *ultra petita* se adotado critério distinto ou mesmo valor superior ao pedido inicial, desde que circunscrito à necessidade do alimentado e à possibilidade do alimentante, até porque a decisão não faz coisa julgada material (votação unânime).²⁵

3. a) 13927 – “Ação de negativa de paternidade – Exame pelo DNA posterior ao processo de investigação de paternidade – Coisa julgada – CPC, artigos 468 e 474.

4 TJ/RS – Ac. unân. da 8.ª Câm. Cível, Al. 595.025.511 – Rel. Des. Eliseu Torres.

5 ApCiv 99.001552-1, 2.ª Câm. Cível, Tubarão/SC, j. 20.05.1999, Rel. Des. Vanderlei Romer.

Seria terrificante para o exercício da jurisdição que fosse abandonada a regra absoluta da coisa julgada que confere ao processo judicial força para garantir a convivência social, diminuindo os conflitos existentes. Se, fora dos casos nos quais a própria lei retira a força da coisa julgada, pudesse o Magistrado abrir as comportas dos feitos já julgados para rever as decisões, não haveria como vencer o caos social que se instalaria. A regra do artigo 468 do CPC é libertadora.

Ela assegura que o exercício da jurisdição completa-se como o último julgado, pelas amplas possibilidades recursais e, até mesmo, pela abertura da via rescisória naqueles casos precisos que estão elencados no artigo 485. Assim, a existência de um exame de DNA posterior ao feito já julgado, com decisão transitada em julgado, reconhecendo a paternidade, não tem o condão de reabrir a questão com uma declaratória para negar a paternidade, sendo certo que o julgado está coberto pela certeza jurídica conferida pela coisa julgada.”⁶

Concluimos com o entendimento jurisprudencial que sintetiza o nosso sentimento renovador sobre a angustiosa matéria e a nossa preocupação com a preservação da dignidade da pessoa humana, tão bem traduzidos abaixo:

b) 13383 – “Investigação de paternidade – Coisa julgada – Registro público. A busca da verdade há de se confundir com a busca da evolução humana, sem pejo e sem preconceitos. Não tem sentido que as decisões judiciais possam ainda fazer do quadrado, redondo, e do branco, preto.

Nesse descortino, a evolução dos recursos científicos colocados à disposição justificam a possibilidade de se rediscutir a paternidade, pois ilógica toda uma seqüência de parentesco e sucessão com origem sujeita a questionamentos. Por outro lado, imperativo que os registros públicos traduzam a efetiva realidade das coisas, sempre havendo tempo e infindáveis razões para que a verdade prevaleça ou seja restabelecida. A ‘coisa julgada’ não pode servir para coroar o engodo e a mentira. O caráter de imprescritibilidade e de indisponibilidade da investigatória revela-se incompatível com qualquer restrição decorrente da coisa julgada. O interesse público, no caso, prevalece em face do interesse particular ou da estabilidade das decisões judiciais.”⁷

6 STJ – REsp. 107.248/GO – 3.ª T., Rel. Min. C. A. Menezes Direito, DJU 29.06.1998.

7 TJ/DF – AC 46.400 – Reg. Ac. 103.959 – 1.ª T., Rel. Des. Valter Xavier, DJU 22.04.1998.

Temário V

**POLÍTICA LEGISLATIVA:
AS PERSPECTIVAS DE DIREITO DE FAMÍLIA
E AS NOVAS TEORIAS**

PARTILHA CONTENCIOSA

Juliana Gontijo

Advogada militante, especialista em Direito Civil pela UFMG
Professora dos Cursos A. Carvalho e *Praetorium*
voltados para cursos jurídicos e atualização

Sumário

1. Introdução. 2. Aspectos processuais. 3. Algumas questões que envolvem a partilha. 3.1. Imóvel financiado. 3.2. Compra de imóvel anterior e registro posterior ao casamento. 3.3. Da prestação de contas entre cônjuges. 3.4. Da possibilidade de rendimento/aluguel relativamente aos bens comuns enquanto não efetivada a partilha. 4. Perspectivas legislativas: o Projeto de Código Civil. 5. Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

Foi com muita honra que recebi a distinção do convite para participar do II Congresso de Direito de Família e, diante do elevadíssimo nível dos palestrantes, não creio ter sido prudente aceitar a responsabilidade que parece estar acima de minhas possibilidades.

O tema que nos foi conferido é o da *disregard no Direito de Família e a partilha contenciosa*.

O Professor *Rolf Madaleno* e eu dividimos os trabalhos, cabendo a ele abordar a *Disregard no Direito de Família*, enquanto a minha exposição foi relativa à *partilha contenciosa* em si.

Por ser o tema extremamente extenso, sem qualquer pretensão magisterial, mas me reconhecendo como esforçada aprendiz do Direito de Família, dividi a abordagem do tema da seguinte forma:

- a) um exame genérico do processo de partilha em si, na separação e no divórcio direto, aplicáveis supletivamente à união estável;

- b) exame de algumas questões que mais têm atormentado a prática forense no curso dos inventários decorrentes de dissolução de sociedade conjugal (aplicáveis às uniões estáveis e sociedades de fato), como:
- os bens adquiridos através de financiamento antes do casamento pelo regime da comunhão parcial, quando então parte do preço se dá na constância da convivência;
 - contrato de compra e venda de imóvel feito antes do casamento e a transcrição no registro imobiliário na vigência do matrimônio;
 - prestação de contas entre cônjuges;
 - possibilidade de cobrança de rendimento, a título de aluguel do cônjuge desaposado dos bens comuns contra aquele que está na posse e administração.
- c) por fim, uma rápida análise das perspectivas legislativas que envolvem ou têm efeito na partilha, como as inovações previstas para o regime de bens no Projeto do Novo Código Civil.

2 ASPECTOS PROCESSUAIS

1. O casamento importa, além das relações pessoais, também as relações patrimoniais entre os cônjuges, estas disciplinadas pelo regime de bens.

Carlos Iruzubieta diz que a razão da criação do sistema de organização patrimonial do matrimônio está no fato de se tratar de uma sociedade, ou seja, uma comunidade de pessoas que, criada, precisa fazer frente à sua própria subsistência, cotidianamente dando lugar à criação, modificação e extinção permanente de direitos e obrigações, tanto entre o casal como em relação a terceiros. Como esta sociedade conjugal que dá existência a uma família necessita realizar gastos e aquisições, também precisa produzir bens e economias, fruto do trabalho pessoal de seus sócios afetivos.¹

2. Se o regime de bens de opção dos cônjuges for o da comunhão parcial ou universal, durante o casamento poderá se formar uma massa de bens comuns. Estes bens que integram o patrimônio comum pertencerão em sociedade especial a ambos os cônjuges, em cota-parte ideal, sem que se possa identificar, na constância do casamento, exatamente quais os bens que

1 MADALENO, Rolf. *A disregard e a sua efetivação no juízo de família*. Livraria do Advogado, 1999, p. 24.

pertencem individualmente a cada um dos cônjuges. O que caracteriza o regime é a comunhão na propriedade indivisa. Os cônjuges, nesse regime, têm os bens, não por metades ideais, mas formando eles próprios uma unidade. Os bens pertencem à comunhão dos cônjuges, “à sociedade conjugal e não propriamente a eles” (Pontes de Miranda, *Tratado de direito de família* II/251). Trata-se de uma mancomunhão, de um patrimônio de mão fechada, instituto de origem germânica, e não de um condomínio *pro indiviso* e por partes ideais, de tradição romana.”²

Zeno Veloso diz que:

“Estabelece-se entre os cônjuges um condomínio, valendo alertar que se trata de um condomínio especial, peculiar, decorrente do regime matrimonial de bens, e diverso, em sua origem, conteúdo e efeitos, do condomínio que resulta do Direito das Coisas. Embora condôminos, nenhum cônjuge pode dispor de sua fração ideal, nem requerer a divisão dos bens que integram o patrimônio comum, não se aplicando os arts. 623, III, e 629, *caput*, do Código Civil.”³

3. Uma vez decretada a separação judicial ou o divórcio direto, cessará o regime de bens (art. 3.º, LD) e, conseqüentemente, deverá ser feita a partilha destes bens comuns entre os cônjuges (art. 7.º, LD), de forma a identificar o quinhão de cada um. Não se menciona aqui o divórcio por conversão, uma vez que a partilha na separação é condição *sine qua non* para aquele (art. 31 da LD). Em princípio, as mesmas regras para a partilha contenciosa dos bens comuns decorrente de dissolução de casamento aplicar-se-ão à partilha decorrente de dissolução de união estável.

A partilha pode ser feita por proposta dos cônjuges, homologada pelo Juiz ou por este decidida (art. 7.º, § 2.º, da LD).

4. Podemos dizer que tanto o processo de separação quanto o de divórcio se dividem em duas fases: na primeira delas, se discute tão-somente se estão preenchidos os requisitos e condições para decretação da dissolução da sociedade conjugal e do casamento. Só depois de resolvida esta primeira parte terá início o procedimento de partilha.

2 PHILADELPHO, Azevedo. *Um triênio de judicatura*, I, n. 143, p. 347.

3 VELOSO, Zeno. Regimes matrimoniais de bens. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de família contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 136.

Mesmo que tenha havido discussão sobre determinado bem ser comum ou não, a sentença que decreta a separação não pode resolver a partilha, segundo interpretação do próprio STJ⁴ e outros tribunais da Federação⁵ em atendimento ao artigo 1.121, parágrafo único, do Código de Processo Civil: “Se os cônjuges não acordarem sobre a partilha dos bens, far-se-á esta, depois de homologada a separação consensual, na forma estabelecida neste Livro, Título I, Capítulo IV.”

Da mesma forma, no divórcio direto, quando não há convenção sobre a partilha, esta é relegada para depois, nos termos da Súmula 197: “O divórcio direto pode ser concedido sem que haja prévia partilha dos bens.”

O mesmo raciocínio se aplicará às uniões estáveis, de maneira que numa primeira fase se apurará se existiu ou não a união estável, estabelecendo termo inicial e final, para depois se iniciar a partilha dos aqüestos, com instauração de liquidação por artigos, se necessário, para definir quais são os bens comuns.

No entanto, não se justifica que, havendo possibilidade de definir a partilha desde logo, ou pelo menos delimitar quais os bens que deverão ser partilhados, se deixe de decidir a matéria para remetê-la para juízo sucessivo. Muitas vezes, como o processo de separação e o divórcio direto têm procedimento ordinário, as partes debateram e fizeram provas de que tal ou qual bem não é do casal, e o Magistrado tem condições de determinar que seja ou não também partilhado, com o que seria negar a prestação jurisdicional deixar de decidir a questão para relegá-la para o inventário.

5. Desde que não houve partilha amigável sujeita a simples homologação, a jurisprudência remarca o caráter contencioso do inventário e da partilha judicial: a partilha é, por sua natureza, um processo contencioso, em que

4 “Separação judicial – Partilha – Divergência. Inexistindo consenso entre os cônjuges sobre a partilha dos bens, ainda não avaliados, aplica-se a regra do artigo 1.121 do Código de Processo Civil. Recurso conhecido em parte e provido para excluir da sentença a partilha dos bens (...).” “2. – A partilha dos bens não poderia ter sido objeto do julgamento da ação de separação, pois sobre a repartição os cônjuges não haviam chegado a um consenso, nem o patrimônio fora devidamente avaliado. Nesse caso, impunha-se adotar o procedimento recomendado pelo artigo 1.121 do CPC. É certo que tal disposição está no capítulo reservado à separação consensual, mas é “intuitivo que idêntica norma terá de ser seguida, como tem sido, em se tratando de inventário decorrente de separação judicial (...).” (STJ, 4.^a T., REsp. 46.626-1/PI, Rel. Min. *Ruy Rosado de Aguiar*, v. u., j. 30.08.1994).

5 “Dissentindo as partes quanto à partilha de bens, deve ser reformada a sentença de separação que a contemplou, para que seja realizada nos moldes previstos nos artigos 982 e seguintes do Código de Processo Civil. 3. A condenação do cônjuge varão em 10% sobre o valor dado à ação de separação julgada em seu desfavor encontra-se em harmonia com a previsão contida no artigo 20 do CPC, devendo por isso ser mantida. Provido parcialmente por unanimidade.” (TJGO, ApCiv 3750.5.188, Rel. Des. *Jamil Pereira de Macedo*, j. 12.12.1995).

se discutem direitos privados para o fim de se lhe definir o objeto e os limites, na lição de *Pontes de Miranda*.⁶

Assim, a partilha contenciosa será resolvida em juízo sucessivo nos mesmos autos em que se decidiu a separação judicial ou o divórcio direto, já que tem caráter acessório com relação à dissolução da sociedade conjugal – sempre que houver bem a partilhar.

6. O procedimento será o de inventário, com o que, se as partes divergirem em torno da natureza, qualidade e quantidade dos bens, tornar-se-á necessária, antes do inventário, a liquidação por artigos, de acordo com as leis do processo.^{7,8} Deve o processo de execução da separação judicial limitar-se ao inventário e à partilha de bens que não envolverem questão de alta indagação.⁹

7. O inventário não pode ser aberto *ex officio*, exigindo iniciativa da parte interessada, que poderá ser até o vencido na separação ou divórcio. O inventariante será o ex-cônjuge que estiver na administração dos bens, pouco importando se é o culpado pela separação. Poderá ser nomeada terceira pessoa, quando houver acirrado litígio entre os cônjuges, com razões para desconfiança recíproca.

Só depois de separados os quinhões de cada um dos separandos é que se poderá cogitar da venda de bens que não sejam comodamente divisíveis, se não houver acordo dos cônjuges.

Até que se proceda à partilha, os ex-cônjuges permanecem como meeiros do patrimônio comum; se um deles vem a falecer, é lícito ao outro reclamar a separação de sua meação no inventário dos bens do *de cujus*.¹⁰

6 PONTES DE MIRANDA, F. C. *Comentários ao Código de Processo Civil*, XIV, p. 7.

7 CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e Separação*. 3. ed., São Paulo: RT, t. 2, p. 899.

8 “Partilha – Separação judicial – Procedimento – Bens a partilhar – Litígios e divergências – Liquidação por artigos – Aplicabilidade do princípio da economia processual. Havendo divergência e litígio entre os cônjuges em torno da natureza, qualidade e quantidade dos bens, na separação judicial, a partilha far-se-á depois de decretada a separação, na forma estabelecida no Código de Processo Civil, artigos 982 e 1.045. Todavia, antes do inventário, os bens, inclusive os já arrolados em procedimento cautelar, devem ser submetidos à prévia liquidação por artigos, quando, então, serão solucionados os alegados litígios e divergências. É que, através desse procedimento, obter-se-á, a final, a partilha, sem ofensa alguma a qualquer direito das partes, material ou processual, aplicando-se o princípio da economia processual que norteia, dentre outros, a proveitosa e útil aplicação das regras processuais” (TJMG, ApCiv 52.984-2, Rel. Des. *Rubens Xavier Ferreira*, publicado no MG, de 06.12.1996; Ementário de Jurisprudência do mês de dezembro de 1996, MG, DJ 31.12.1996).

9 CAHALI, Yussef Said. *Op. cit.*, p. 899.

10 *Idem*, p. 901.

8. Interessante questão processual surgiu recentemente para nós: estando um processo de divórcio na fase de partilha, já transitada em julgado a primeira fase em que se decidiu em definitivo pela dissolução do vínculo matrimonial, com o que no feito só estão sendo discutidas questões patrimoniais, falecendo um dos ex-cônjuges e deixando herdeiro necessário, poderá haver substituição processual? Acreditamos que sim. O direito à separação e ao divórcio em si, enquanto estado civil, envolvendo direitos pessoais, é que está circunscrito à legitimação dos cônjuges, como direito personalíssimo. No entanto, quando se discute partilha e portanto matéria estritamente patrimonial, que versa sobre direito disponível, a ponto de prevalecer entendimento de que nem sequer deve haver intervenção do Ministério Público nesta fase, não haveria justificativa para não se admitir a substituição processual. Do contrário, no inventário *causa mortis* do ex-cônjuge teria de se instaurar a mesma discussão que já estava pendente para identificar o quinhão individualizado que pertence a cada um dos ex-cônjuges.

3 ALGUMAS QUESTÕES QUE ENVOLVEM A PARTILHA

Algumas questões polêmicas surgem no processo de partilha, dificultando a sua conclusão. Aqui se fez opção por deixar de abordar os temas já analisados na brilhante exposição do Professor *Euclides de Oliveira* – até porque nada teríamos a acrescentar à sua explanação –, tais como bens reservados, doação em favor de terceiros, termo final do regime de bens (sentença da separação ou decisão cautelar), bem como os efeitos reconhecidos à separação de fato (incomunicabilidade dos bens adquiridos no seu curso), regime da separação legal de bens e a Súmula 377 do STF, dentre outros.

Assim, escolhemos as seguintes questões, que podem surgir num processo de partilha contencioso.

3.1 Imóvel financiado

Na medida em que o regime da comunhão parcial tornou-se o legal ou supletivo, surgiu forte a dúvida sobre como partilhar imóvel adquirido antes do casamento quando se fez pagamento de parte substancial do preço, e na constância do casamento foram quitadas prestações do financiamento.

Observe-se que a propriedade é adquirida antes do casamento (art. 269, I, CC), tem por título uma causa anterior ao casamento (art. 272, CC) e o pagamento das prestações consiste em liquidação de obrigação (dívida)

anterior ao casamento (art. 270, I, CC), com o que seria defensável a incomunicabilidade de todo o imóvel.

Mas este não foi o espírito do legislador e não tem sido o entendimento jurisprudencial. A tendência dos Tribunais tem sido a de determinar a partilha da parte do imóvel que foi adquirida (quitada) na constância do casamento. Eis alguns exemplos desta tendência:

“II – Dando-se o casamento sob o regime da comunhão parcial de bens, sem que tenha havido pacto antenupcial, incluem-se no patrimônio comum os bens adquiridos posteriormente (art. 266, do Código Civil). III – Embora adquirido, pelo homem, antes do casamento, imóvel com hipoteca, consideram-se patrimônio comum as prestações quitadas na constância do vínculo conjugal, pois que se presume o concurso da mulher na formação do mesmo, não se tratando, portanto, de bem reservado. IV – Para que se configure a colaboração da mulher na formação do patrimônio amealhado durante a vida em comum, é irrelevante que ela tenha exercido atividade laboral regular remunerada, pois os serviços prestados no lar, no labor doméstico e como mãe, são de valor inestimável. Por não poderem ser auferidos monetariamente, não podem ser desvalorados, sob pena de enriquecimento ilícito do homem. V – Recurso improvido” (TJDF, AC 46.501/97, Rel. Des. *Nancy Andrighi*, 16.02.1998).¹¹

“Não feriu literal disposição de lei (art. 269 do CC), e, portanto, não se mostra rescindível, ao império do inciso V do art. 485 do CPC, a sentença que, em processo de separação judicial, decretou a partilha de bem imóvel que fora objeto de contrato de promessa de compra e venda, através de mútuo habitacional firmado anteriormente ao casamento celebrado sob o regime de comunhão parcial. Configurada ficou, excepcionalmente, a comunicabilidade da dívida assumida pelo cônjuge-varão, em preparação do casamento e em proveito do casal (art. 263, VII, c/c o art. 269, IV, do CC)” (TJMG, Ação Rescisória 80.809-7, Rel. Des. *Aluizio Quintão*, 17.06.1998).¹²

“Registro de imóveis. Hipoteca. Imóvel adquirido a prestações, mediante compromisso de compra e venda anterior ao casamento. Co-

11 2.^a Turma Cível, *m.v.*, IOB 3/14.621, 1998, p. 311.

12 2.^o Grupo de Câm. Cível, *v.u.* In: *Informe Jurídico*, v. 18.

munhão em relação às prestações vencidas após o casamento. Necessidade de inventariar a parte do cônjuge falecido. Inexistência de prova de que o imóvel teria sido adquirido com recurso exclusivo do recorrente. Registro denegado. Dúvida procedente. Recurso não provido. (...) A jurisprudência, tanto do STF como do TJSP, se inclina pela comunicação dos aqüestos usando como diferenciador o esforço comum (que se presume na sociedade conjugal) na aquisição do bem; não tendo o requerente feito qualquer prova de ter pago as prestações vencidas após o casamento com recursos próprios, presume-se que o foram com recurso da comunhão e portanto essa parte do imóvel, aquela paga após o início da sociedade conjugal, se comunicou. Têm razão o Oficial, Curadores e Juiz Corregedor Permanente” (TJSP, Ap. 11.544-0, Rel. Des. *Onei Raphael*, 10.09.1990).¹³

A dificuldade prática surge na liquidação desta parte adquirida na constância do casamento: será apurada pelo valor da soma das prestações pagas ou pelo percentual de quitação no saldo devedor a que correspondeu? Isso porque, pela maior parte dos sistemas financeiros habitacionais, grande parte das prestações equivalem a juros e só ao final efetivamente se começa a abater o saldo devedor. Com isso, a soma aritmética das prestações pagas não corresponde necessariamente ao valor final e venal do imóvel que foi pago. Considero prudente aplicar-se a regra da proporcionalidade sobre o realmente quitado na constância do casamento, em vez da soma aritmética das prestações, que poderia levar a números desproporcionais à realidade.

Aliás, questão semelhante tem surgido em relação às sociedades por cotas de responsabilidade limitada. Imagine-se que o marido antes de casar possuía 100 cotas da empresa ABC equivalentes a 50% de seu capital social, que então correspondia a R\$ 1.000,00. Após 20 anos de casamento, ele continua titular das mesmas 100 cotas, na mesma correspondência de metade do capital social que agora vale R\$ 1.000.000,00. Nesta hipótese, o patrimônio pessoal do marido permaneceu o mesmo (100 cotas); foi a pessoa jurídica ABC que cresceu. Neste caso, dificilmente a mulher conseguirá alguma participação sobre o crescimento da empresa.

Numa outra hipótese, em que o marido antes de casar tivesse 200 cotas da firma 123 de Oliveira, 7 correspondendo a 20% de seu capital social,

13 Conselho Superior da Magistratura, *v.u.*, *Revista Oficial Lex*, JTJ, v. 128, p. 577.

e que no curso do casamento passou a ter 800 cotas, que agora equivalem a 80% do capital integralizado, a tendência seria a de reconhecer como comuns as 600 cotas adquiridas a título oneroso na constância do casamento e equivalentes a 60% do capital social da empresa. Neste sentido, recente decisão do STJ: “Direito de a mulher receber a metade das quotas sociais que foram acrescentadas ao patrimônio do marido depois do casamento.”¹⁴

3.2 Compra de imóvel anterior e registro posterior ao casamento

Outra questão que tem trazido discussões é a relativa ao imóvel que se adquire por promessa de compra e venda antes do casamento, quando se faz então o pagamento do preço, e a transcrição no registro de imóveis é feita já na constância do casamento.

Para *Levenhagem e Carvalho Santos*, se a pessoa prometeu comprar por escritura determinada propriedade, vindo a contrair casamento, quando vem receber a escritura definitiva, tal bem se comunica, pois embora a causa da compra seja anterior às núpcias, o título aquisitivo (art. 530, CC) foi obtido já na constância do casamento.

*Zeno Veloso*¹⁵ os critica dizendo que estão muito presos ao sentido técnico jurídico do título de aquisição. No Código a expressão está empregada como negócio que deu origem à aquisição, ato jurídico (*lato sensu*) que produz a aquisição do bem. O momento da aquisição, o fator temporal é que sobreleva para o deslinde da questão.

Basta que o título seja apto, idôneo, hábil para servir de base ou de fundamento para a futura transmissão da propriedade, e a promessa de compra e venda – que gera uma obrigação de fazer – é suficiente para tal. Aliás, tanto quanto seria a própria escritura de compra e venda, produzindo uma obrigação de dar, com eficácia, portanto, meramente obrigacional.

O compromisso de compra e venda, desde que irrevogável, e registrado no Registro de Imóveis, atribui direito real ao promitente comprador, podendo este requerer judicialmente a adjudicação compulsória, conforme tem decidido o STJ.¹⁶

14 Ac. da 4.ª T., do STJ, REsp. 234.482/SP, Rel. Min. *Ruy Rosado de Aguiar*, j. 02.12.1999, DJU 14.02.2000, p. 42, publicado na IOB 7/2000, p. 141, n. 16.613.

15 VELOSO, Zeno. Regimes matrimoniais de bens. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord). *Direito de família contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 180.

16 REsp. 9.945-SP, 4.ª T., Rel. Min. *Athos Carneiro*, DJ 30.09.1991, p. 13.492.

Nos Tribunais se tem encontrado precedentes no sentido de que prevaleceria a data da transcrição no Registro de Imóveis, conforme se vê no seguinte caso:

“Compromisso de compra e venda – Partilha – Se o título aquisitivo de propriedade do imóvel foi lavrado na constância da sociedade conjugal, deve o bem ser partilhado igualmente entre os cônjuges; o compromisso de compra e venda anterior ao casamento não impede tal partilha, pois o bem terá sido realmente adquirido quando o casal já havia casado sob o regime de comunhão parcial de bens” (TJSP, Ap. 172.940-1, 5.^a CC, Rel. Des. *Marco César*, j. 03.08.1992, m.v.).

Correta é a posição do Professor *Zeno Veloso*, pois fiel ao espírito da comunhão parcial, em que os próprios partícipes sabem que só serão sócios daquele patrimônio que formarem juntos, até porque aqui se poderia invocar o fundamento de que são incomunicáveis os bens cuja aquisição tiver por título uma causa anterior ao casamento (art. 272). Não é razoável que só o fato da posterior formalização do domínio, por si, torne comum ao casal o bem adquirido só por um.

3.3 Da prestação de contas entre cônjuges

Antes da igualdade introduzida pela Constituição Federal de 1988, que conferiu tratamento isonômico à mulher e ao marido, não se admitia a prestação de contas entre eles na constância do casamento.

Na medida em que ambos passaram a ter iguais poderes na administração dos bens, devendo manter uma co-gestão do patrimônio, tanto doutrina quanto jurisprudência passaram a admitir a prestação de contas entre cônjuges.

Portanto, dentro deste novo espectro de regência conjugal, nenhum ato de administração, e principalmente de disposição dos bens da massa conjugal, passa a ser praticado por um dos consortes sem a vênua do outro, cuja consulta propositadamente dispensada acarreta, ao contrário do passado, imediato direito à prestação de contas. É preciso concordar com *Sérgio Gischkow Pereira* quando aduz não ter sido intenção do legislador retardar a agilidade dos negócios da sociedade conjugal, tornada indispensável a reunião dos cônjuges para exteriorizar sua concordância. Apenas que a administração unitária,

quando exercida por um dos cônjuges, por tradição o varão, já não mais se presta a deixar isento de render contas o administrador que exercita excessos e age, com evidência, na contramão dos interesses da sociedade matrimonial. Comentando a prestação de contas na sociedade conjugal, *Jaques Bushatsky* evoca o final do tempo em que a esposa percebia pensão alimentar provisória, mas não obtinha acesso algum aos bens conjugais postos sob a administração legal do esposo, do qual estava se separando judicialmente.¹⁷

A prestação de contas está prevista no Capítulo IV do Título I do Livro IV – Dos Procedimentos Especiais – do Código de Processo Civil, e visa ao acerto de contas entre os envolvidos, “sem importar o resultado”, no dizer do Professor *Ernane Fidélis*.¹⁸ A lei não é taxativa no que tange às pessoas obrigadas às contas, generalizando como obrigação atribuída a todo aquele que for incumbido, em razão de negócio ou circunstância, da administração ou guarda de bem que não lhe pertença, em favor do dono da coisa. A prestação de contas ainda encontra certa resistência dos Tribunais na constância do casamento,¹⁹ mas tem sido admitida à unanimidade a partir da separação, mesmo que de fato, dos cônjuges.²⁰

Este é um expediente extremamente importante, na prática, para aquele cônjuge que não se encontra na administração dos bens comuns, não sendo o inventariante no procedimento de partilha. Para assegurar seus direitos de condômino e co-proprietário, chama o outro para prestar contas e, diante do que se apurar, requer o que for cabível.

17 MADALENO, Rolf. *A disregard e a sua efetivação no juízo de família*. Livraria do Advogado, 1999, p. 35-36.

18 *Manual de direito processual civil*. 3. ed., 1994, v. 3, p. 31.

19 “Processo Civil. Ação de prestação de contas ajuizada pela ex-esposa em face do ex-marido, referente a fatos ocorridos durante a estabilidade do convívio conjugal. Impossibilidade jurídica do pedido reconhecida. Extinção do processo sem julgamento de mérito. A ação de prestação de contas pode ser manejada pelo ex-casal, pelos atos de gestão e administração do patrimônio comum, em uma única hipótese excepcional que ocorre com a disposição dos bens móveis e imóveis durante o período compreendido entre a separação de fato e a partilha de bens da sociedade conjugal, sem a autorização do outro cônjuge. A alienação de bens comuns durante o convívio presume-se em benefício de ambos os cônjuges, não podendo ser o ex-marido a demonstrar o retorno de parte da renda auferida com a venda para a esfera de disposição de sua ex-esposa, que se mostra arrependida após a efetivação do negócio jurídico perfeito e acabado (TJDF, ApCiv 45318-97/DF, j. 23.03.1998, 2.ª Turma Cível, Rel. Des. *Nancy Andrighi*).

20 “Se o apelante alienou bem do casal quando já separados de fato e não entregou à mulher a parte que lhe cabia, admissível é a prestação de contas. Compensação inadmissível com despesas efetuadas, face ausência de prova do benefício pela outra parte. Não havendo prova de que entregou à beneficiária valores iguais ao da venda, deve entregar metade do que auferiu com a alienação, ao preço da época do negócio, e não ao preço de mercado atual” (TJRJ, ApCiv 5.277/98, Rel. Des. *Joaquim de Brito*, publ. 10.06.1999).

3.4 Da possibilidade de rendimento/aluguel relativamente aos bens comuns enquanto não efetivada a partilha

Como o procedimento de partilha só tem início após a decisão sobre a dissolução da sociedade conjugal, o cônjuge-meeiro que não está na posse e administração dos bens comuns acaba se vendo numa situação extremamente desvantajosa e lesiva ao seu real direito de co-proprietário.

O processo de inventário e partilha, já moroso por natureza, acabará agravado de incidentes e de toda espécie de ato procrastinatório por parte do cônjuge que detém a administração dos bens, pois que sua posição será a de impedir a efetivação da partilha, para continuar usufruindo, sozinho, de todos os bens, o máximo de tempo possível.

Para amenizar o prejuízo do meeiro destituído da posse dos bens comuns, seria possível que ele viesse a reivindicar judicialmente a concessão de parte da renda dos bens que se encontram com o outro, direito que persistirá até a efetivação da partilha com a identificação do quinhão de cada um dos cônjuges.

Isso porque, como co-proprietário e condômino, além de ter direito à meação sobre todos os bens comuns, tem também direito aos frutos e rendimentos destes bens, vencidos no curso do processo de separação e partilha. Mesmo porque a posse é comum (art. 266, CC), e então um não poderia ser desapossado dos bens em favor do outro.

Segundo os artigos 265 e 271, V, do Código Civil, entram na comunhão, e portanto pertencem a ambos os cônjuges, todos os frutos dos bens comuns e até mesmo os frutos percebidos de bens particulares vencidos na constância do condomínio.

Conseqüentemente, todos os frutos dos bens comuns, enquanto não cessada a comunhão, pertencem igualmente ao casal, até em decorrência do artigo 226, § 5.º, que investe os cônjuges dos mesmos direitos e deveres em relação ao patrimônio comum – e não só o administrador.

O artigo 4.º, parágrafo único, da Lei 5.478/68, estabelece que enquanto não efetivada a partilha dos bens comuns, a renda dos mesmos deve ser dividida entre os cônjuges:

Parágrafo único. Se se tratar de alimentos provisórios pedidos pelo cônjuge, casado pelo regime da comunhão universal de bens, o juiz determinará igualmente que seja entregue ao credor, mensalmente, parte da renda líquida dos bens comuns, administrados pelo devedor.

O artigo 638 do Código Civil assegura aos condôminos:

Art. 638. Os frutos da coisa comum, não havendo em contrário estipulação ou disposição de última vontade, serão partilhados na proporção dos quinhões.

Por tudo isso, o mestre *Yussef Said Cahali* já ensinava que não serão porém apenas medidas acautelatórias de direito que se permitem à mulher durante esse período, pois “se o marido ficou com todos os bens do casal após o desquite, a mulher tem direito a uma parte dos rendimentos”; do mesmo modo, “o cônjuge que, após o trânsito em julgado da sentença em desquite litigioso, continua a administrar bens do casal, está obrigado a prestar contas da administração”.²¹

Se o imóvel pertence a ambos e é ocupado apenas por um deles, perfeitamente lícita é a pretensão de arbitramento de um valor locativo.²²

O STJ vinha negando o direito a cobrança de aluguel entre os cônjuges por considerar o condomínio entre eles especial,²³ posição que mudou recentemente com o seguinte julgamento:

“Separação judicial. Bem do casal. Partilha. Condomínio. Ocupação do imóvel pelo cônjuge varão. Cobrança de aluguel pela mulher. Cada consorte responde aos outros pelos frutos da coisa comum (Código Civil, art. 627). Na propriedade em comum, não se pode usá-la em detrimento do direito dos demais condôminos (REsp. 14.913, DJ 16.12.1991). Recurso especial conhecido e provido” (STJ, REsp. 130.605, Rel. Desig. Min. *Nilson Naves*, 1999).²⁴

21 CAHALI, Yussef Said. *Op. cit.*, p. 903.

22 TJSP, 8.ª Câm. Cível, RT672/105.

23 “Casamento - Regime de comunhão universal de bens - Direito ao uso destes. A comunhão resultante do matrimônio difere do condomínio propriamente dito, porque nela os bens formam a propriedade de mão comum, cujos titulares são ambos os cônjuges. Cessada a comunhão universal pela separação judicial, o patrimônio comum subsiste enquanto não operada a partilha, de modo que um dos consortes não pode exigir do outro, que estiver na posse de determinado imóvel, a parte que corresponderia a metade da renda de um presumido aluguel, eis que essa posse, por princípio de direito de família, ele exerce *ex proprio jure*. Recurso conhecido pela letra c e provido” (STJ, REsp. 3710/RS, Min. *Antônio Torreão Braz*, 21.06.1995, 4.ª T., DJ 28.08.1995, p. 26.636).

24 3.ª T., m.v., DJU01.03.1999; IOB 3/15397, 1999, p. 163.

Neste sentido têm decidido outros tribunais da Federação.²⁵

No curso da ação de separação ou divórcio, parte da renda do patrimônio comum pode ser pedida em ação de alimentos como previsto no artigo 4.º, parágrafo único, da Lei 5.478/68.

Pode ainda o pedido de fixação da parte dos rendimentos dos bens comuns ser feito no curso do inventário, como pedido de antecipação de tutela ou através de medida cautelar incidental. Por tais meios não se obterá a retroatividade à data da separação de corpos ou de fato dos cônjuges, constituindo-se a obrigação só a partir da liminar.

Não há competência para a fixação de tal aluguel no juízo cível, estando prevento o juízo pelo qual está sendo processado o inventário.²⁶

A parte dos rendimentos dos bens do casal a que o não possuidor terá direito não tem necessariamente de corresponder a 50%, como bem decidiu o TJSP, levando em consideração o trabalho daquele que está gerindo e administrando o patrimônio, reduzindo a cota do outro cônjuge para o equivalente a 1/3 dos frutos produzidos pelos bens: “Separação consensual – Bens do casal – Permanência na posse do marido – Renda – Direito da mulher – Recurso provido em parte. Se o marido ficou com todos os bens do casal após o desquite, a mulher tem direito a uma parte do rendimento” (TJSP – ApCiv 278.221, 2.ª CC, 20.03.1979, Rel. Des. *Oliveira Lima*, RT 527/77). Vale ressaltar os esclarecimentos do voto do Relator:

“Além de derivar da própria circunstância de os bens serem comuns, o fato é que o parágrafo único, *in fine*, do artigo 4.º da Lei 5.478

25 “Condomínio – Arbitramento de aluguel – Imóvel comum pertencente a ex-cônjuges – Ocupação, a título gratuito, pela ex-mulher – Alegação do bem encontrar-se abandonado, carecendo de inúmeras reformas feitas pela condômina ocupante – Ausência de comprovação – Uso exclusivo a tirar todos os frutos da coisa comum – Ação procedente – Recurso não provido” (TJSP, ApCiv 36.768-4, Campinas, 7.ª Câm. de Direito Privado, Rel. *Rebouças de Carvalho*, 27.05.1998, *v.u.*).

“Enquanto não partilhado o patrimônio comum, em processo de separação judicial contenciosa, os rendimentos auferidos com aluguéis devem ser repartidos meio a meio ente os ex-cônjuges. O fato de ter sido a prole confiada à guarda da mãe não é bastante para que tais alugueres a ela caibam com exclusividade, posto que não integram o montante da pensão imposta ao outro cônjuge” (TJDF, Agravo de Instrumento DF, Acórdão 62966, 2.ª Turma Cível, 18.03.1993, Rel. *Natanael Caetano*, *Diário da Justiça do DF*, 06.04.1993, p. 12004).

26 “Competência – Aluguel – Coisa comum – Ocupação exclusiva por um dos cônjuges – Ação de arbitramento – Acessoriedade com as ações de alimentos e separação judicial já ajuizadas – Competência da Vara da Família e das Sucessões e não da Vara Cível. Recurso provido” (TJSP, AgIn. 41.224-4, Rel. Des. *Quaglia Barbosa*, 08.04.1997, *Revista Oficial Lex* 195/209, JTJ, *In: Informe Jurídico*, v. 18).

contribuí para o adequado entendimento de que quem administra os bens comuns deve entregar ao outro comunheiro uma parte das rendas produzidas por estes bens. É o que, aliás, já decidiu o STF, no RE 75.194/SP (RTJ 71/455). (...) diante do documento de fls., o demandado ficou com a administração de ditos bens do casal, e evidentemente para usá-los, razão pela qual tem a mulher direito a uma parte da renda por eles produzida desde o desquite e até a efetiva partilha. (...) se o réu administrou tais bens, inclusive com seu trabalho, não é justo que a parte da autora, que com eles não trabalhou, corresponda à metade da renda líquida. Deve, sim, corresponder a 1/3 da mesma, correspondendo outro terço à remuneração do trabalho do demandado e o terço restante à renda deste.”

Interessante julgado deu caráter indenizatório a este que seria *aluguel* da meação de um cônjuge, usada pelo outro:

“Ocupando a mulher sozinha o imóvel pertencente em condomínio a ambas as partes, tem a obrigação legal de pagar ao co-proprietário o valor correspondente à metade da renda presumível que a locação da coisa comum proporcionaria e produziria, se locada. Pouco importa se houve ou não convenção a esse respeito quando da separação. Se o apelante não renunciou ao seu direito, faz jus à remuneração, sem necessidade da extinção do condomínio. Enfim, o apelante tem direito à indenização prevista no artigo 627 do Código Civil, eis que, estando a mulher a usufruir, com exclusividade, o bem, cabe-lhe indenizar o outro condômino. Ante o exposto, dá-se provimento ao apelo para julgar procedente a ação, com a condenação da apelada ao pagamento da indenização na forma acima, a partir da citação, a ser apurado por arbitramento em execução de sentença, invertidos os ônus da sucumbência” (TJSP, Ac. un. da 6.^a Câ. de Direito Privado, de 16.12.1999, ApCiv 132.747.4/1, Rel. Des. *Testa Marchi*).²⁷

Com toda certeza, na medida em que o cônjuge que estiver na posse dos bens da sociedade conjugal tenha de pagar ao outro parte da renda obtida com o patrimônio, além de pensão alimentícia, que tem outra nature-

27 Acórdão publicado na *Coad/Adv* 10/2000, p. 156, n. 91.487.

za, finalidade e origem, passará a ter mais interesse em encontrar uma solução amigável ou agilizar o processo litigioso. E, por seu turno, o cônjuge meeiro despido da sua parte nos bens não ficará tão prejudicado enquanto estiver recebendo parte da renda do patrimônio comum.

4 PERSPECTIVAS LEGISLATIVAS: O PROJETO DE CÓDIGO CIVIL

O Projeto de Código Civil traz algumas inovações relativamente ao regime de bens, o que evidentemente traz reflexo na partilha que sempre obedecerá à disciplina da opção feita pelos cônjuges.

1. *Possibilidade de alteração parcial do regime de bens*: atualmente o regime de bens é absolutamente irrevogável na constância do casamento, por expressa determinação do artigo 230 do Código Civil. Pretende-se, no entanto, possibilitar a sua alteração parcial, desde que mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros (art. 1.651, § 2.º). Esta inovação atende à tendência universal de dar liberdade para os cônjuges regerem, como quiserem, suas relações patrimoniais. Da forma prevista, atende-se à proteção dos cônjuges na medida da exigência da intervenção do Judiciário, quando se poderá verificar eventual influência de um cônjuge sobre o outro; por outro lado, foram preservados os interesses de terceiros.

2. *No regime da separação legal de bens não haverá possibilidade de comunhão de aqüestos*, como previsto hoje pela Súmula 377 do STF, por expressa vedação do artigo 1.653, *caput*. A doutrina sempre foi vacilante sobre a possibilidade da comunhão dos bens adquiridos no casamento pelo regime da separação de bens, devido à contradição existente: a lei impunha tal regime para punição de uns e proteção de outros, e os Tribunais, contra o texto da lei, acabaram por equidade aplicando aqui a tese da sociedade de fato estendida aos companheiros. Na interpretação atual do STJ para aplicação da Súmula 377 do STF é necessária a comprovação do esforço comum na formação dos aqüestos para se reconhecer o direito à meação. Aliás, se remontarmos à história, verificaremos que a teoria francesa da sociedade de fato foi aplicada primeiro a cônjuges (italianos) que eram casados pelo regime da separação legal de bens mas tiveram toda uma comunhão de vida e de interesses, de ajuda recíproca, no maior afeto e companheirismo. A

inovação do projeto melhor se coaduna com a preferência do legislador em impor como o melhor regime o da separação, para aqueles de quem retira a liberdade de escolher a disciplina de bens.

3. *Atendendo à isonomia de direitos do homem e da mulher constitucionalmente assegurada, a idade para ambos os sexos a partir da qual se perde a liberdade de escolha de regime de bens passa a ser a de 60 anos* (art. 1.653, II). Apesar de abalizadas opiniões, como as dos Professores *Silvio Rodrigues* (para quem tal restrição é atentatória à liberdade individual, consubstanciando tutela excessiva por parte do legislador) e *João Baptista Villela* (que considera um preconceito contra os da terceira idade), o legislador manteve o limite de idade, após a qual não se tem mais direito de optar por qualquer regime de bens.

4. *Torna-se possível no regime da separação absoluta de bens “alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis”*, como aliás para nenhum ato se exigirá a outorga conjugal neste regime (art. 1.659, em especial o inciso I, e art. 1.699). Com esta inovação o regime da separação de bens se tornará pleno, pois sem a restrição da exigência da outorga conjugal. Em princípio esta inovação parece privilegiar a propriedade sem condicioná-la à finalidade social. Basta imaginarmos um casal morando num imóvel adquirido na constância do casamento, em nome só do marido. Ele discute com a mulher e a manda sair dali com os três filhos do casal, pois, afinal, ele é o titular do domínio. Ela se recusa, então ele vende o imóvel e, de repente, em poucos meses, judicialmente haverá uma ordem para compeli-la a deixar aquele bem. Será justo? O sistema atual vem funcionando bem tanto para o cônjuge proprietário do bem particular quanto para o outro cônjuge, pois que, em caso de recusa da venda, o juiz pode suprir o consentimento. Na medida em que um dos cônjuges tenha nas mãos um poder arbitrário para tomar sozinho decisões desta envergadura, as conseqüências poderão ser sérias.

5. *Passa a ser exigida a outorga conjugal para validade tanto da fiança como do aval*, como há muito clamavam os juristas (art. 1.659, III).

6. *Ficou estabelecido no regime da comunhão parcial e da universal que cada cônjuge terá a administração dos bens particulares*, salvo disposição diversa em pacto antenupcial (art. 1.677). E a administração dos bens comuns compete a qualquer dos cônjuges, o que significa que cada um poderá, isoladamente, praticar atos que não precisam ser conjuntos, à exceção de “atos, a título

gratuito, que impliquem cessão do uso ou gozo dos bens comuns” (art. 1.675, § 2.º).

Por outro lado, em “caso de malversação dos bens, o juiz poderá atribuir a administração a apenas um dos cônjuges” (art. 1.675, § 3.º).

7. *A grande inovação realmente está na introdução do regime de participação final nos aquestos*, previsto no Capítulo V, artigos 1.684 a 1.698, substituindo o regime dotal.

Este *regime de participação final nos aquestos* é um parente próximo da comunhão parcial, com peculiaridades. A principal delas é que, no novo regime, o patrimônio “comum” adquirido na constância do casamento continua figurando no patrimônio pessoal de cada cônjuge, sem formar aquela massa de bens sobre a qual cada um teria sua cota-parte ideal, liquidável só ao final do regime de bens.

“No regime de participação final nos aquestos, cada cônjuge possui patrimônio próprio, que lhe cabe” (art. 1.684), composto pelos “bens que cada cônjuge possuía ao casar e os por ele adquiridos, a qualquer título, na constância do casamento” (art. 1.685).

“À época da dissolução da sociedade conjugal”, cada cônjuge “terá direito à metade dos bens adquiridos pelo casal, a título oneroso, na constância do casamento” (art. 1.684, parte final), sendo que este montante comum apura-se “excluindo-se da soma dos patrimônios próprios: I – os bens anteriores ao casamento e os que em seu lugar se sub-rogaram; II – os que sobrevieram a cada cônjuge por sucessão ou liberalidade; III – as dívidas relativas aos bens” (art. 1.686).

Portanto, por este regime o que ocorre é um crédito em favor de um dos cônjuges, contra o outro, para igualar os acréscimos, os ganhos obtidos durante o casamento. É um regime que tem origem no Direito costumeiro húngaro e foi adotado pela Suécia, Finlândia, Dinamarca, Noruega, Alemanha e França.

Foi imaginado como uma fórmula transacional, como regime híbrido, misto, objetivando somar as vantagens da comunhão com as da separação. Os bens ficam separados, mas a comunicação (participação) é feita nos ganhos, nos lucros, nos sobejos, nos acréscimos.

Como cada um continua único titular do bem, poderá aliená-lo inclusive se for imóvel, na constância do casamento, sem consentimento do outro, já que, pelo artigo 1.668, “no pacto antenupcial poder-se-á convencionar a livre disposição dos bens imóveis, desde que particulares”.

Só que, diante de tanta liberdade, o próprio legislador acabou por prever a possibilidade de o cônjuge lesado ser compensado de doações e alienações que tiverem sido feitas pelo outro, sem o seu consentimento, já que estes bens deverão entrar no monte-mor pelo valor que tiverem quando da dissolução, ou até mesmo reivindicar tais bens, anulando o ato jurídico que tiver sido praticado, em evidente detrimento do direito de terceiros (art. 1.687 e 1.688).

Bem adquirido diretamente em condomínio com o trabalho conjunto, presume-se sempre pertencer metade a cada um (art. 1.691).

Interessante a proibição legal de haver “renúncia, cessão ou penhora” da meação na vigência do regime matrimonial (art. 1.694), pois se choca com a possibilidade de alteração parcial do regime de bens. De nada adianta a regra limitativa na vigência do casamento se, quando for feita a partilha e liquidação dos bens, por se tratar de direito disponível, poderá haver transação que implique renúncia ou cessão pelo menos de parte dos bens comuns!

Diz-se que com este regime facilita-se que ambos os cônjuges tenham atividades autônomas, mas com certeza irá dificultar a vida dos Magistrados, advogados e partes que tenham de fazer a complexa aritmética da liquidação deste regime.

A fórmula para a liquidação está no artigo 1.696:

Se não for possível nem conveniente a divisão de todos os bens em natureza, calcular-se-á o valor de alguns ou de todos para reposição em dinheiro, serão avaliados e, ouvido o juiz, alienados tantos bens quantos bastarem.

Certamente que, na prática, este regime de bens trará grandes dificuldade para sua liquidação, o que poderá redundar em prejuízo que sempre recairá sobre a parte mais fraca, sem poder sobre os bens.

Pessoalmente acredito que o regime da comunhão parcial de bens é atual e consentâneo com o bom senso e as expectativas sociais, cumprindo bem a função de tornar todo o produto do trabalho dos cônjuges como sendo de ambos, não havendo, em princípio, justificativa para este novo regime, cujas vantagens seriam discutíveis.

Se os processos de partilha já são morosos e complexos, com este regime se tornarão impraticáveis.

5 CONCLUSÃO

A solução amigável para todas as fases de um processo de separação, divórcio ou dissolução de união estável será sempre a que melhor atenda aos interesses das partes envolvidas. No que tange à partilha, por se tratar de direito disponível, podem os cônjuges definir a divisão dos bens como melhor se adequar ao casal. Com boa vontade saberão decidir melhor que qualquer magistrado, alheio à identificação pessoal de cada cônjuge a tal ou qual bem, minorando os prejuízos decorrentes de uma ruptura.

O procedimento de partilha contencioso é extremamente moroso, tendo de muitas vezes passar por uma liquidação por artigos que fará com que a prestação jurisdicional não tenha a agilidade que os separandos gostariam que tivesse, o que frustra muito o profissional do Direito.

Em princípio, são boas as inovações relativamente aos bens no Projeto de Código Civil, sendo prudente repensar o regime de “participação final nos aqüestos”, uma vez que trará dificuldades para sua liquidação, na prática. Em teoria pode ser interessante, mas quem está nas lides forenses, constantemente vendo os dramas que se eternizam nos procedimentos de partilha, certamente pode antever o quão difícil se tornará uma partilha litigiosa decorrente de tal regime.

Enquanto as partes não chegam a um ponto de equilíbrio (que seria a solução ideal), para que sejam minorados os prejuízos com a demora da solução da partilha, nada mais sensato, justo e legal do que se admitir que o possuidor/administrador dos bens comuns tenha de pagar ao outro cônjuge parte da renda ou dos benefícios que retira do patrimônio sob o seu poder.

Poderia ser pensada uma forma de utilização da mediação e/ou do juízo arbitral, evidentemente adaptados à hipótese, como auxiliares para que os processos de partilha tenham um fim mais ágil e com melhor prestação jurisdicional para os próprios envolvidos.

A EFETIVAÇÃO DA *DISREGARD* NO JUÍZO DE FAMÍLIA

Rolf Madaleno

Advogado, Professor de Direito de Família da Unisinos
no Rio Grande do Sul
Presidente do IBDFAM – Seccional do RS
Juiz Eleitoral Substituto no TRE/RS
Professor de Direito de Família na Pós-Graduação
da Faculdade de Direito Ritter dos Reis
e na Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Ulbra
no Rio Grande do Sul

Sumário

1. Regime de bens na sociedade conjugal. **2.** Regime de bens no concubinato. **3.** Dissolução afetiva e partilha de bens. **4.** O mau uso da pessoa jurídica em fraude à meação. **5.** Personalidade jurídica e sua desestimação. **6.** O processo judicial de separação. **7.** A efetivação da *disregard* na separação judicial. **8.** A efetivação da *disregard* na dissolução da união estável. **9.** A *disregard* na medida cautelar. **10.** A *disregard* e a divisão de quotas sociais. **11.** A desconsideração da personalidade jurídica no âmbito dos alimentos. **12.** *Disregard* e perícia contábil. **13.** A desconsideração da personalidade jurídica na execução de alimentos. **14.** Bibliografia.

1 REGIME DE BENS NA SOCIEDADE CONJUGAL

Ao se casarem, podem os nubentes optar por qualquer um dos quatro modelos de regime de bens previstos e regulamentados na codificação civil brasileira. Segundo o Código Civil brasileiro, marido e mulher assumem com as suas núpcias e por sua livre escolha o regime de bens que cuidará de disciplinar as relações econômicas resultantes do seu casamento, pertinentes ao tempo de efetiva constância e convivência desse seu matrimônio.

Salvo a escolha pactual do regime da absoluta separação de bens, usualmente por eleição contratual ou pelo simples silêncio, organizam os cônjuges um regime patrimonial denominado de *sociedade conjugal*, que no dizer de Spota¹ começa com a celebração do matrimônio. Segundo a legislação substantiva brasileira, este regime econômico conjugal só deveria terminar pela dissolução do casamento, quer decorresse da morte de um dos cônjuges, quer da circunstancial anulação do casamento, da separação judicial ou por conseqüência do divórcio.²

Uma vez escolhido o regime de bens e selado pelo celebrar das justas núpcias, deita sobre aquele casamento o princípio da imutabilidade do regime eleito, consagrado pelo artigo 230 do Código Civil e idealizado para assegurar que pressões e falsos encantos de um dos cônjuges não permitam, com a fraqueza do outro, obter a mudança do regime econômico matrimonial, com grave risco para os seus haveres conjugais e possível prejuízo para os credores.³

Percebe-se nesse dispositivo a primeira preocupação do legislador com a eventual burla na divisão conjugal dos bens matrimoniais,⁴ quando proíbe terminantemente toda e qualquer alteração do regime de bens após a celebração do casamento.

Deve ser no entanto destacado que, não obstante a legislação brasileira externar a perpetuação do regime matrimonial enquanto não dissolvidas as núpcias pela morte, pela separação judicial ou pelo divórcio, sensível doutrina e atuante jurisprudência inclinam-se por reconhecer efeitos patrimoniais à fática separação.

Assim, por analogia ao oitavo artigo da lei divorcista, que cuida de conferir efeito retroativo à judicial separação de corpos deferida liminarmente em juízo, também quando presente a informal separação de fato entre marido e mulher deve o legislador atribuir efeitos jurídicos a este importante evento fático, como real termo final da comunicação dos bens conjugais.⁵

1 SPOTA, Alberto G. *Tratado de derecho civil: derecho de família*. Buenos Aires: Depalma, 1988, t. II, v. 3, p. 7-8.

2 Artigo 267 do Código Civil e artigo 2.º da Lei 6.515/77.

3 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 7. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1991, v. V, p. 116.

4 Tanto guarda este propósito protetivo em relação à mulher, considerada, à época, o ente mais frágil do casamento, que João Andrades Carvalho, na sua obra *Regime de bens* (Rio de Janeiro: Aide, 1996, p. 27), consigna fincar-se o princípio da imutabilidade na segurança, garantia e certeza de que a sociedade conjugal não é um sumidouro de direitos patrimoniais.

5 Ver MADALENO, Rolf. Efeito patrimonial da separação de fato. In: *Direito de Família: aspectos polêmicos*. Livraria do Advogado, 1988, p. 112: "Onde não há casamento não pode haver regime

2 REGIME DE BENS NO CONCUBINATO

Ao lado do casamento figura a relação concubinária entre um homem e uma mulher, que vivem como se casados fossem, dando à sociedade e ao derredor dos conviventes a precisa imprecisão de que constituem uma nítida família conjugal, pois organizada nos moldes do casamento tradicional, apenas que subtraída da prévia formalidade de sua pública celebração.

O texto constitucional passou a identificar nestes pares concubinos uma legítima entidade familiar, abrindo espaço legiferante para textos infraconstitucionais editados em dezembro de 1994, com a Lei 8.971, e em maio de 1996, através da Lei 9.278, com o propósito de traçar as linhas que definem os direitos e os deveres requisitados na conceituação social e jurídica de uma estável união de fato.

*Rodrigo da Cunha Pereira*⁶ pontua, com a peculiar clareza de seu texto jurídico, já não mais haver dúvida de que na atualidade uma união estável, séria e prolongada, como destaca, uma vez dissolvida pela ruptura do vínculo concubinário ou pelo falecimento de um deles, implique a comunhão de interesses que se corporificam pela eventual formação de um patrimônio comum, uma massa concubinária de bens, a merecer uma igualitária partilha.

Entre concubinos a divisão do acervo constituído na esteira do regime da comunhão limitada de bens tem a sua gênese no artigo 5.º da Lei 9.278, de 10 de maio de 1996, ao ordenar a divisão de móveis e imóveis adquiridos por um ou por ambos os conviventes, na constância da união estável e a título oneroso, pois passam a ser considerados fruto do trabalho e da colaboração comum, a ambos pertencendo, salvo estipulação contrária em contrato escrito.

Novidade legal, o pacto anteconcubinário deveria guardar os mesmos princípios de valor e formação previstos para o contrato pactante do casa-

de bens, e se é o decreto separatório que liberta da coabitação, da fidelidade e da comunicação patrimonial, deve o julgador ser realista, para deixar de julgar por ficção legal, esticando no espaço de sua sentença, obrigações e vínculos que os próprios cônjuges, ou mesmo os conviventes já abandonaram (...).” Em sentido contrário, *Débora Gozzo*, no seu livro *Pacto antenupcial* (São Paulo: Saraiva, 1992, p. 138), pondera que “enquanto os cônjuges estiverem separados somente de fato, o pacto antenupcial (entenda-se o regime de bens) continua a produzir seus efeitos até o momento em que uma sentença, prolatada em processo de separação judicial, acolha a pretensão do autor no sentido de pôr termo à sociedade conjugal. Este é o instante a partir do qual a eficácia do casamento cessa”.

6 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e união estável*. 3. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 71.

mento, até em nome da máxima dogmática de que um instituto não deve conter mais privilégios do que o outro, guardando entre eles a mais absoluta similitude de direitos e deveres, pois que repugna à sociedade apontar divergências de tratamento.

Portanto, embora a lei delegue aos companheiros a aptidão de eles convencionarem suas relações patrimoniais e, na falta de um contrato, entre eles vigore o regime legal do artigo 5.º da Lei 9.278/96, ela é omissa no tocante ao momento da estipulação do pacto entre os companheiros.

A vaguidade do dispositivo sob comento permite argumentar que no plano teórico o pacto patrimonial dos concubinos poderia ser firmado a qualquer tempo do relacionamento, mesmo no seu intercurso. Entretanto, esta não seria a interpretação analítica mais coerente e consentânea com o modelo conjugal em que se inspira claramente o concubinato. A despeito do contrato concubinário, defende *Guilherme Calmon Nogueira da Gama*⁷ a sua posição de o pacto antenupcial servir de alicerce da convenção concubinária, em que sua realização deve preceder a própria configuração da convivência, assim como o regime conjugal de eleição contratual precede o próprio casamento.

Há notória dificuldade prática nessa precedência pactual ao concubinato, até porque a convivência estável é relação de trato sucessivo, contínuo como o leito de um rio, cujo volume pluvial cresce à medida que as águas seguem o seu natural curso, surgidas de uma pequena mas determinada vertente.

Assim pode ser visto que, em princípio, o pacto anteconcubinário admite variadas incursões interpretativas, que lhe retiram a mínima segurança contrariamente observada dentro do casamento. Inexiste na união estável um momento temporal que limite a feitura final do pacto anteconcubinário, assim como não há regra expressa quanto à necessidade do registro do contrato, essencial para sua eficácia contra terceiros, como oportunamente observa *Gama*,⁸ nem mesmo há exigência da forma pública, servindo como porta de acesso à fácil burla do regime de bens de concubinos.

Logo, o convivente mal intencionado haverá de encontrar na relação de concubinato via expedita e de trânsito mais relaxado, no desvio traiçoeiro da meação concubinária, já que, por enquanto, não foi possível encontrar qualquer esforço do açodado legislador em criar reais mecanismos de efetiva proteção do acervo concubinário, deixando a sua riqueza material ao alvitre da sorte

7 GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O companheirismo*. São Paulo: RT, 1998, p. 301.

8 *Idem*, p. 302.

e da boa-fé do concubino que se encontra na titularidade e na administração destes bens hauridos por decorrência de um estável casamento informal.

Portanto, é fácil presentemente perceber que o legislador quase sempre se olvida de inserir no seu texto regulador instrumentos eficazes de proteção das metades patrimoniais que cônjuges e concubinos reivindicam quando se fundem em afeição e sociedade.

3 DISSOLUÇÃO AFETIVA E PARTILHA DE BENS

Há toda uma extensa gama de causas geradoras da discórdia conjugal, que levam à dissolução judicial do casamento. Este trabalho não comporta desvendar os mistérios desta intrincada teia que desarma o sistema emotivo dos cônjuges embora a sua referência faça-se de incontornável necessidade, para buscar demonstrar que é freqüente testemunhar, em juízo, como a raiva, a ira e o repentino ódio tornam-se instrumentos que passam a responder ao desapego demonstrado pela alma da pessoa ainda amada.

Por ocasião da separação, usualmente quando eleita a via litigiosa, diante da resistência separatória daquele que não vê razões para a ruptura afetiva, adverte *Maria Tereza Maldonado*⁹ ser prevalente o aspecto comercial do casamento, no qual o amor recolhido pela negada correspondência afetiva cede espaço fácil e absoluto a uma visão eminentemente mercantilista daquele relacionamento que se esboroa, em que ganhos e patrimônio são manipulados para a sua partilha desigual, quando não for possível esvaziar completamente a meação do parceiro ainda desejado, mas cujo amor feneceu. De outro lado, receitas e riquezas desmoronam de inopino, num sovado discurso de uma *debáclê* financeira que como um vírus se inocula nos processos separatórios, na viva ânsia de buscar o mínimo arbitramento de uma pensão judicial, até na esperança de que a absoluta dependência econômica inspire a reconciliação forçada e, se irreversível a ruptura, calhe como a sórdida vingança de compensar com dinheiro e bens o frustrante sentimento da rejeição.¹⁰

9 MALDONADO, Maria Tereza. *Casamento, término e reconstrução*. Rio de Janeiro: Vozes, 1986, p. 116.

10 Sobre a dependência feminina, escreve *Clara Coria*, no seu livro *O sexo oculto do dinheiro* (Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1997, p. 20): “As mudanças culturais que permitiram o acesso de algumas mulheres à educação e ao dinheiro não modificaram a situação de marginalidade nem as atitudes de subordinação em relação ao homem.”

4 O MAU USO DA PESSOA JURÍDICA EM FRAUDE À MEAÇÃO

Inegável que as sociedades comerciais constituem uma realidade jurídica, as quais, assim expressa *Eduardo Zannoni*,¹¹ a lei reconhece como um recurso técnico para que um grupo de indivíduos possa realizar a lícita finalidade a que se propõe. Agora, é bem verdade que no passado, e assim também argumenta *Calixto Salomão Filho*,¹² o conceito absoluto de personalidade jurídica permaneceu rigidamente intocável, cuidando o artigo 20 do Código Civil brasileiro de salientar o princípio geral da separação entre a sociedade e o sócio.

Através deste velho postulado que separa a pessoa jurídica da pessoa física de seu sócio, e que estabelece patrimônios diversos e responsabilidades dissociadas, não obstante os largos benefícios econômicos e de desenvolvimento advindos da personificação societária, ampla porta foi aberta para que a utilização indevida do fim societário se prestasse como instrumento de fraude aos interesses de terceiros.

Protegendo sócios inescrupulosos sob o invulnerável manto da personalidade jurídica, a figura societária passou a servir como um perigoso instrumento de obtenção de resultados ilícitos e nunca desejados pelo legislador comercial – seguro da sacra afirmação de absoluta separação de patrimônios e de responsabilidades –, que deixavam qualquer Juiz prostrado e inerme de soluções judiciais que não passassem por complicadas teias processuais envolvendo terceiros prejudicados, sócios e sociedades, todos enredados na intrincada busca da anulação dos atos societários.

Conforme artigo antecedente,¹³ referi que com a personalidade própria e autonomia patrimonial distinta dos bens pessoais dos seus sócios, criou-se um caminho amplo, e até então completamente incontrolado, de uso da pessoa jurídica como anteparo da fraude, especialmente no campo das relações conjugais, pois a aquisição de bens próprios do casamento em nome direto de uma empresa ou até a maliciosa transferência dos primitivos bens matrimoniais para o acervo social vinham e seguem servindo de regra a propósitos notadamente abusivos, já que visam fraudar a meação nupcial.

Efraín Richard e *Orlando Muiño* destacam esta notória tendência do uso indevido da personalidade jurídica e convidam à reflexão de uma total revi-

11 ZANNONI, Eduardo A. *Sociedades entre cónyuges, cónyuge socio y fraude societário*. Buenos Aires: Astrea, 1980, p. 101.

12 SALOMÃO, Calixto Filho. *O novo direito societário*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 76.

13 MADALENO, Rolf. *Direito de família... cit.*, p. 23.

são da doutrina da personalidade jurídica que se mostra plenamente inadequada diante do perfil da simulação, da fraude e do abuso, que grassam soltos diante do surrado conceito da sacralizada personalização. Segundo aqueles autores, uma corrente muito intensa tem tratado de desconhecer a personalidade jurídica da sociedade, desestimando-a por razões de fraude e simulação, particularmente em causas vinculadas à legítima hereditária ou à sociedade conjugal.¹⁴

No campo da dissolução judicial do casamento e agora também na seara da união estável, alçada pelo texto constitucional à condição de família, com regime legal de bens de metades condominiais e de partes iguais,¹⁵ encontra-se igualmente, largo amparo e correlata aplicação processual da teoria da desconsideração da personalidade da sociedade.

Portanto, no casamento e na união estável, há larga utilização da teoria da *disregard*, que trata de descobrir o fim ilícito que a sociedade encobre, penetrando por detrás da máscara societária sob a qual o sócio se esconde e, ao desestimá-la, frustrando o resultado antijurídico que se pretendeu alcançar com a sociedade pré-constituída.

Referi noutra oportunidade quão difusa e produtora a aplicação da despersonalização social no campo do Direito de Família, *principalmente perante a diuturna constatação, nas disputas matrimoniais* (e também dentro do concubinato *stricto sensu*, qualificado), *de o cônjuge empresário esconder-se sob as vestes da sociedade, para a qual faz despejar, se não todo, ao menos o rol mais significativo dos bens comuns*.¹⁶

Fácil concluir que desaguando todo e qualquer patrimônio com alguma razoável expressão econômica para o rol de bens da pessoa jurídica administrada por um dos cônjuges ou concubinos, com mais larga aplicação ao matrimônio, fica expedito e livre o trânsito do parceiro empresário. Este se vê dispensado de prestar contas da circulação que empreende aos bens que deveriam ser comuns e, particularmente, liberado da outorga uxória, já que em tempo de maior turbulência nupcial não precisa arquitetar desculpas para conseguir que a esposa assine a transferência de bens imóveis próprios,

14 RICHARD, Efraín Hugo; MUIÑO, Orlando Manuel. *Derecho societário*. Buenos Aires: Astrea, 1998, p. 726.

15 Segundo regra contida no artigo 5.º da Lei 9.278, de 13 de maio de 1996: Os bens móveis e imóveis adquiridos por um ou por ambos os conviventes, na constância da união estável e a título oneroso, são considerados fruto do trabalho e da colaboração comum, passando a pertencer a ambos, em condomínio e em partes iguais, salvo estipulação contrária em contrato escrito.

16 MADALENO, Rolf. *Direito de família... cit.*, p. 27.

pois todos eles já constam como se pertencessem à sociedade jurídica, embora sirvam exclusivamente aos interesses da sociedade conjugal ou da sociedade concubinária.

Noutras ocasiões o parceiro que já vinha computando os bens conjugais no patrimônio da empresa de que só ele participa como bem apresto, preocupado com a partilha judicial da valorização da sociedade comercial, pode pura e simplesmente, às vésperas de seu intento separatório, antes mesmo de denunciá-lo à mulher, efetivar a sua aparente retirada da sociedade, transferindo a sua participação para um outro sócio, mero *presta nome*. Depois de judicialmente separado, ou dissolvida a sua sociedade de fato, ele retorna à empresa e à livre administração daqueles bens societários que representavam significativa parcela do acervo comum.

Essas são apenas algumas das idéias de que se servem sócios comerciais para reter ou reduzir alimentos, ou a meação de seus sócios conjugais. *Zannoni*¹⁷ expressa com pertinente clareza esta margem de controle sobre os bens e a dependência alimentar do cônjuge, quando o esposo empresário ou industrial se serve da forma societária apenas em seu próprio benefício.

5 PERSONALIDADE JURÍDICA E SUA DESESTIMAÇÃO

Dentro do Direito de Família, a penetração do véu societário torna-se uma poderosa arma a favor da parte mais débil do relacionamento afetivo, que, usualmente, se torna vítima da fraude ou do abuso societário. *Ricardo Guilminelli*¹⁸ diz que o maior mérito do instituto da desconsideração da personalidade jurídica é o fato de a sua inoponibilidade permitir uma *oxigenação* do direito societário, ao alcançar quem dele se utiliza com torpeza e, oculto atrás da máscara social, deseja sair impune de suas obrigações como cônjuge, como concubino e mesmo como devedor de uma obrigação de alimentos.

A fraude à lei e o abuso ou simulação na utilização da personalidade jurídica tornaram-se um adequado veículo de burla ao sistema codificado do regimes de bens. Vedando qualquer mudança na convenção patrimonial de origem e cercando a massa de bens conjugais com princípios de ordem pública que inibem a transmissão unilateral de direitos reais, sem o expresso

17 ZANNONI, Eduardo A. *Cônyuge socio y fraude societário... cit.*, p. 131.

18 GUILMINELLI, Ricardo Ludovico. *Responsabilidad por abuso de la personalidad jurídica*. Buenos Aires: Depalma, 1997, p. 130.

consentimento do parceiro co-proprietário, bastava incorporar os bens do casamento a uma sociedade comercial para que toda esta segurança jurídica virasse letra morta da lei.¹⁹

Através da teoria da *disregard doctrine* não é anulada e nem se descarta a personalidade jurídica, mas, somente, desconsiderada do caso concreto, a eficácia do ato fraudulento perpetrado em nome da pessoa jurídica, porém com o objetivo de favorecer, em geral, a pessoa de um sócio, em detrimento do terceiro.

Conforme pude explanar noutra oportunidade,²⁰ sem discutir a sua validade, o Juiz ignora pura e simplesmente o ato fraudulento executado em comando contrário à lei, mas mantém intocados todos aqueles outros atos e negócios societários não manchados pela fraude ou pelo abuso de direito.²¹

Assim visto, em conclusão narrativa, sociedade e sócios podem responder pelo uso abusivo, fraudulento ou simulado da sociedade, direta e inversamente, ora atingindo os bens sociais, ora responsabilizando os sócios e até a sociedade, quando se tratar de utilizá-la abusivamente, no maldoso afã de fugir escancaradamente ao dever pessoal de alimentação.

6 O PROCESSO JUDICIAL DE SEPARAÇÃO

Evidentemente que numa ação de separação judicial, de dissolução de união estável e mesmo de divórcio direto, quando ausente qualquer consenso na composição amigável da liça, é preciso recorrer ao processo litigioso. Dependendo do caso concreto, quando ainda recente o rompimento da união, e os fatos demonstram que os litigantes ainda estão nitidamente vinculados a suas mútuas, recíprocas e subjetivas expectativas, a demanda litigiosa conterà uma carga menor de tolerância e um processo muito latente de culpabilização, como eterno bode expiatório da patologia familiar.

Precedendo separação fatural de tempo inferior a um ano, a lei divorcista reclama para as pessoas legitimamente casadas a pesquisa da culpa pela separação, para que o julgador possa atribuir responsabilidades ao cônjuge que teria faltado com deveres do matrimônio ou agido em conduta

19 Ver nesta diretiva BORDA, Guillermo A. *Tratado de derecho civil*. Parte General. Buenos Aires: Perrot, 1991, t. I, p. 576.

20 MADALENO, Rolf. *Direito de família... cit.*, p. 25.

21 *Efraín Hugo Richard e Orlando Manuel Muiño*, na alentada obra citada na nota 14, explicam que a *desestimação não produz o descarte da personalidade societária, senão que produz a inaplicabilidade dos efeitos do ato nas sociedades com responsabilidade limitada ou a assunção de responsabilidade dos controladores a respeito dos prejuízos por eles causados a terceiros*.

desabonatória da moral conjugal de seu consorte, basicamente, não preservando o dever de respeito e de estima aguardados como indissociáveis normas éticas de trajetória nupcial.

A discussão da culpa na ação de dissolução da união estável é bastante controvertida na doutrina brasileira, pendendo opiniões que a julgam obrigatoriamente presente no processo litigioso, mercê dos direitos e deveres previstos em lei para os conviventes²² e com reflexos no direito aos alimentos. Acrescem, ainda, que não examinar a culpabilidade no concubinato é privilegiar este instituto diante do casamento.

Feitas estas ponderações, importa apenas inferir que a ação litigiosa de separação de cônjuges ou concubinos, quando ainda aceitável discutir as causas de ruptura do relacionamento afetivo, aceita trazer por argumento complementar de responsabilização toda e qualquer atitude do parceiro que se vale da máscara societária para desviar da divisão os bens considerados comuns, numa tentativa que deve ser rechaçada com o uso episódico da teoria da despersonalização da pessoa jurídica, já que esta tentativa de dilapidação da meação do outro parceiro configura inequívoca conduta desonrosa.

Desta sorte, ao lado de qualquer causa usual de separação, quer decora ela de infração aos deveres do casamento, como são exemplos o adultério, a maliciosa deserção do lar ou o abandono material, quer deflua de alguma

22 *Basílio de Oliveira* escreve: “A lei pretende, assim, que a união seja plasmada à imagem do casamento e como tal, submete os conviventes a obrigações recíprocas e os contempla com direitos análogos aos dos cônjuges no matrimônio, em sintonia com o princípio constitucional de isonomia na esfera da sociedade conjugal.” (*Concubinato: novos rumos*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997, p. 26). *Rodrigo da Cunha Pereira*, ao versar especialmente sobre a idéia da culpa no concubinato, dilucida existir uma tendência de abandoná-la na dissolução dos vínculos conjugais, cedendo espaço para a causa objetiva da separação (*Concubinato e...*, cit., p. 90-92). Nesta mesma direção está *João Baptista Villela* (*In: Alimentos e sucessão entre companheiros: apontamentos críticos sobre a Lei 8.971/94, Repertório IOB de Jurisprudência: Civil, Processual, Penal e Comercial*. São Paulo, 1.ª quinzena, abr. 1995, n. 7:113), quando expressa: “Não se pode presumir a condição de culpa onde a lei não reclama. 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*, para fins de atribuição do direito a alimentos na separação conjugal. Com isso ganha o casamento e ganha o concubinato, desatrelados de equívoca postura de fazer depender o direito a alimentos da boa conduta de quem os reclama.” Por fim, em sentido oposto, entendendo que a culpa deve ser examinada na dissolução da relação concubinária, figura *Claudia Grieco Tabosa Pessoa*, quando, ao discorrer sobre o direito alimentar no concubinato, obtempera: “Conquanto historicamente nas uniões concubinárias não exista a eventual perquirição da culpa, visto que, em se tratando de uniões livres, pouco importaria a causa de sua dissolução, não há como deixar de reconhecer o equívoco do legislador ao mencionar apenas a inexistência de nova união.” (*Efeitos patrimoniais do concubinato*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 103).

das múltiplas configurações subjetivas da conduta desonrosa, a este elenco agrega o uso fraudulento ou abusivo da máscara societária, em prejuízo da meação do cônjuge ou do concubino inocente.

Em suma, como já referi noutro texto de doutrina,²³ o ato lesivo praticado sob o manto da pessoa jurídica servirá como causa isolada ou suplementar do próprio pleito separatório, pela via expressa da *conduta desonrosa*, claramente identificada na ilícita e desonesta atitude do esposo que se vale da pessoa jurídica para o desvio sorrateiro da meação de seu par.

Trata-se, portanto, de verificar se o Juiz da separação irá gerar sentença judicial que enfoque como motivação de decidir não somente os efeitos patrimoniais resultantes de aplicação da teoria da desconsideração, mas também o ato dilapidatório denunciado, como causa isolada ou complementar de culpa pela falência da relação. No entanto, como causa subjetiva para caracterização da culpa, só poderá ser admitida se a demanda de separação litigiosa for promovida em tempo inferior a um ano de fática ruptura da convivência, pois que depois deste espaço de tempo só será possível apreciar alguma razão objetiva da separação, vinculada unicamente, no decurso de tempo.

Este mesmo raciocínio pode ser espelhado em uma ação de separação judicial promovida contra um cônjuge porque, por exemplo, ele acusou falsa e publicamente sua esposa de haver praticado adultério, ou de ter mantido relações homossexuais, tudo disseminado com o único intuito de ofendê-la moralmente.

Sendo proposta a ação judicial separatória antes de um ano, termo final para o enfrentamento processual da culpa, o cônjuge ofendido terá uma motivação causal do seu pleito separatório, que são as ofensas morais expendidas, ou poderá ter uma pluralidade de causas, acaso existam outras infrações cometidas pelo ensandecido esposo, mas, sobretudo, também por estes mesmos fatos, poderá exercer uma pluralidade de pedidos, ao cumular a separação judicial com a condenação pecuniária do esposo ofensor em danos morais.²⁴

Assim visto, culpa e pedido sempre caminham juntos no Direito de Família brasileiro, permitindo no tempo previsto de um ano de fatural sepa-

23 MADALENO, Rolf. *Direito de família... cit.*, p. 33.

24 Honra e moral são créditos que representam, em nossa conjuntura social, bens imateriais que compõem o patrimônio econômico e moral das pessoas de bem, quer trabalhem ou não, quer sejam pobres ou ricos. O abalo da credibilidade moral molesta a imagem de qualquer indivíduo, pois empenha a sua honorabilidade; a pessoa ofendida fica em dívida com o seu conceito social entre os seus concidadãos, ao mesmo tempo em que mancha com desmedida imprevidência ao respingá-la com vazias acusações que devem ser compensadas com uma reposição econômica. Ver neste exato sentido CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 2. ed., São Paulo: RT, 1998, p. 358.

ração o exame da causa de separação e o seu reflexo patrimonial, porquanto os interesses econômicos são protegidos por disposições normativas aplicáveis à sociedade conjugal e também ao concubinato. Contudo, passado um ano de consecutiva ruptura da vida em comum,²⁵ desimporta ao processo ir à cata do cônjuge responsável por esta mesma ruptura informal.

Neste conjunto de relações afetivas, quando desfeitas, sempre e sem prazo de prescrição ou de preclusão,²⁶ pois que respeita à meação, a sentença judicial deve alcançar a teoria da despersonalização da pessoa jurídica, como instrumento de invulgar eficácia para coatar a velha prática de fraude à meação, quando subvertida a função da sociedade comercial.²⁷

7 A EFETIVAÇÃO DA *DISREGARD* NA SEPARAÇÃO JUDICIAL

Em antigo aresto relatado o então Desembargador *Athos Gusmão Carneiro*²⁸ constatava existir verdadeiro abuso quando se trata, com a ajuda da pessoa jurídica, de burlar a lei, violar obrigações contratuais ou prejudicar fraudulentamente terceiros. Sugeria, com seu voto, acolhido à unanimidade, fosse aplicada a teoria da desconsideração para atingir com a penhora os bens da sociedade, por dívida do sócio que, devendo, se ocultava por detrás da cortina societária.

Estranhamente, este tabu seguia no âmbito processual do Direito de Família, permanecendo inermes os seus operadores, que, praticamente pros-

25 Artigo 5.º, § 1.º, da Lei 6.515/77 (Lei do Divórcio): “A separação judicial pode, também, ser pedida se um dos cônjuges provar a ruptura da vida em comum há mais de 1 (um) ano consecutivo, e a impossibilidade de sua reconstituição.”

26 Ver a respeito MADALENO, Rolf. Meação e prescrição. *Revista Ajuris* 60/239-248.

27 Conforme lição de *Maria Helena Diniz* (*Curso de direito civil brasileiro*. 7. ed., São Paulo: Saraiva, 1993, v. 5, p. 140-141), o Código Civil estabelece limitações ao poder de administração do homem casado, pois necessita de outorga uxória para a prática de certos atos de conteúdo patrimonial, sem a qual não se encontrará legitimado para efetivá-los. Claro que os atos aceitos de disposição dos bens só podem ser aqueles realizados no interesse da família, mas se com o mau uso societário o esposo encontra fácil instrumento que compromete a estabilidade econômica do lar e, em especial, permite esvaziar ou reduzir sensivelmente os direitos conjugais econômicos e pecuniários da esposa, a *disregard* tem o ágil condão de podar este desvio.

28 *RT* 592/172: “Sociedade por cotas de responsabilidade limitada. Execução fiscal com penhora em bens do sócio-gerente. Embargos de terceiro. Sociedade realmente fictícia, em que o sócio-gerente é dono de 99,2% do capital, sendo os restantes 0,8% de sua mãe e de um concunhado. A assertiva de que a pessoa da sociedade não se confunde com a do sócio é um princípio jurídico básico, não um tabu, e merece ser desconsiderada quando a ‘sociedade’ é apenas um *alter ego* de seu controlador, em verdade comerciante em nome individual. Lição de *Konder Comparato*. Embargos de terceiro rejeitados. Apelação provida” (Ap. 583018577, 1.ª C., j. 08.05.1984, Rel. Des. *Athos Gusmão Carneiro*, TJRGS).

trados, simplesmente assistiam esposos servindo-se da forma societária em seu próprio e único benefício, com extremos clássicos citados por *Zannoni*,²⁹ nos quais a habitação conjugal e o automóvel particular da esposa eram de propriedade da sociedade, que permitia o seu uso gratuito a título de comodato, cujo termo final sempre coincidia com a vontade unilateral de separação, manifestada pela esposa comodatária da empresa.

*Dobson*³⁰ toca na espinha dorsal das relações sociais, que resultaram na criação da doutrina da *disregard*, ao referir que elas nascem da fidúcia, a qual deve existir em todas as relações humanas, como acontece entre marido e mulher, pais e filhos, sendo que, nestas relações, nenhuma das partes deve exercer pressões ou influências, nem obter ganhos indevidos, realizando transações que importem numa vantagem e correlato prejuízo, nem se conduzir de outra maneira que não seja com a mais absoluta boa-fé, fazendo conhecer a outra parte todos os detalhes da transação. É que neste âmbito a astúcia comercial, a ganância e o desafio de qualquer natureza se acham proibidos, já que estão totalmente afastados por esse especial vínculo interno de confiança que não admite qualquer vantagem.

E quando a confiança genérica a todas as relações humanas é fraudada, lembra *Suzy Koury*,³¹ não fica comprometida a segurança e nem a justiça, pelo fato de ficar a cargo dos juízes e dos tribunais o exame das circunstâncias do caso concreto para a aplicação da desconsideração.

Na doutrina brasileira, em obra das mais recentes, escreve *Bittar*³² que a aplicação da *disregard* busca elidir fraudes e deveres contratuais, em que por meio de subterfúgios, ou de expedientes maliciosos e, portanto, ilegítimos, é colhida vantagem indevida para si ou para outrem, com o aproveitamento irregular da personalidade social.

Sensível a observação de *Fábio Ulhoa Coelho*,³³ de que não é exigida a *intenção deliberada* de causar prejuízo, bastando que se tenha consciência de produzir dano. Por evidente, todo dano, mormente causado à meação, importa na sua reparação; como claramente acentua *Marçal Justen Filho*,³⁴ esse mesmo dano é afastado pela teoria do *superamento da pessoa jurídica*.

29 ZANNONI, Eduardo A. *Sociedades entre cónyuges... cit.*, p. 131.

30 DOBSON, Juan M. *El abuso de la personalidad jurídica*. Buenos Aires: Depalma, 1985, p. 159.

31 KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas*. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 140.

32 BITTAR, Carlos Alberto. *Curso de direito civil*. São Paulo: Forense, 1994, v. 1, p. 92.

33 COELHO, Fábio Ulhoa. *Desconsideração da personalidade jurídica*. São Paulo: RT, 1989, p. 56.

34 JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro*. São Paulo: RT, 1987, p. 143.

Os meios engendrados para prejudicar a meação conjugal, atualmente inclusa a metade concubinária, seguem sendo os mais engenhosos possíveis. Ilustra uma destas hipóteses que coloca em perigo iminente a porção conjugal e altera ilegalmente o regime de bens em relação à esposa o expediente da aparente transferência da totalidade das quotas sociais detidas pelo varão em determinada sociedade comercial, sendo esta, por seu turno, titular do acervo de bens conjugais.

Ainda que esta alteração contratual idealizada para privar a mulher do exercício de seus direitos sobre os bens comunicáveis seja perfeita quanto ao seu fundo e à sua forma, por ter atendido às condições de existência e validade e obedecido às regras de publicidade, ainda assim o ato é ineficaz em respeito ao cônjuge ou concubino lesado, porque foi o meio ilícito exatamente usado em detrimento dos legítimos direitos de partição patrimonial.

Diante deste quadro de indisfarçável ilicitude, comete ao decisor simplesmente desconsiderar na fundamentação de sua sentença judicial, vertida no ventre do próprio processo de separação ou de dissolução de união estável. As alterações contratuais que cuidaram de transferir ou reduzir a participação social do cônjuge empresário são ignoradas pelo julgador, que as desconsidera no âmbito de sua sentença judicial e computa para a partilha conjugal a participação social preexistente à fraudulenta subcapitalização das quotas sociais, repondo-as ao estado anterior ao da flagrante usurpação da meação do cônjuge espoliado.

Assim foi decidido, por exemplo, na separação judicial litigiosa de número 01291074842, na 7.^a Vara de Família e Sucessões de Porto Alegre, em que o Magistrado singular deliberou por assegurar a meação da autora, inclusive sobre as quotas sociais fraudulentamente doadas pelo demandado.³⁵

35 Trecho da sentença proferida pelo Juiz Dr. *Paulo Sérgio Scarparo*: “Finalmente, no que tange à partilha – a ser procedida em liquidação de sentença –, deverá ter em conta o regime de comunhão universal de bens e o patrimônio do casal efetivamente existente na data da separação fática. Contudo, é imperioso que, como assinalado no parecer da nobre representante do Ministério Público, no acervo partilhado se incluam as *quotas sociais da empresa RE, fraudulentamente doadas pelo requerido ao seu genitor, pouco antes da separação de corpos* (parecer, fl. 520). A referida fraude transparece com clareza solar no relato pessoal do réu (fls. 438/439). Como significativamente noticia a informante CCP, companheira de irmão do demandado, a propósito da doação das quotas em tela: o pai dele queria *preservar* (fl. 453). Com efeito, essa doação escritural não passa de um engodo, efetuada pelo réu ao alvedrio do consentimento da esposa, com manifesto propósito de locupletamento, visando a subtração de substancial parte do patrimônio comum ao inevitável partilhamento, ante a dissolução legal dos laços conjugais, então proxima-mente antevista. Nunca é demais repetir que a ilicitude e a má-fé não podem ser acobertadas pela Justiça.” Esta sentença posteriormente foi confirmada por unanimidade pela 7.^a Câ. Cível do TJRS, na ApCiv 597135730, sendo relator o Desembargador *Eliseu Gomes Torres*.

Tratava-se de uma ação de separação judicial litigiosa cumulada com vários pedidos pertinentes às relações conjugais em estágio de dissolução, em que, às vésperas³⁶ de desertar do lar, deixando a esposa gravemente enferma, com invulgar insensibilidade cuidou o varão de se afastar da sociedade de engenharia da qual era sócio com outros familiares, sendo a empresa a dona dos principais bens usados pelos separandos, à exceção da vivenda conjugal.

A inicial requeria oportuna auditoria que fosse capaz de promover o exato levantamento patrimonial societário, reconstruindo o seu correspondente lastro patrimonial existente às vésperas do malicioso abandono arquitetado e posto em prática pelo marido, sendo reposta a igualitária partilha com suporte na teoria da *disregard*.

Claro está que o acolhimento da teoria da superação da personalidade jurídica também poderia levar à alternativa sentencial da compensação de bens, em que o montante desviado com o mau uso da personalidade jurídica, depois de minuciosamente apurado em criteriosa avaliação judicial, restaria recompensado pela entrega ao cônjuge prejudicado de outros bens ainda constantes da massa conjugal, até o montante da indenização.

A propósito do assunto, o articulista *J. A. Penalva Santos*³⁷ observa que, ao levantar o véu da personalidade da sociedade, pode ser trazido de volta o bem desviado ou direito ao patrimônio lesado, e complementa: “Não importa tenha o bem, depois, entrado no giro dos negócios; o importante é a prova do seu ingresso: na falta de bens, restitui-se o equivalente com perdas e danos.”

Registram os anais forenses uma situação fática em que o marido era sócio de uma empresa intitulada R.E.I. Ltda., destinada a atuar no ramo imobiliário da construção civil, incorporação e compra e venda de imóveis. Em nome desta sociedade mercantil estava sendo construído um edifício com inúmeros apartamentos e lojas comerciais. Planejando a sua separação, o marido contratou, com o auxílio de dois *presta-nomes*, e aliado ao seu próprio irmão, a sua aparente retirada da sociedade comercial. Já disfarçado de ex-sócio

36 Citando *Pontes de Miranda*, refere *Antonio Chaves (Tratado de direito civil: direito de família. 2. ed., São Paulo: RT, 1991, t. 1, p. 433)* “que as dívidas anormalmente contraídas nas vésperas do desquite, ainda antes da propositura da ação, levam consigo, desde logo, forte indício de fraude, acentuando a utilidade de ser decretada alguma medida especial contra as dilapidações (...)”. Naturalmente que o Direito brasileiro não poderia deixar à mercê do azar a fraude perpetrada com o uso social para desfalcar a meação da esposa, apenas em nome da ficção da lei, do superado primado da pessoa coletiva restar isolada da personalidade dos sócios que a compõem.

37 SANTOS, J. A. Penalva. A aplicação do princípio da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro. In: GUSMÃO, Paulo Dourado de; GLANZ, Semy (Coords.). *O direito na década de 1990, novos aspectos, estudos em homenagem ao professor Arnoldo Wald*. São Paulo: RT, 1992, p. 69-70.

da R.E.I. Ltda., promoveu a sua separação judicial e, antes de transformá-la em divórcio, realizou nova alteração contratual em que retorna à primitiva sociedade, com a mesma quantidade de quotas de origem, num notório manejo fraudulento à meação da ex-esposa, mediante um jogo de fria troca de titularidade das quotas.

Não fosse pela aplicação episódica da desconsideração da personalidade jurídica, todo este arranjo fraudulento certamente precisaria passar por complicadas ações anulatórias, envolvendo num litisconsórcio indesvendável³⁸ a mulher lesada em sua meação, o seu ex-marido, o irmão deste, a empresa e os seus sócios fictícios.

Nesta demanda distribuída como de indenização, a ex-mulher requeria, com fundamentação na declaração judicial e incidental de inoponibilidade de efeitos ao jogo societário articulado em seu prejuízo, que fosse indenizada, mediante oportuno periciamento procedido em liquidação de sentença, pelos danos emergentes e lucros cessantes causados pela dolosa transferência em fraude à sua meação das quotas sociais da empresa conjugal.

Noutra situação processual, com uma planejada antecedência à separação judicial, quando já visíveis os sinais exteriores de rompimento afetivo, o varão constituiu, com os seus habituais sócios das demais empresas de que participava, uma *holding* denominada BDMP Ltda. Quando aforada a separação amistosa, ingressaram na partilha alguns bens registrados na pessoa física do casal e somente a *holding* BDMP Ltda., para cuja sociedade verteu todas as demais empresas e acresceu cláusula contratual que dispensava a outorga da sócia. Mesmo antes de concluída a partilha, a separanda já não mais detinha qualquer bem conjugal, salvo alguns hauridos com a separação, do acervo conjugal como pessoa física.

A ação proposta propugnava, com escora na teoria da *disregard*, a ineficácia episódica³⁹ dos atos cometidos em fraude à real meação da demandante e

38 ZANNONI, Eduardo A. (*Sociedade entre cônjuges... cit.*, p. 190-191) mostra com muita clareza a absoluta dispensa de chamar para integrar a lide a empresa e outros sócios envolvidos na trama perpetrada sob o biombo societário, sendo prescindível este litisconsórcio quando, por exemplo, o marido possui em seu patrimônio bens suficientes, quando então, a juízo da esposa demandante, para compensar os valores que lhe foram subtraídos, pode limitar-se a invocar e provar a fraude, assegurando a responsabilidade patrimonial do demandado, mediante o embargo dos bens que estão em seu patrimônio.

39 KONDO, Jonas Keiti. Natureza jurídica, desconsideração da pessoa jurídica. *Jurisprudência Brasileira*. 102/26 Curitiba: Juruá, 1985: "Deve-se registrar, outrossim, que ao ser desconsiderada a pessoa jurídica, não se a despersonaliza efetivamente; desconsidera-se a personalidade para que não se dê eficácia àquele ato ilícito praticado. Desta forma, corrigindo-se o fato a pessoa jurídica

buscava responsabilizar o aforado pelo ressarcimento destes danos, respondendo ele com os bens liminarmente postos em indisponibilidade, em pedido cautelar incidental cumulativo,⁴⁰ até o montante da sua efetiva meação, mais perdas e danos, sem que o ato jurídico implicasse dissolver a sociedade.

Abreviava-se, ademais, toda uma complicada teia processual que buscase anular alterações contratuais da empresa, correndo riscos de improvido liminar do pedido por ilegitimidade de parte, pois esposa de sócio não é parte legítima *ad causam* para anular em juízo contrato de sociedade comercial, conforme já decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo, na ApCiv 193.875-2/4, por sua 18.^a Câmara Cível.⁴¹

8 A EFETIVAÇÃO DA *DISREGARD* NA DISSOLUÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL

Tudo até agora articulado em relação à desconsideração da pessoa jurídica, com a sua aplicação no processo de separação judicial, pelas ponderações já anteriormente traduzidas, resulta, conseqüentemente, também aplicável à união considerada efetivamente estável e, portanto, comparável ao casamento civil.

No AgIn 593074602 da 7.^a Câmara Cível, sendo Relator o então Desembargador *Paulo Heerdt*, foi desconsiderada a personalidade jurídica de sociedade formada por dois sócios, concubinos casados pelo religioso, rejeitado pedido de liminar em embargos de terceiro promovidos pela sociedade que visava obstar arrolamento de bens promovido pela mulher. O aresto

poderá retornar às suas atividades normais, como se nada tivesse acontecido, isto é, desconsiderou-se a sociedade momentaneamente apenas para que se atingisse aqueles bens ocultados, e somente nisso ficará desfalcada.”

40 Acerca da cumulação de pedidos de rito cautelar em ação de conhecimento, a sua prática tem sido largamente utilizada nos foros gaúchos, pois que admitido s.m.j. pelo art. 292, § 2.º, do CPC, reforçado por magistral lição de *Galeno Lacerda* (*Ajuris* 56, p. 5-13), que admite o cúmulo de ação principal e cautelar, abjetando o farisaísmo de um processo inútil e dispendioso, apenso aos autos da ação principal, quando a mesma liminar pode ser solicitada com a inicial cognitiva. O Tribunal de Justiça do RS já decidiu no AI 595111667, pela 7.^a Câmara Cível: “Cumulação de ação de conhecimento com medida cautelar. Admissibilidade, desde que daí não resulte tumulto processual. Agravo provido. Decisão unânime.”

41 Este acórdão está publicado na RT 696/117, com a seguinte ementa: “Sociedade comercial – Ação ajuizada por esposa de sócio, visando a anulação da alteração contratual da empresa da qual não é sócia. Ilegitimidade *ad causam*. Legitimidade, porém, para pleitear indenização por prejuízos sofridos com a ruínoza atividade do marido, quanto aos reflexos patrimoniais de sua meação.”

concluía existir a possibilidade de fraude do varão, ocultado sob o manto da pessoa jurídica.

Pode também ser vislumbrada situação fática de concubinos, em que depois de quase dois lustros de estável coabitação, o varão vem a falecer, deixando todos os bens pertencentes ao acervo concubinário em nome de uma empresa de transportes que havia constituído ainda na constância de seu primeiro matrimônio.

Refeita da fatalidade do decesso de seu parceiro, depara a companheira com a realidade, nunca antes atentada, de que a sua moradia, o carro de uso dos concubinos e até a vivenda praiana estavam registrados em nome daquela apresta sociedade comercial.

Valendo-se desta particularidade, a primitiva esposa, da qual o varão estava fática e conclusivamente separado, e seus filhos conjugais promoveram *manu militari* o rápido e arbitrário desapossamento da concubina daqueles bens que de longa data estavam sob a sua posse, prevalecendo-se a esposa e os seus filhos herdeiros do fato de estes bens constarem em nome da pessoa jurídica.

Mantida na posse dos bens concubinários através de demanda possessória com pleito de liminar, seguramente esta ação precisou discorrer acerca da desconsideração da personalidade jurídica. Assim se deu porque, para fugir da legislação que atualmente ordena a partilha dos bens adquiridos na constância da estável união de fato, o companheiro valeu-se em vida da pessoa jurídica como porto seguro de incomunicabilidade dos bens. Com este esquema coube à companheira pleitear a partilha do crescimento da sociedade comercial, a contar do início de seu concubinato, sob pena de a sua inércia processual autorizar à primitiva esposa e aos filhos do casamento enriquecerem ilícitamente, pois todos acabariam invadindo a meação da concubina, que nada receberia, em razão de os bens amealhados durante a convivência estável constarem como sendo de propriedade da pessoa jurídica.

9 A *DISREGARD* NA MEDIDA CAUTELAR

Enquadrando sob o nome genérico de *tutelas de urgência* pertinentes ao Direito de Família, *Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*⁴² acrescenta que a sensibi-

42 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *A tutela de urgência e o direito de família*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 1.

lidade dos valores jurídicos e emocionais do relacionamento humano exige no plano processual uma pronta resposta da jurisdição.

Com efeito, na seara do Direito de Família a paz e a segurança familiar já não mais podem ser abaladas pela sacralização da pessoa jurídica, assistindo todos imóveis ao sepultamento, pela fraude, pelo abuso de direito ou pela simulação perpetrados em nome do ente moral, de direitos e bens que têm real origem no casamento ou na união estável e que devem ser preservados pelas diversas medidas cautelares postas a serviço do jurisdicionado.

Dentre as cautelas de uso corrente, está a figura do arrolamento judicial de bens, definida por Cláudio Pedrassi⁴³ como “cautelar nominada, constitutiva, antecedente ou incidente, destinada a obter tutela jurisdicional cautelar para garantir e assegurar bens, *a priori* indeterminados, sobre os quais se tem interesse, não como mera garantia de crédito, mas sim como patrimônio sobre o qual se tem direito constituído ou a constituir (...)”.

O auto de arrolamento atua como se estivesse retratando os bens para a sua futura partilha, permitindo uma noção bastante exata dos bens reputados comuns ao casamento e que ficam sob a guarda de um fiel depositário.

Só que sem o auxílio da doutrina da superação da personalidade jurídica, posta para negar o absolutismo da autonomia patrimonial da pessoa jurídica,⁴⁴ a sociedade servia como adequado instrumento e um porto altamente seguro para aquele sócio que dela se valia em desacordo com o seu objeto social, apenas para auferir proveito pessoal pela fraude ou exorbitando de seus direitos.

Vertidos bens conjugais para a sociedade comercial da qual participa o marido ou o concubino, estava o esposo numa situação confortável, agindo na certeza da impunidade, já que a lei não o apanhava. Nestas condições adversas, o germe da dilapidação patrimonial atuava com muito mais desenvoltura, já que o sócio cônjuge perpetrava o esvaziamento do acervo conjugal, protegido que estava pelo anteparo da pessoa jurídica.

Assim, mesmo diante destes indícios tão sérios e gritantes de burla à meação, fingidas transferências nem sequer podiam ser detidas porque executadas por terceiro que se escondia sob o véu societário, e inepta qualquer proteção cautelar.

43 PEDRASSI, Cláudio. Ação cautelar de arrolamento de bens. *Revista de Processo* 52/79, São Paulo: RT.

44 Neste sentido é interessante anotar aresto da 5.^a Câ. Cível do Tribunal de Alçada de São Paulo, publicado na RT 725/278, assim ementado: “A pessoa da sociedade não se confunde com a do sócio, e isso é um princípio jurídico básico, porém, não uma verdade absoluta, e merece ser desconsiderada quando a sociedade é apenas um *alter ego* de seu controlador, em verdade comerciante em nome individual.”

A tão-só desconsideração da personalidade jurídica pode dar manejo expedito e eficaz para garantir a intangibilidade da verdadeira meação, inclusive com o arrolamento judicial dos bens existentes em nome da pessoa jurídica que vem sendo usada como instrumento da fraude.

Não importa que se trate de concubinato, conforme já decidido pela 7.^a Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no AgIn 593074602,⁴⁵ ou de casamento, conforme decidido no Mandado de Segurança 593116601, de 23 de junho de 1994, da 8.^a Câmara Cível, em que foram impetrantes R.E. Ltda. e G. Sociedade Anônima Construções e Incorporações, em cuja demanda originária o Juiz singular deferiu a averbação da ação de separação judicial litigiosa nos Ofícios de Imóveis, à margem de todos os bens registrados em nome das empresas construtoras.⁴⁶

Enfim, é como esclarece *Luiz Guilherme Marinoni*⁴⁷ ao escrever que não deve ser confundida a tutela jurisdicional com a sentença, “porque a diversidade das situações de direito substancial exige que sejam predispostos meios de tutela adequados a essas diferentes realidades”.

Deste modo, a tutela cautelar trará, com efeito, resultado útil ao processo, evitando e acautelando a triste constatação, em sentido contrário, de que empresa e cônjuge-sócio só se serviram mutuamente para lucrar com

45 AI 593074602, Rel. Des. *Paulo Heerd*: “Embargos de terceiro. *Disregard* ou desconsideração da personalidade jurídica. Sociedade por cotas formada por concubinos. Arrolamento de bens.” In: *RJTJRS* 160/286. Narra o relator em certo trecho de seu voto (p. 288), citando o artigo *A disregard no direito de família* (MADALENO, Rolf. *Revista Juris* 57/60): “É típico o caso em exame, pois que, com a separação do casal, invoca o varão a personalidade jurídica própria da sociedade por cotas, formada apenas por ele e pela companheira, para embargar como se terceiro fosse. Em verdade, age em nome próprio. Assim, tem-se que bem andou o magistrado ao indeferir a liminar na ação de embargos e manter o arrolamento de bens. Bem de ver que a medida, por si só, não causou prejuízos à agravante que, através de seu representante legal, continua na posse dos mesmos, podendo usá-los no interesse da sociedade.”

46 No MS 593116601, 8.^a Câm. Cível, o Rel. Des. *Antonio Carlos Stangler Pereira* foi voto vencido, prevalecendo o voto da maioria, em que redigiu o acórdão do voto vencedor o Desembargador *Eliseu Gomes Torres*, nestes termos: “Mandado de segurança. Aplicação da doutrina da *disregard*. Em se tratando de empresas em que o controlador tem quase o poder absoluto sobre elas, por ser sócio majoritário, se juntarmos as suas quotas, pode ser confundida a pessoa jurídica com a pessoa física dele, eis que, se entendermos que há intangibilidade dos bens das empresas, por se tratar de uma pessoa jurídica, estaremos atingindo, por via oblíqua, a meação da mulher, ao permitir que esses bens sejam alienados e, assim, seja esvaziado o capital das empresas. Concessão parcial da ordem, para restaurar a segunda decisão proferida pelo juiz, que mandou averbar o ingresso da ação à margem de todos os bens das empresas, por maioria.” O voto vencido não concedia o *mandamus*, por entender que em seu âmbito estreito não existe espaço para o exame do mau uso da pessoa jurídica, o que exige ampla dilação probatória.

47 MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*. São Paulo: RT, 1998, p. 404-405.

a separação, enquanto ingenuamente negadas tutelas jurisdicionais que seriam capazes de preservar o resultado útil de uma extenuante demanda que cuida de selar a ruptura judicial de uma união de duas pessoas que já não mais se entendem.

10 A *DISREGARD* E A DIVISÃO DE QUOTAS SOCIAIS

Conforme tem sido mostrado ao longo deste estudo acerca da teoria da desestimação da personalidade social, a sua aplicação processual pode resultar em inúmeros efeitos, como a ordem judicial de retorno ao acervo conjugal dos bens passados fraudulentamente para a sociedade comercial, desconsiderando a sua transferência para a sociedade e ordenando a sua integral partilha.

Existindo outros bens no acervo do casal, a sentença judicial pode ordenar a sua mera compensação em prol do cônjuge ou companheiro prejudicado, até o montante da massa de bens desviados com o uso da máscara societária. Como também a decisão pode ser orientada pela simples e episódica desconsideração de qualquer alteração contratual que tenha sido utilizada para reduzir a participação societária do cônjuge e, deste modo, buscado excluir maliciosamente da partilha a empresa e o seu correspondente lastro patrimonial, porquanto ao esvaziar suas quotas o consorte empresário esvazia a participação conjugal no capital da sociedade mercantil.

Igualmente o decisor judicial que examina o processo de separação ou de dissolução da relação afetiva do casal pode simplesmente ignorar qualquer transação que simule a retirada de um sócio meramente conivente, cuja participação na empresa estaria sendo justamente paga com expressivos bens da sociedade, num notório ajuste concertado em fraude exclusiva à meação da mulher de um dos sócios remanescentes e que enfrenta a sua separação em juízo, ou está em vésperas de promovê-la.

Entretanto, tudo o que o Juiz do processo de separação judicial ou de dissolução do concubinato não pode ordenar é a correlata dissolução da sociedade comercial para efeitos de partilha, e nem mesmo a inclusão do cônjuge ou companheiro prejudicado como sócio da empresa.

*Cristiano Graeff Jr.*⁴⁸ está entre os poucos doutrinadores que enfrentam a matéria, ao explicar que no decorrer da sociedade o sócio sujeita-se às

48 GRAEFF JÚNIOR, Cristiano. *Compêndio elementar das sociedades comerciais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 302-304.

condições do respectivo contrato social, que o *status* de sócio é conferido ao cônjuge admitido pela sociedade e que este caráter personalíssimo não se comunica ao seu cônjuge ou ao companheiro em razão da *affectio maritallis* ou por consequência do regime de bens. A apuração do valor das quotas só terá lugar na dissociação parcial ou total da sociedade mercantil.

Em complemento, aduz *Graeff*⁴⁹ que a dissolução exige hipótese taxativamente enumerada na lei ou no contrato, sendo vedado, fora destas hipóteses, que o cônjuge ou o companheiro dissolva a sociedade comercial em execução de partilha, mesmo depois de haver recuperado com a aplicação da teoria da despersonalização da sociedade jurídica a quota social que o seu parceiro tentou dissipar, escondido atrás do biombo do absolutismo da personalidade jurídica.

É a orientação colhida dos artigos 334 do Código Comercial e 1.388 do Código Civil.⁵⁰ A meeira passaria a ostentar a condição de sócia do sócio, na divisão das quotas deste último, ficando ambos em condomínio de quotas, sem que, com isso, ela tenha alguma ingerência sobre a pessoa jurídica.

É como sustentou o Juiz da Vara de Família em Criciúma, Santa Catarina, Dr. *Jorge Luís Costa Beber*, na sentença por ele proferida na ação de partilha n. 020.98.003319.5, ao concluir ser “indisfarçável que a partilha decorrente do regime de bens não poderá interferir na esfera jurídica de terceiros, sendo ilegal compelir os demais sócios a aceitar seu ex-cônjuge como sócia, o que seria efetuado através da simples transferência de quotas”.⁵¹ E concluiu por declarar

49 *Idem*, p. 304. Escreve *Graeff*, ainda na página 308 de sua obra: “O outro cônjuge, durante a vida conjugal e quando esta cessar, não dispõe de meios jurídicos para provocar a dissociação, que fica ao critério do sócio e do negócio em se envolveu. A mesma coisa acontece com os seus sucessores, que recebem a herança com as suas forças. A subsistência da sociedade comercial depende exclusivamente da lei e do contrato. O juiz não pode determinar que o cônjuge sócio promova a dissociação nas hipóteses em que ela depende apenas de sua vontade. Nessas hipóteses não cabe indagar se é conveniente ou não requerê-la. O titular do direito é o único autorizado a exercê-lo. Ninguém pode ser obrigado a fazer ou não fazer alguma coisa senão em virtude de lei (Constituição Federal, art. 5.º, inc. II; CC, arts 335, n. 5, 336, n. 1; Decreto 3.708, art. 15; Lei 6.404, art. 220).”

50 Artigo 334 do Código Comercial: “A nenhum sócio é lícito ceder a um terceiro, que não seja sócio, a parte que tiver na sociedade, nem fazer-se substituir no exercício das funções que nela exercer sem expresso consentimento de todos os outros sócios; pena de nulidade do contrato; mas poderá associá-lo à sua parte, sem que por esse fato o associado fique considerado membro da sociedade.” Artigo 1.388 do Código Civil: “Para associar um estranho ao seu quinhão social, não necessita o sócio do concurso dos outros; mas não pode, sem aquiescência deles, associá-lo à sociedade.”

51 Agregou aquele singular Magistrado, em fundamentação de sua sentença, julgado colhido da RT 624/91-92, com esta ementa: “Sociedade Comercial. Responsabilidade limitada. Integração de sócio. Inadmissibilidade. Partilha em ação de divórcio transferindo metade das cotas do varão para a mulher. Tradição por meio de sucessão que constitui entre os dois nova sociedade, não fazendo da adquirente sócia da primitiva empresa. Carência da ação por falta de interesse de agir.

os litigantes da ação conjugal de partilha de bem societário como condôminos, em partes iguais, das quotas sociais cujo titular era o varão, sem que a sua decisão pudesse gerar efeitos perante a sociedade, valendo tão-somente como uma subsociedade do quinhão societário do marido.

Neste quadro dos fatos, comete ao subsócio promover posteriormente, no juízo do cível e do comércio, a venda da sua quota condominial, gozando enquanto não extinto o condomínio do rateio dos lucros que porventura resultarem da participação do sócio real, seu ex-cônjuge ou ex-companheiro.

Este é o mesmo entendimento colacionado por *Eduardo Vaz Ferreira*,⁵² ao reconhecer o caráter personalíssimo do cônjuge que integra uma sociedade comercial, conservando ele o título de sócio com todas as prerrogativas inerentes a tal título, de modo que nem a separação judicial e nem a partilha dos bens repercute no funcionamento da sociedade. No entanto, *Ferreira* sugere que na divisão judicial dos bens se promova a compensação, adjudicando ao sócio as quotas, exatamente em virtude desta qualidade pessoal da participação social. Esta orientação vem ao encontro justamente do propósito compensatório que amiúde se faz possível pela aplicação judicial da *disregard*, sempre que existirem outros bens que, presentes no patrimônio conjugal, permitam sejam compensados em favor do parceiro prejudicado pelo mau uso da personalidade societária.

11 A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO ÂMBITO DOS ALIMENTOS

Com singular precisão, escreveu *Rolf Serick*, citado por *Fassi e Bossert*,⁵³ que a sociedade jurídica não se identifica com os homens que se acham por detrás dela. Prosseguem estes autores, em lapidar arremate, dizendo que respeitar dogmaticamente a personalidade do ente social poderia em muitos casos levar a convalidar atos que o direito não pode respeitar sem desmentir os seus próprios fins.

Aplicação dos artigos 334 do Código Comercial e 1.388 do Código Civil. A transferência de cotas de sociedade de responsabilidade limitada por força de partilha em divórcio importa tradição por meio de sucessão, não fazendo da adquirente sócia da empresa, a qual é considerada *res alios acta*, quer em relação aos demais sócios, quer aos credores sociais por obrigações já existentes ou futuras.⁵²

52 FERREIRA, Eduardo Vaz. *Tratado de la sociedad conyugal*. 3. ed., Buenos Aires: Astrea, 1979, t. 2, p. 317.

53 FASSI, Santiago C., BOSSERT, Gustavo A. *Sociedad conyugal*. Buenos Aires: Astrea, 1978, t. II, p. 213.

Penso que é no âmbito dos alimentos judicialmente requisitados que ocorrem, por certo, com maior e mais inquietante freqüência, os atos que procuram dissimular pela via societária a verdadeira capacidade econômica e financeira da pessoa física que tem um dever legal de alimentos.

Por oportuno, asseveram *Caïmmi e Desimone*⁵⁴ estar convencidos de que os mecanismos de penetração das formas jurídicas são perfeitamente aplicáveis aos casos de insolvência alimentar fraudulenta. Entendo, entretanto, que a *disregard* não só deve servir aos casos de insolvência alimentícia fraudulenta, mas, também, ao seu arbitramento no processo ordinário de conhecimento, assim como em relação à sua execução judicial.

Não há como esquecer, na diuturna prática forense, que os alimentos usualmente restam estipulados em juízo com a útil escora na conhecida *teoria da aparência*, sempre que o alimentante, sendo empresário, profissional liberal ou autônomo, e até mesmo quando se apresente supostamente desempregado, circule ostentando riqueza incompatível com a sua alegada carestia.

É que configura prova praticamente impossível aferir a exata dimensão dos regulares e periódicos ingressos financeiros dos alimentantes que não são empregados e, sobre a base dos seus ganhos, calcular a justa soma do abono alimentar. A única modalidade deste arbitramento judicial está no ato de o julgador coletar elementos probatórios de convicção pessoal, sustentados na envergadura do patrimônio do obrigado alimentar.

Portanto, o acesso de convencimento judicial da capacidade alimentária acaba buscando parâmetros no cabedal de bens do alimentante, mais apropriadamente nos indícios e nas presunções da riqueza por ele exteriorizada, tudo vinculado ao seu modo de viver e à atividade singular ou plural que ele desenvolve.

No trato processual dos alimentos a pesquisa destes ingressos tem sido costumeiramente dificultada pelo alimentante quando ele é sócio de alguma empresa e aproveita-se desse fato para agir escondido sob o véu empresarial, mantendo vida e atividade notoriamente faustas, em contraponto ao seu miserável estado de quase-indigência, considerando os parcos rendimentos que a sociedade lhe alcança como *pro labore*, isso quando ele não se retira ficticiamente da sociedade, embora siga nela atuando na suposta condição de preposto.

54 CAIMMI, Luis Alberto; DESIMONE, Guillermo Pablo. *Los delitos de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar e insolvencia alimentaria fraudulenta*. 2. ed., Buenos Aires: Depalma, 1997, p. 23.

Teresa Arruda Alvim Wambier⁵⁵ apanha muito bem a matéria atinente à tutela da aparência e encontra na teoria da desconsideração da pessoa jurídica uma justa solução de resolução do litígio alimentar, naquelas situações em que o ex-marido (e vale para o ex-companheiro e pai) hesita em prestar alimentos aos seus dependentes, alegando que tem baixos rendimentos, enquanto transita publicamente soberbo, se não exteriorizando o luxo com excessos, ao menos mostrando que não se priva de um padrão social diferenciado, num demonstrar diário que caminha na contramão de sua postura processual.

Na ApCiv 597135730, da 7.^a Câmara Cível do TJRS, foram mantidos alimentos provisionais de 12 salários mínimos para a esposa, mais despesas de moradia e saúde, valendo-se da aparência de riqueza externada antes do processo fático de separação⁵⁶ e destacando a forma fraudulenta com que o marido, já visualizando a separação do casal, “doou” a sua participação societária na R. Engenharia ao seu pai, numa intenção inequívoca de impossibilitar qualquer pensionamento digno à ex-esposa.

Ao lado de configurar uma odiosa postura criminal de abandono material o uso abusivo, simulado ou fraudulento da pessoa jurídica no intuito de negar os adequados alimentos, uma visão mais atualizada do direito mostra ser possível, inclusive, responsabilizar criminalmente a pessoa jurídica.

No âmbito dos alimentos, a empresa que empresta o seu véu ao sócio que almeja burlar a sua dívida alimentar⁵⁷ não deve ficar impune ao artifício

55 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A desconsideração da pessoa jurídica para fins de partilha e a prova de rendimentos do cônjuge-varão na ação de alimentos, pelo nível da vida levada por este. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; LAZZARINI, Alexandre Alves (Coords.). *Direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais*. São Paulo: RT, 1996, v. 3, p. 176.

56 O Relator da ApCiv 597135730, não publicada, Desembargador *Eliseu Gomes Torres*, depois de referir o abandono material a que foi submetida a esposa, sentenciou acerca da riqueza ostentada, dizendo que “para quem desfrutava uma vida mais do que digna proporcionada pelo varão, até de extremo conforto, residindo em apartamento próprio do casal de quase 400 metros quadrados em zona nobre, com constantes viagens, férias em balneário da moda, automóveis individuais etc., enquanto estavam os litigantes casados, e, de repente, com o afastamento do varão do lar, se vê na penúria, ante a sonegação por parte do recorrente dos alimentos fixados judicialmente (...)”.

57 *Sérgio Salomão Shecaira*, ao comentar a Lei 9.605, de 12.02.1998, que regulamenta as condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, na sua obra intitulada de *Responsabilidade penal da pessoa jurídica* (São Paulo: RT, 1998, p. 127), diz textualmente “que a responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato, o que demonstra a adoção do sistema de dupla imputação”. Assevera que esta mesma lei, em seu artigo 4.º, adotou a teoria da desconsideração da personalidade da empresa. Acrescenta observações, às p. 128-129, sobre o reconhecimento do *concurso de pessoas*, num sistema de dupla imputação que permite a persecução penal contra a pessoa jurídica e, paralelamente, contra a pessoa individual. Ver também, sobre o mesmo tema, *Paulo Roberto da Silva Passos* (*Crimes econômicos e responsabilidades penais de pessoas jurídicas*. São Paulo: Edipro, 1998).

ilícito, como ocorreu na separação judicial litigiosa n. 01291069282, que tramitou pela 1.^a Vara de Família e Sucessões de Porto Alegre, na qual o Juiz monocrático entendeu que a empresa deveria ser responsabilizada pela pensão arbitrada, já que detrás dela o alimentante se escondia. Conforme referi noutra obra,⁵⁸ naquele processo a prova demonstrou que o réu continuava à testa da sociedade, nela comparecendo e deliberando diariamente, não obstante em seus contratos de alteração social houvesse sido articulada artificialmente a sua simbólica retirada.

Em síntese, visa a *disregard* coibir em derradeiro estas equivocadas e acanhadas decisões judiciais⁵⁹ que teimam em decantar a autonomia patrimonial da personalidade jurídica, mesmo diante de contundentes evidências que cuidam de exteriorizar escancaradamente a riqueza do devedor alimentar.

Quando um alimentante compra e usa bens em nome de seus parentes, o decisor, já calejado com tão batidos estratagemas, não demanda qualquer dificuldade em quantificar a pensão com suporte nesta magnanimidade abusivamente ostentada. No mesmo diapasão, afigura-se desconcertante e delicadamente injusto tolerar que o decisor articule postura distinta, apenas porque no lugar do parente é a empresa que assume esse posto de *presta-nome*.

Perante esses conhecidos indícios, soa covarde que decisões prossigam protegendo o sigilo e a suposta individualidade patrimonial da personalidade jurídica, nas mais diversificadas hipóteses, que vão desde o simples indeferimento do pedido de ofício solicitando que venham aos autos as contas bancárias exploradas pela empresa da qual o devedor de alimentos é o principal sócio,⁶⁰ passando, inclusive, pelo indeferimento de perícia contábil na escrita da empresa, com vistas ao levantamento dos ganhos hauridos pelo sócio devedor alimentar.

58 MADALENO, Rolf. A *disregard* nos alimentos. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; LEITE, Eduardo de Oliveira (Coords.). *Direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais*. São Paulo: RT, v. 4, p. 341-366.

59 Reclama o Direito de Família decisões corajosas e que, sobretudo, com excepcional eficácia, coibam de uma vez por todas esse demasiado uso fraudulento e abusivo da personalidade jurídica. É como, *v. g.*, decidiu o Tribunal de Alçada de São Paulo, exarando a seguinte ementa: "Sociedade por cotas de responsabilidade limitada. Desconsideração da personalidade jurídica. Teoria que busca atingir a responsabilidade dos sócios por atos de malícia e prejuízo. Aplicabilidade quando a sociedade acoberta a figura do sócio e torna-se instrumento de fraude." RT708/116.

60 Assim aconteceu no AgIn 598060796, julgado pela 8.^a Câmara Cível do TJRS, interposto contra decisão monocrática que indeferira no processo de redução de alimentos pedido de expedição de ofícios aos bancos requisitando os extratos das contas-correntes e aplicações financeiras existentes em nome dos empreendimentos dos quais o agravado é sócio. O recurso foi provido por

12 DISREGARD E PERÍCIA CONTÁBIL

Incrivelmente, ainda existem decisões judiciais controversas acerca da admissão para a realização de perícia contábil em sociedade comercial, visando a apuração de ganhos de sócio devedor de alimentos.

Agravo de instrumento interposto contra decisão singular proferida em ação de alimentos que deferira prova contábil em empresa da qual o agravante fora diretor mereceu provimento perante a 3.^a Câmara do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo,⁶¹ que julgou inadmissível sujeitar à perícia contábil uma empresa estranha à demanda alimentar.

entender ser correto expedir tais ofícios para fornecimento de dados de movimentação financeira das empresas lideradas pelo devedor autor da revisional, eis que estes elementos interessavam à prova e não podiam ser relegados à conta do sigilo bancário, ou, como dissera o Juiz singular, “porque as empresas não seriam parte no feito”. Notadamente deveriam ser investigadas tais movimentações bancárias, principalmente quando as empresas são invocadas para mascarar os rendimentos percebidos pelo devedor da pensão.

É até ponderável a lição colacionada por *Vânia Siciliano Aieta* (*A garantia da intimidade como direito fundamental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999), quando nas p. 150-151 ressalta que as pessoas jurídicas devem merecer a tutela à sua intimidade, tal qual ocorre constitucionalmente com a pessoa física. Contudo, quando a empresa age imbuída de má-fé, buscando ocultar direitos de terceiros, ainda que aja na aparência da legalidade, com efeito que a sua intimidade não pode ser priorizada, conquanto exorbite de suas funções delegadas por lei.

61 Veja RT 663/84-85, com a seguinte ementa: “Sociedade comercial. Livros comerciais. Exame. Perícia contábil ordenada judicialmente visando apuração dos ganhos de diretor, réu em ação de alimentos. Providência inadmissível. Pessoa jurídica sobre a qual incide a prova contábil absolutamente estranha à controvérsia da ação. Impossibilidade de sujeição à determinação mesmo que se pretenda limitar a perícia apenas à apuração dos ganhos do diretor.” AI 133.925-1, 3.^a C, j. 28.08.1990, Rel. Des. *Flávio Pinheiro*. Na mesma direção, RT 535/72: “Alimentos Provisionais. realização de perícia contábil nos livros da firma comercial de que participa o réu. Descabimento. Em regra, não cabe o exame de livros de pessoa que não seja parte na demanda. Só em casos excepcionais tal prova seria admissível. No caso, não se demonstrou que haja necessidade daquele exame. A parte do réu nos lucros poderá ser conhecida através de meios comuns (ofício à sociedade, ao Imposto de Renda).”

No sentido inverso há, por exemplo, julgado publicado na RT 655/86: “Comerciante. Livros comerciais. Exame. Perícia admissível para a apuração de bens eventualmente omitidos em partilha oriunda de separação judicial do sócio. Providência que não afronta o sigilo comercial assegurado pelos artigos 17 e 18 do Código Comercial. Prova restrita ao ponto da investigação necessário. Aplicação dos artigos 339 e 341 do CPC.” AI 125.059-1, 5.^a C do TJSP, j. 22.03.1990, Rel. Des. *Márcio Bonilha*. O STF já decidiu neste mesmo sentido no RE 115.222-2-2/BA, Rel. Min. *Djaci Falcão*, publicado na RT 640/229-244 com esta ementa: “Sociedade Comercial. Responsabilidade limitada. Exclusão de sócio. Deliberação da maioria. Ação anulatória julgada improcedente após indeferimento de prova pericial nos livros da empresa. Exame, porém, necessário para esclarecimento da invocada irregularidade na escrituração que deu causa ao litígio. Cerceamento de defesa configurado. Processo anulado. Declaração de votos.”

É de outro lado a lição sustentada por *Cristiano Graeff Jr.*,⁶² ao invocar o rigor da Súmula 260, do Supremo Tribunal Federal,⁶³ que limita o exame de livros comerciais em ação judicial às transações entre os litigantes.

De qualquer modo, tem prevalecido o bom-senso, como adverte *Teresa Arruda Alvim Wambier*,⁶⁴ ao lembrar que “não afronta a regra do sigilo comercial permitir-se o exame pericial de livros contábeis da empresa, em caso de separação judicial, para fins de partilha. Prevalece sobre esta regra a obrigação de colaborar com o Poder Judiciário, na investigação da verdade”.

Embora siga sendo claramente privilegiada a completa separação entre pessoa física do sócio e pessoa jurídica da sociedade da qual ele participa, *Yussef Said Cahali*⁶⁵ defende a tese da perícia contábil em sociedade comercial da qual o cônjuge participa como sócio ou diretor, especificamente com o objetivo de apuração da sua capacidade contributiva, excluía qualquer outra perquirição investigatória concernente a outros assuntos, em relação aos quais, complementa *Cahali*, preserva-se o sigilo da atividade empresarial.

Tenho que se deva ir adiante com o princípio absoluto de colaboração para com o Poder Judiciário na busca da verdade e do sigilo da atividade comercial, sempre que restar patente que o instituto da personalidade jurídica está sendo empregado para fins condenáveis pelo Direito e pela moral, agindo na contramão do seu fim social e, assim, causando irreversíveis danos ao parceiro.

Há limites de ética processual a serem rigidamente observados quando o Juiz verifica que o cônjuge ou companheiro empresário conduz-se apenas por sua ira amorosa, valendo-se da máscara societária como útil e sacro instrumento na injusta obtenção de resultados materiais que visam o seu único e ilícito proveito.

Na procura do justo, são inadmissíveis, sob qualquer pretexto, artifícios ou simulacros tendentes a fraudar partilha ou sonegar criminosamente a adequada alimentação essencial à sobrevivência de pessoas dependentes. É ato de nenhuma suportabilidade, e que ética alguma justifica respeitar, invocar a distinção de personalidades em nome de inúteis conceitos de ordem meramente processual, idealizados para outra classe de litígio. Não podem ser aceitos esses princípios quando, à vista das evidências, terceiros são

62 GRAEFF JÚNIOR, Cristiano. *Op. cit.*, p. 311.

63 Súmula 260, do STF: “O exame de livros comerciais, em ação judicial, fica limitado às transações entre os litigantes.” Ver os artigos 381 e 382 do CPC.

64 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Op. cit.*, p. 188.

65 CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 3. ed., São Paulo: RT, 1999, p. 847.

espoliados e prejudicados com o uso ilegal e abusivo da personalidade jurídica, que tem servido, com preocupante frequência no Direito de Família, como instrumento à causa do logrange litigante, o qual se movimenta ágil e impune, por detrás da sociedade mercantil que pôs a seu exclusivo serviço.

Destarte, em perícia que venha a ser ordenada numa ação judicial de dissolução de casamento ou concubinato, e que por hipótese também agregue pedido inicial de arbitramento de alimentos, presentes as suspeitas do parceiro-sócio estar se valendo da sociedade mercantil em disfunção das finalidades da empresa, com efeito que o Juiz da demanda, e desde que provocado por específico pedido contido na inicial, deverá encaminhar o processo para uma suspensão episódica do princípio da separação entre pessoa jurídica e pessoa física – membro desta mesma sociedade.

Portanto, a perícia poderá não apenas ser contábil, para apuro de valores da efetiva capacidade pensional, como também poderá implicar pesquisa e avaliação do acervo patrimonial da empresa, buscando apurar esmiuçadamente a dolosa transferência de bens, quotas e alternância de sócios, tudo num jogo claramente ensaiado para perpetrar invidiosa fraude à meação do cônjuge e aos alimentos de seus dependentes.

Talvez apenas seja necessário o auxílio de um perito engenheiro, ou arquiteto, com competência para a avaliação patrimonial, logicamente auxiliado pela pesquisa contábil.

13 A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA EXECUÇÃO DE ALIMENTOS

Antigo tormento adicional surgia na mais dramática de todas as demandas, quando depois de judicialmente estipulada a pensão alimentar, o alimentante transferia suas quotas sociais para parentes, simulando seu afastamento da sociedade, embora prosseguisse à testa da direção da empresa, atuando com procuração.

Outro expediente de uso rotineiro consiste em esquivar-se do pagamento da dívida alimentar, escudado na circunstância de a pessoa jurídica possuir bens, enquanto o seu sócio, devedor dos alimentos, vive numa completa indigência.

É oportuno recordar que a teoria da despersonalização da personalidade jurídica há muito deixou de ser mero dogma importado do Direito estrangeiro, já estando inserido em importantes leis brasileiras, como são

exemplos o artigo 28 da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, o Código de Defesa do Consumidor e o artigo 18 da Lei 8.884, de 11 de junho de 1994, a Lei Antitruste, isso sem deslembrar o artigo 2.º, § 2.º, da CLT, e os artigos 133, inciso II, 134, inciso VIII, e 135 do Código Tributário Nacional.

Além disso, o Novo Código Civil acena em seu artigo 50⁶⁶ com a introdução, em seu texto, do princípio da desconsideração da pessoa jurídica.

Assim pode ser logo vislumbrado que o princípio da desconsideração da personalidade jurídica está inteiramente integrado ao texto legal brasileiro, e embora debute oficialmente na nova codificação civil, de muito tempo já vinha sendo amplamente acolhido em diversas áreas do Direito brasileiro.

Bem vista a jurisprudência nacional na execução de créditos, em que a *disregard* vem mantendo larga aplicação, tanto direta como inversamente, nesta última, quando se trata de penhorar bens pessoais dos sócios por dívidas da sociedade.⁶⁷

Sobre a responsabilidade dos sócios por dívidas da sociedade, em alentado artigo doutrinário, *Raimundo Carvalho*⁶⁸ entende ser de menor importância perquirir a base legal para a aplicação da doutrina da desconsideração da pessoa jurídica, pois que se trata de tese largamente difundida na jurisprudência e doutrina brasileiras, e que só tem sido paulatinamente acolhida na legislação pátria.

O ilustre Magistrado *Jorge Luis Costa Beber*,⁶⁹ estudioso da *disregard*, ao explanar acerca da aplicação direta da *disregard* na execução alimentar, não encontra qualquer óbice para a sua aplicação na seara familiar, e acrescenta:

66 Novo Código Civil, cujo Projeto já foi aprovado pelo Senado Federal: “Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, o juiz pode decidir, a requerimento da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.”

67 Ver nesta linha de ordenamento a RT 703/95, com esta ementa: “Sociedade Comercial. Execução. Penhora de bens particulares de sócios. Admissibilidade. Empresa em situação irregular, cujos bens desapareceram. Aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Declarações de votos vencedor e vencido.” AI 543.309/2, 4.ª C. do TASP, j. 30.06.1993, Rel. Juiz *Térsio José Negrato*. No mesmo sentido RT 723/348: “Sociedade por cotas de responsabilidade limitada. Extinção pelos sócios. Falta de bens societários para o pagamento de seus débitos. Responsabilidade particular e ilimitada dos sócios por tais débitos. Penhora em bens destes. Admissibilidade. Ação procedente confirmada.” Ap. 269.062-1/9, 7.ª C. do TJSP, j. 04.10.1995, Rel. Des. *Benini Cabral*. Também na RT 711/140, RT 713/138 e RT 728/292.

68 CARVALHO, Raimundo M. B. Da responsabilidade dos sócios por dívidas da sociedade: sociedade anônima e por cotas de responsabilidade limitada. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro* 73/22-38, 1989.

69 *Jorge Luis Costa Beber*, em *Alimentos e desconsideração da pessoa jurídica*, trabalho inédito, ainda não publicado.

“Em especial no tocante aos alimentos, estimo ser perfeitamente viável o uso da teoria ora em exame, tanto na fase de cognição, como na execução, sobretudo nesta última, já que a constrição de bens para satisfação do débito alimentar se impõe cada vez mais como medida necessária e imprescindível, fruto do entendimento jurisprudencial vigente, contra o qual mantenho reservas pessoais, que limita a utilização da modalidade executiva prevista pelo artigo 733 do CPC.”

Foi exatamente a decisão tomada por unanimidade na ApCiv 598082162, da 7.^a Câmara Cível do TJRS, sendo Relatora a Desembargadora *Maria Berenice Dias*.⁷⁰

No seio do acórdão argumenta a Relatora Desembargadora *Maria Berenice Dias*:

“A conveniência de sua utilização no âmbito do Direito de Família já foi abordada por *Rolf Madaleno*, em seu artigo intitulado *A disregard no Direito de Família*, publicado na *Revista Ajuris* 57/57-66: ‘O usual, dentro da teoria da despersonalização, é equiparar o sócio à sociedade e que dentro dela se esconde, para desconsiderar seu ato ou negócio fraudulento ou abusivo e, destarte, alcançar seu patrimônio pessoal, por obrigação da sociedade’. Já no Direito de Família sua utilização dar-se-á de hábito, na via inversa, desconsiderando o ato, para alcançar bem da sociedade, para pagamento do cônjuge ou credor familiar, principalmente frente à diuturna constatação nas disputas matrimoniais, de o cônjuge empresário esconder-se sob as vestes da sociedade, para a qual faz despejar, senão todo, ao menos o rol mais significativo dos bens comuns.”

E nesta altura dos acontecimentos, já teríamos de ter aprendido que a elevada responsabilidade alimentar, que diz respeito à própria vida do credor, não pode ser barrada pelo singelo gesto de cerrar a porta da personalidade jurídica, como se fosse um território de completa imunidade judicial.

⁷⁰ A ementa está publicada no *Boletim de Jurisprudência de Direito de Família do IBDFAM* 01, ementa n. 34, p. 22 nestes termos: “Embargos de terceiros. Execução de alimentos. Descabe escudar-se o devedor na personalidade jurídica da sociedade comercial, em que está investido todo o seu patrimônio, para esquivar-se do pagamento da dívida alimentar. Impõe-se a adoção da *disregard doctrine*, admitindo-se a constrição de bens titulados em nome da pessoa jurídica para satisfazer o débito. Apelo improvido.”

14 BIBLIOGRAFIA

- AIETA, Vânia Siciliano. *A garantia da intimidade como direito fundamental*. Barcelona: Lumen Juris, 1999.
- BEBER, Jorge Luis Costa. *Alimentos e desconsideração da pessoa jurídica*, texto inédito, ainda não publicado.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1994, v. 1.
- BORDA, Guillermo A. *Tratado de derecho civil*. Parte General. Buenos Aires: Perrot, 1991, t. 1.
- CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 2. ed., São Paulo: RT, 1998.
- _____. *Dos alimentos*. 3. ed., São Paulo: RT, 1999.
- CAIMMI, Luis Alberto; DESIMONE, Guillermo Pablo. *Los delitos de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar e insolvencia alimentaria fraudulenta*. 2. ed., Buenos Aires: Depalma, 1997.
- CARVALHO, João Andrades. *Regime de bens*. Rio de Janeiro: Aide, 1996.
- CARVALHO, Raimundo M. B. Da responsabilidade dos sócios por dívidas da sociedade: sociedade anônima e por cotas de responsabilidade limitada. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro* 73. São Paulo: RT, 1989.
- CHAVES, Antonio. *Tratado de direito civil: direito de família*. 2. ed., São Paulo: RT, 1991, t. 1.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Desconsideração da personalidade jurídica*. São Paulo: RT, 1989.
- CORIA, Clara. *O sexo oculto do dinheiro*. Rosa dos Tempos, 1997.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 7. ed., São Paulo: Saraiva, 1993, v. 5.
- DOBSON, Juan M. *El abuso de la personalidad jurídica*. Buenos Aires: Depalma, 1985.
- FASSI, Santiago C.; BOSSERT, Gustavo A. *Sociedad conyugal*. Buenos Aires: Astrea, 1978, t. II.
- FERREIRA, Eduardo Vaz. *Tratado de la sociedad conyugal*. 3. ed., Buenos Aires: Astrea, 1979, t. 2.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O companheirismo*. São Paulo: RT, 1998.
- GOZZO, Débora. *Pacto antenupcial*. São Paulo: Saraiva, 1992.
- GRAEFF JÚNIOR, Cristiano. *Compêndio elementar das sociedades comerciais*. Livraria do Advogado, 1997.
- GUILMINELLI, Ricardo Ludovico. *Responsabilidad por abuso de la personalidad jurídica*. Buenos Aires: Depalma, 1997.

- JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro*. São Paulo: RT, 1987.
- KONDO, Jonas Keiti. Natureza jurídica, desconsideração da pessoa jurídica. *Jurisprudência Brasileira* 102/26. Curitiba: Juruá, 1985.
- KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas*. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- LACERDA, Galeno. Função e processo cautelar: revisão crítica. *Revista Ajuris* 56, 1992.
- MADALENO, Rolf Hanssen. *Direito de família: aspectos polêmicos*. Livraria do Advogado, 1998.
- _____. Meação e prescrição. *Revista Ajuris* 60.
- _____. A *disregard* no Direito de Família. *Revista Ajuris* 57.
- _____. A *disregard* nos alimentos, repertório de doutrina sobre direito de família, aspectos constitucionais, civis e processuais. RT, 1999, v. 4.
- MALDONADO, Maria Teresa. *Casamento, término e reconstrução*. Vozes, 1986.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*. São Paulo: RT, 1998.
- OLIVEIRA, Basílio de. *Concubinato: novos rumos*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *A tutela de urgência e o direito de família*. São Paulo: Saraiva, 1998.
- PEDRASSI, Cláudio. Ação cautelar de arrolamento de bens. *Revista de Processo* 52. São Paulo: RT.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 7. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1991, v. V.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e união estável*. 3. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- PESSOA, Claudia Grieco Tabosa. *Efeitos patrimoniais do concubinato*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- RICHARD, Efraín Hugo; MUIÑO, Orlando Manuel. *Derecho societário*. Buenos Aires: Astrea, 1998.
- SALOMÃO, Calixto Filho. *O novo direito societário*. Malheiros, 1998.
- SANTOS, J. A. Penalva. A aplicação do princípio da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro. In: GUSMÃO, Paulo Dourado de; GLANZ, Semy (Coords.). *O direito na década de 1990, novos aspectos, estudos em homenagem ao professor Arnoldo Wald*. São Paulo: RT, 1992.
- SCHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: RT, 1998.

- SPOTA, Alberto G. *Tratado de derecho civil*. Buenos Aires: Depalma, 1988, v. 3.
- VILLELA, João Baptista. Alimentos e sucessão entre companheiros: apontamentos críticos sobre a Lei 8.971/94. In: *Repertório IOB de Jurisprudência: Civil, Processual, Penal e Comercial*, 1995.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A desconsideração da pessoa jurídica para fins de partilha e a prova de rendimentos do cônjuge-varão na ação de alimentos pelo nível da vida levada por este. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; LAZZARINI, Alexandre Alves (Coords.). *Direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais*. São Paulo: RT, 1996, v. 3.
- ZANNONI, Eduardo A. *Sociedades entre cónyuges, cónyuge socio y fraude societário*. Buenos Aires: Astrea, 1980.

PRESUNÇÃO DE PATERNIDADE NO CASAMENTO E NA UNIÃO ESTÁVEL

Nágila Maria Sales Brito

Mestra em Direito

Procuradora de Justiça/BA

Diretora da FESMIP – Escola Superior do Ministério Público/BA e CEAF –
Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público/BA

Presidente da Regional do IBDFAM/BA

Professora da Faculdade de Direito da Universidade Católica
de Salvador e Escola Superior do Ministério Público/BA

*“Um homem pode ter uma rapidíssima relação com
uma mulher e engravidá-la. Mesmo que ele desapareça,
é ela quem assume a responsabilidade de carregar
no ventre a criança durante nove meses, e depois
enfrentar um parto doloroso... e, no fim das contas,
o bebê é ilegítimo se não tiver o sobrenome do pai...???”*
(Sophia Loren, *Hollywood nua e crua: parte II*).

Sumário

1. Prolegômenos. **2.** A evolução legislativa e o tratamento normativo da matéria. **3.** O descompasso entre a legislação e a realidade fenomênica da sociedade atual. **4.** Tratamento atual do tema. **5.** Conclusão.

1 PROLEGÔMENOS

O Direito de Família, com o advento da Magna Carta (de 05.10.1988), sofreu verdadeira revolução, ganhando feição moderna e consentânea com a sociedade atual, inclusive inspirando a legislação infraconstitucional, o que gera como premissa inarredável a possibilidade de tratamento jurídico diver-

so para institutos até então consolidados, em face de modificações legislativas e de interpretações jurisprudenciais adequadas à nova realidade.

As alterações mais significativas, emanadas do texto constitucional, atingiram, principalmente, quatro áreas do Direito de Família:

1. reconhecimento da união estável, elevando-a à categoria de entidade familiar;
2. igualdade dos cônjuges (art. 226, § 5.º);
3. modificação no requisito temporal do divórcio;
4. isonomia na filiação.

Anteriormente à *Lex Fundamentallis*, a família se originava unicamente do casamento (que sempre foi tido como instituição “sagrada”, com profunda importância social e religiosa). Hoje, é fato certo e incontroverso que tanto do casamento quanto da união estável pode se originar a *família* (que, também, será a comunidade de qualquer dos genitores e seus descendentes). O Texto Magno, aliás, veio a dar foros de reconhecimento jurídico a uma situação fática existente na sociedade atual.

A igualdade dos cônjuges (não aceita apenas por alguns autores, que, *concessa maxima venia*, em rigorismo formal exacerbado, entendem indispensável o advento de leis regulamentadoras),¹ em verdade, é corolário da própria igualdade constitucional emanada do *caput* do artigo 5.º, que proclama serem “todos iguais perante a lei”, não sendo possíveis distinções. Saliente-se que, como conseqüência de uma garantia individual (garantia à igualdade), é de se considerar quanto a esta matéria a eficácia imediata dos dispositivos constitucionais – o que se vem estabelecendo na prática forense, em virtude de não poderem prevalecer distinções –, uma vez que quaisquer normas que desigualem em direitos e obrigações os filhos – homem e mulher – não foram recepcionadas pela Constituição Federal.

Por sua vez, o divórcio passou do absurdo inicial de só poder ser decretado uma única vez e de prazos longos para sua concessão a uma maior facilitação: basta um ano de separação judicial para a sua conversão em divórcio² ou

1 Sobre a eficácia *imediata* de normas que versarem sobre direitos fundamentais, ver CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 1.152.

2 Pela própria Lei Maior não é mais requisito para a conversão o anterior cumprimento das obrigações pactuadas no divórcio, que pode ser resolvido pelas vias ordinárias. Assim, tem-se como condição para a conversão: a) lapso de tempo e b) trânsito em julgado da decisão separatória, sob pena de não haver o que ser convertido. Nesse sentido CAHALI, Yussef Said. *Separação e divórcio*. São Paulo: RT, 1997, v. 2.

dois anos de separação de fato para o chamado “divórcio direto”. Destaque-se, neste particular do divórcio direto, que o texto constitucional trata, verdadeiramente, dos separados de fato como sujeitos de direitos e obrigações da união estável, uma vez que possibilitado o divórcio direto, cuja única contestação seria a inexistência do decurso do prazo de dois anos de separação, não se perquirindo a causa desta (CR 226, § 5.º), estará atendido o mandamento constitucional da possibilidade da conversão da união estável em casamento.

Por derradeiro, o direito de igualdade para todos os filhos, sendo vedada distinção até na denominação ou inscrição em registros cartorários, também foi alçado à altitude constitucional. Tais normas constitucionais, inclusive, fizeram juristas de escol como *Sérgio Giskov Pereira* e *Pedro Sampaio*, dentre outros, considerarem revogadas as normas infraconstitucionais incompatíveis com tais princípios constitucionais, que balizam a matéria.

Esta a realidade imposta constitucionalmente e dela não se pode afastar!

À luz do novo tratamento constitucional, mais condizente com a atual realidade fática e com as situações cotidianas para serem solucionadas, resta-nos vislumbrar nos artigos do Código Civil uma real incompatibilidade com os princípios (constitucionais) do Direito de Família, através de uma leitura construtiva, visando adequá-los à Lei Maior.

Assim sendo, daquela filiação antiga que se bipartia em legítima e ilegítima, a primeira oriunda do casamento, a segunda emanada de união extramatrimonial (que, a seu turno, subdividia-se em natural e espúria, fracionando-se esta última em adúlterina e incestuosa), tem-se, hodiernamente, apenas registros para efeitos didáticos, eis que não se poderá imputar distinção entre filhos, vedando-se qualquer menção a filiação havida no casamento ou fora do casamento.

Com base no princípio constitucional da igualdade dos filhos – e mais, nas leis posteriores que tratam da matéria –, vislumbra-se que a presunção *pater is est* no casamento e, por analogia, na união estável não sobrevive, merecendo tal matéria uma interpretação mais condizente com a realidade cotidiana.

Afinal, como pregava *Rudolf Von Ihering*, de há muito, é mister ter essa visão prática da Ciência Jurídica, voltada para regular a vida concreta das pessoas, afinal “não lhe basta (ao Direito) uma *pretensão normativa*. É preciso que se lhe dê *efetividade social*”.

2 A EVOLUÇÃO LEGISLATIVA E O TRATAMENTO NORMATIVO DA MATÉRIA

No período pré-codificado, com as Ordenações Filipinas, era possível o reconhecimento dos filhos espúrios.

Com o advento do Código Civil, de 1916, no período anterior à Lei 883, de 21.10.1949, quando se tratava de ação de investigação de paternidade de filho adúlterino *a matre* prevalecia a presunção *pater is est*, somente podendo ser contestada a paternidade jurídica com a prova dos requisitos do artigo 340 do Código Civil, isto é, havendo comprovação de que o marido se achava fisicamente impossibilitado de coabitar com a mulher no período da concepção ou de que a esse tempo estavam os cônjuges legalmente separados.

Somente com o advento da Lei 883/49 é que foi garantido o direito de o filho demandar o reconhecimento da paternidade extraconjugal. Mas a lei permitia a investigação de paternidade adúlterina somente após a dissolução da sociedade conjugal, através da separação judicial, desquite, morte de um dos cônjuges ou anulação do casamento.

A Lei 6.515/77 – Lei do Divórcio – alterou este panorama legislativo.

Todavia, a Lei 7.250, de 13.11.1984, veio acrescentar o § 2.º ao artigo 1.º da Lei 883/49, passando a permitir o reconhecimento do filho havido fora do casamento pelo cônjuge cuja separação de fato tivesse mais de cinco anos. Mantinha, portanto, a proibição da investigação de paternidade do filho adúlterino *a matre*, prestigiando a presunção *pater is est*.

Mais adiante, a Lei 7.841/89 revogou o artigo 358 do Código Civil, em que se assentava a vedação ao reconhecimento dos filhos adúlterinos e incestuosos.

Hoje, no entanto, a matéria é regulada pela Lei 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente, ECA (arts. 26 e 27), e pela Lei 8.560/92 – Lei de Investigação de Paternidade, LIP.

Atualmente, mesmo contrariando o disposto no comando 340, inciso II, do Código Civil, a jurisprudência se cristalizou no sentido de ser possível o ajuizamento de ação investigatória de paternidade, em se tratando de adúlterinidade *a matre*, não estando os pais separados judicialmente. Mesmo o STF, em interpretação construtiva, não escorada na letra do Código, mas com espreque na lógica dos fatos e nos fins teleológicos das normas, tem entendido que a expressão “legalmente separados” deve ser compreendida no sentido de englobar, também, a separação de fato. E foi na trilha desse entendimento pretoriano que surgiu a Lei 8.560/92, LIP.

Consentânea com os princípios constitucionais impulsionadores do Direito de Família, esta nova lei (LIP) vem demonstrar o desuso das normas de estabelecimento de paternidade insertas no Código Civil, inclusive constando, *in litteris*, da redação do artigo 10, que ficavam “revogados os arts. 332, 337 e 347 do Código Civil e demais disposições em contrário”.

O critério utilizado pela Lei 8.560/92 e pela própria jurisprudência dominante funda-se na *verdade biológica*, em contraposição à paternidade jurídica presumida. Até porque a norma jurídica não pode ter o condão de imputar a filiação a alguém, fato este entregue ao mundo fático, devendo ser aferido por critérios técnicos, nunca por presunções legais. Máxime em tempos atuais, nos quais a determinação de filiação pelo exame das impressões digitais de DNA (ácido desoxirribonucléico) reveste-se de segurança absoluta.³

A aplicabilidade da presunção *pater is est* fica prejudicada em respeito e homenagem à paternidade biológica (verdadeira), chegando ao ponto de, havendo paternidade jurídica, acrescida de posse de estado de filho, em oposição à paternidade biológica, fazer-se prevalecer a última. Entrementes, não está prevista a posse de estado de filho no Direito brasileiro, pelo que, em ação de investigação de paternidade, o Juiz busca respaldo no Código Civil, artigo 363.⁴ Na ausência das causas elencadas no multicitado dispositivo de lei, torna-se impossível reconhecer a paternidade, mesmo restando provados o *tractatus*, o *nomen* e a *fama*.

Em verdade, o que se tem é que as leis ordinárias almejavam (e procuraram fazê-lo) traduzir a vontade do constituinte, adequando o Direito de Família à realidade existente. Dessume-se tal ilação de normas como, *exempli gratia*, a Lei 7.841/89, que revogou o Código Civil, artigo 358 (que impossibilitava o reconhecimento dos filhos adulterinos e incestuosos). No mesmo diapasão, a Lei 8.060/90 – ECA, que inscreveu a matéria perfilhação no corpo

3 Sobre a segurança e certeza do exame de DNA importa fazer referência à obra argentina: VERRUNO, Luis; HAAS, Emílio J. C. *Manual para la investigación de la filiación: actualización médico-legal*, 1985, p. 16, pela clareza e completude sobre a matéria. No mesmo sentido: AMAR, Ayush Morad. *Investigação de paternidade e maternidade: aspectos médicos-legais*, 1987, p. 104; RAMOS, Christiane Araújo. O exame de DNA na investigação de paternidade. In: *Cadernos de Estudos Jurídicos* 1/35, v. 1, abr. 1992, e SILVA FILHO, Artur Marques da. HLA e DNA: novas técnicas de determinação do vínculo genético. *RT* 655/54-55.

4 Importante esclarecer que o Código Civil, artigo 363, em face do disposto no artigo 227 da Constituição da República, § 6.º, no artigo 20 do Estatuto da Criança e do Adolescente e na Lei de Investigação de Paternidade deve ter seu texto lido, necessariamente, como “os filhos têm ação contra os pais” e não os “filhos ilegítimos”, como consta do texto original. Corroborando esse entendimento: NEGRÃO, Theotônio. *Código Civil e legislação civil em vigor*. 16. ed., São Paulo: Saraiva, 1997, p. 98, e as decisões do STJ (*RSTJ* 27:383) e TJSP (*BolAASP* 1731/51).

das normas que destinou à família natural, e a Lei 8.560/92 – LIP, permitindo o reconhecimento do filho por escrito particular ou público (a ser arquivado no Cartório do Registro Civil de Pessoas Naturais), pelo testamento, sendo livre o instrumento, mesmo que a declaração seja incidental. Também é lícito o reconhecimento pela manifestação expressa do pai em juízo, mesmo que a ação verse, primordialmente, sobre outra matéria.⁵ Tudo isso, além de criar a averiguação oficiosa da paternidade (sem caráter judicial, permitindo solução mais célere), atribuindo ao Ministério Público legitimidade concorrente para a propositura de ação de investigação de paternidade.⁶

3 O DESCOMPASSO ENTRE A LEGISLAÇÃO E A REALIDADE FENOMÊNICA DA SOCIEDADE ATUAL

Tentando-se admitir como vigentes as normas do Código Civil (que data de 1916), chegaríamos a situações verdadeiramente absurdas. Assim, considerando-se em vigor os dispositivos da Cártula Substantiva Civil que não foram expressamente revogados pela legislação posterior, ter-se-ia como aplicável ao caso concreto a presunção legal dos artigos 338 e 339 do Código Civil: *pater is est quem nuptia demonstrant*. Vale dizer, todos os filhos nascidos na constância do casamento presumir-se-iam do marido, somente invalidando-se esta presunção (de natureza absoluta, *jure et de jure*) nas hipóteses previstas no Código Civil, artigo 340, ou seja, quando o marido se encontrar fisicamente impossibilitado de coabitar com a mulher na época da concepção (primeiros 121 dias, dentro, porém, dos 300 que houvessem precedido o nascimento). De logo, dessumir-se-ia um problema: e se tivesse nascido depois dos 120 dias, mas dentro dos 300, ou se estivessem legalmente separados?

Os artigos do Código Civil que tratam da presunção *pater is est* vão mais além, para dizer que só em sendo absoluta a impotência do marido poderia ser elidida a presunção de paternidade. Também se tem que o adul-

5 Veda-se apenas o reconhecimento de paternidade na ata do casamento (LIP, 3.º).

6 Legitimação essa que, em verdade, já decorria do próprio texto constitucional, quando incumbiu ao *Parquet* a “defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”, aqui inserido, por óbvio, o direito à perfilhação. Em sendo indisponível o direito à paternidade, já se tinha a legitimidade ministerial assentada no próprio texto constitucional. Esclarecendo que é indisponível o direito à paternidade, a lição de *Sálvio de Figueiredo Teixeira: Direitos indisponíveis são os direitos chamados personalíssimos, fundamentais*” (*Código de Processo Civil anotado*. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 1996, p. 230).

tério da mulher não basta (realmente, se ela teve relações sexuais com ambos, poderá – e deverá! – restar dúvida), e, ainda que ela confesse o adultério, não se excluirá a paternidade. Tudo isso em nome da proteção da família e seus valores morais, cuja proteção deveria sobrepujar a própria verdade emanada de fatos concretos.

Por óbvio, tudo isso não mais atende à situação fática concreta dos dias atuais. Naturalmente, advém a perquirição sobre o valor que terá uma paternidade embasada numa mentira. Certamente, nenhum.

Utilizando-se desta ficção criada por um dispositivo que data do início do século, presumindo ser do marido todo filho nascido na constância do casamento, deixava-se a salvo a tradicional família brasileira, cobrindo-se com um véu esta realidade que não é nova, pois o adultério existe desde que foi institucionalizado o casamento e perdura tipificado como crime, quase uma letra morta, pelo desuso na área penal, mas, de qualquer modo, com bastante relevância para a área cível, justificando separações judiciais (com imputação de culpa ao cônjuge adúltero) e até indenizações por dano moral.

E mais. O adultério sofisticou-se e hoje já se fala em adultério virtual, embora prevaleça, ainda, o adultério ortodoxo. É fato concreto que, com o avanço da Internet, novas modalidades se afiguram no adultério, como referidas em palestras proferidas nesse Congresso Nacional do IBDFAM. A propagação do sexo virtual tem levado inclusive a novos relacionamentos, no início virtuais e depois bastante reais.

Em tempos de exames periciais sofisticados que afastam qualquer margem de erro, como o de mapeamento do DNA, cujo acerto chega a 99,999%, por que se submeter a normas antiquadas, totalmente em descompasso com os tempos modernos? Merece referência, inclusive, o fato de que a jurisprudência de nossos Tribunais já se inclina por admitir a presunção de *verdade absoluta* derivada do exame DNA, como elemento indiciário suficiente para o reconhecimento paterno.⁷

7 Nesse diapasão, não é despidendo evidenciar o caminho trilhado pela jurisprudência: “Investigação de paternidade – Exame DNA – Valoração – O exame genético pelo DNA tornou obsoletos todos os demais sistemas existentes. É o auxílio científico para a solução de um dos mais graves e subjetivos dramas do judiciário, a investigação de paternidade. Antes eram a apreciação subjetiva da prova testemunhal, os arcaicos exames de sangue; hoje, a certeza objetiva, científica” (TJSP, Ac. unân. 7.^a Câ. Cível, 206.305-1/8, Rel. Des. *Godofredo Mauro*, j. 18.05.1994. *Repertório IOB* 3/9852), “A identificação genética digital do DNA constitui valiosíssimo recurso na distribuição da justiça, rápida e justa, possibilitada mediante considerável economia de tempo e dinheiro” (TJSC, Ac. 1.^a Câ. Cível, ApCiv 36.643 – Anchieta, Rel. Des. *Napoleão Amarante*, DJ/SC 27.09.1991, p. 12). “Investigação de paternidade – Prova – Exame DNA – Credibilidade. O exame genético DNA

A tendência atual é a descriminalização do adultério. A família não nasce mais só do casamento, mas também da união estável, como referenda a própria *Lex Mater*. Por isso, o entendimento hodierno em relação à presunção da paternidade no casamento deve se fixar no sentido de não mais serem aplicáveis (até mesmo por restarem não recepcionadas pela vigente Constituição da República) as disposições relativas à presunção de paternidade, especialmente contidas no Código Civil, porque discriminadoras em relação aos filhos, dado que o mandamento constitucional é no sentido de vedar qualquer discriminação, devendo atribuir os mesmos direitos e qualificações aos filhos, havidos na relação do casamento ou não, ou mesmo adotados.

Nessa esteira, também seguindo a norma maior, veio o Estatuto da Criança e do Adolescente a estabelecer, no artigo 27, que o reconhecimento do estado de filiação é, *verbum ad verboi*, “direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição”.

Com essa ordem de inteligência, verifica-se que não é admissível coibir a investigação da paternidade em qualquer hipótese, mesmo na de adulterinidade *a matre*, em respeito, repita-se à exaustão, ao princípio constitucional da paridade entre os filhos. Mas não é só. O próprio Estatuto Menorista deixa claro, ainda, que os vínculos naturais devem prevalecer (art. 19).⁸

O intérprete e o aplicador da lei (enfim, o “esgrimista do Direito”, no dizer de *Carlos de Araújo Lima*) não podem solucionar as questões envolvendo o direito à paternidade e à maternidade sem ter em vista os novos valores consubstanciados nos princípios constitucionais da igualdade dos filhos e da absoluta prioridade dos direitos da criança e do adolescente,⁹ tais como direito à dignidade e à convivência familiar (CR, art. 227).

é prova científica incontestável, fruto do avanço da ciência, e capaz de determinar com precisão e absoluta certeza a paternidade” (TJDF, Ac. 31.131, Ac. unân. 1.^a T. Cv. Rel. Des. *Eduardo de Moraes Oliveira*, j. 21.02.1994, DJU 20.04.1994, p. 4.117, em. of.). “Investigação de paternidade – Exame DNA – Valoração. A procedência da ação de investigação de paternidade exige prova convicente. E o exame denominado DNA leva o julgador à segurança que deve presidir todo reconhecimento de paternidade” (TJDF, Ac. unân. 3.^a T. Cv., Ac. 31726, Rel. Des. *Nívio Gonçalves*, DJU 17.11.1994, p. 14.359, em. of.).

- 8 ECA, art. 19: “Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta (...).”
- 9 Está estreme de dúvidas que o ordenamento jurídico pátrio acolheu a doutrina da proteção integral, ao garantir educação, saúde, trabalho digno e outros direitos estabelecidos na Constituição da República, artigo 227, e no corpo do Estatuto da Criança e do Adolescente. Outrossim, ao determinar ser “dever 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 (...)” (CR, art. 227, e ECA, art. 4.^o, par. ún., c),

Com efeito, não se pode mais restringir a investigação de paternidade aos casos previstos no Código Civil, artigo 363 – o concubinato ao tempo da concepção entre a mãe e o suposto pai (RT 276:362, 245:104 e 227:197, *Adcoas* 88.363, 1983), o rapto da mãe pelo pretendido genitor ou relações sexuais coincidentes com o período da concepção (RT 241:203, 314:172, 530:107 e 546:224) e existência de escrito do suposto pai (RT 155:722) –, se, com o evoluir da tecnologia, e em épocas de globalização, tem-se no plano concreto da realidade (e na pauta do dia das discussões médico-biológicas e jurídicas) temas, antes não imagináveis, como a inseminação artificial¹⁰ (que permite a reprodução humana sem o contato sexual) e a própria posse de estado de filho, que, embora constasse do Projeto originário, não restou acolhida pelo Código Civil.

A paternidade caracteriza-se, configura-se, pelo exercício de direitos e obrigações que constituem o conteúdo das relações familiares. Há um tratamento recíproco paterno-filial, passando a pessoa, aos olhos de todos, como se filho fosse. São seus princípios básicos: *nomen*, caracterizando-se pelo uso do nome paterno; *tractatus*, tipificado pelo tratamento que recebe, se compatível com os cuidados dedicados ao filho; e, finalmente, *fama*, pela qual o investigante goza, no meio social, do conceito de filho, não se confundindo, entretanto, com o sentimento de piedade cristã.

Tem sido admitida como prova, nas investigações de paternidade, a posse do estado de filho. Como salienta o eminente Procurador de Justiça das Alterosas, *Bertoldo Mateus de Oliveira Filho*,¹¹ em específico opúsculo, a

se extrai, por simples interpretação teleológica, a inexorável conclusão de que é *prioridade absoluta* do Poder Público, família e sociedade a proteção menoril. Nesse sentido, *Olympio de Sá Sotto Maior Neto*: “A proteção aos interesses individuais, coletivos ou difusos relacionados à infância e juventude deve ser tratada *com absoluta prioridade* (...), já que o comando da CF nesse sentido torna obrigatório o estabelecimento de uma política institucional nessa área que contemple a preferência manifestada pelo ordenamento jurídico” (cf. O Ministério Público e a proteção aos interesses individuais, coletivos e difusos relacionados à infância e juventude. *In: Livro de Teses do 9.º Congresso Nacional do MP*. Salvador, 1992, v. 2, p. 448). Essa prioridade absoluta, inclusive, é tendência universal, constando de todos os Estados democráticos de direito.

10 Sobre inseminação artificial, demonstrando o progresso das descobertas biológicas e da tecnologia genética: DINIS, Joaquim José de Sousa. *Direito de família e do menor*: inovações e tendências. 2. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1992, p. 43, e SCARPARO, Mônica Sartori. Fertilização assistida: questões biomédicas. *In: COAD – Seleções Jurídicas*: o direito de família nos tribunais: investigação de paternidade, t. 5, p. 22. Também o Código Civil português, artigo 1.839, vedando, inclusive, ao marido, que consentiu com a fecundação artificial, a sua invocação como motivo para impugnar a paternidade.

11 *Alimentos e investigação de paternidade*. 3. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 165.

posse de estado vale, sem dúvida, “como forte elemento probatório para a declaração da relação de parentesco”.

Comungando desse entendimento, *Caio Mário da Silva Pereira* exemplifica, com sua habitual percuciência: “Se o investigador traz o nome do investigado; se foi por ele tratado como filho; se havido como tal no ambiente social da família paterna, é sólido indício da relação biológica, básica para o reconhecimento da relação jurídica.”¹²

Nesse sentido também se firmaram as nossas Casas Judiciais:

“Se a posse do estado não é meio de prova da paternidade, segundo nosso direito positivo, é pelo menos um adinículo importante no exame e julgamento da prova de que o relacionamento entre o investigador e a mãe do autor tenha sido realmente a fonte de sua concepção, para os fins do artigo 363, II, do Código Civil.”¹³

Não há mais que se falar, como outrora se pretendeu, que provada a *exceptio plurium concubentium*¹⁴ ficaria afastada a responsabilidade do homem, uma vez que os avançados métodos científicos para dirimir a controvérsia (exames hematológicos – sistemas ABO ou HLA; exame de DNA; exame proposográfico, criado por Bertillon, consistente na ampliação da fotografia do rosto de investigador e investigado; exame do pavilhão auricular; proporções físicas etc.) podem resultar em prova muito mais cabal e segura.

A partir dessa segurança na descoberta da filiação, decorre a *verdade biológica e científica* como elemento basilar no Direito de Família com arrimo na engenharia genética, afastando a injustificável *verdade construída por lei*.

Daí porque o Professor *Marco Aurélio S. Viana*,¹⁵ inclusive, chega a afirmar que “em matéria de filiação, o direito ao reconhecimento do estado de filiação, não conhece restrições”.

A própria orientação jurisprudencial, de forma inteligente, já se firma no sentido de que os valores sociais devem ser admitidos e sempre sopesados

12 Cf. *Reconhecimento de paternidade e seus efeitos*. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 130.

13 TJMG, ApCiv 60.927, Rel. Des. *Humberto Theodoro Jr.* In: *Direito de família: família natural*. São Paulo: Leud, 1988, n. 47, p. 213.

14 Consiste a exceção *plurium concubentium* no fato provado de ter tido a mãe do autor, ao tempo da concepção, relações concubinárias prolongadas com mais de um homem. Constitui-se em ônus exclusivo da defesa. Nessa trilha: “A alegação de *plurium concubentium* é matéria de defesa e ônus probatório do demandado” (STJ, Ac. un. 4.^a T., REsp. 38.451-6/SP, Rel. *Min. Ruy Rosado de Aguiar*, DJU 22.08.1994, em. of.).

15 *Da ação de investigação de paternidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 96.

nas ações investigatórias, como se nota no acórdão a seguir transcrito, ilustrativamente:

“Paternidade – Contestação. As normas jurídicas hão de ser entendidas, tendo em vista o contexto legal em que inseridas e considerando os valores tidos como válidos em determinado momento histórico. *Não há como interpretar-se uma disposição, ignorando as profundas modificações por que passou a sociedade, desprezando os avanços da ciência e deixando de ter em conta as alterações de outras normas, pertinentes aos mesmos institutos jurídicos.* Nos tempos atuais, não se justifica que a contestação da paternidade, pelo marido, dos filhos nascidos de sua mulher, se restrinja às hipóteses do art. 340 do Código Civil, quando a ciência fornece métodos notavelmente seguros para verificar a existência do vínculo de filiação. Decadência. Código Civil, art. 178, § 3.º. Admitindo-se a contestação da paternidade, ainda quando o marido coabite com a mulher, o prazo de decadência haverá de ter, como termo inicial, a data em que disponha ele de elementos seguros para supor não ser o pai de filho de sua esposa.”¹⁶

Igualmente merece registro *decisum* relatado pelo Ministro *Sálvio de Figueredo Teixeira*, corroborando a tese ora esposada:

“Presunção legal de paternidade. Na fase atual da evolução do direito de família, é *injustificável o fetichismo de normas ultrapassadas em detrimento da verdade real*, sobretudo quando em prejuízo de *interesses de menores*. Deve-se ensejar a produção de provas sempre que ela se apresentar imprescindível à boa realização de justiça. O STJ, pela relevância de sua missão constitucional, não pode deter-se em sutilezas de ordem formal que impeçam a apreciação das grandes teses jurídicas que estão a reclamar orientação pretoriana” (STJ, Ac. un. 4.ª T., REsp. 4.987/RJ, Rel. Min. *Sálvio de Figueredo Teixeira*, j. 04.06.1991, DJU 28.10.1991, p. 15.259).¹⁷

Já há, inclusive, *communis opinio doctorum et consensus omnium jurispruden-*cial acerca do caráter ultrapassado das normas civis pertinentes à paternidade

¹⁶ STJ, REsp. 194.866/RS, Ac. un. 3.ª T., Rel. Min. *Eduardo Ribeiro*, DJU 14.06.1999, p. 188.

¹⁷ Em sentido contrário, porém ultrapassado pelo próprio passar do tempo: “A presunção legal de serem legítimos os filhos concebidos na constância do casamento, firma-se na presunção de convivência dos cônjuges (...)” (STF, RE 71474, Rel. Min. *Amaral Santos*. *Jurisprudência Brasileira* 61/74).

(notadamente no que toca à sua presunção). O Professor *Humberto Theodoro Jr.*,¹⁸ em artigo recentemente publicado, intitulado *Prova e coisa julgada nas ações relativas à paternidade*, chega mesmo a asseverar que “rigores formais, historicamente justificados por anseios de segurança, hão de ser revistos e flexibilizados para que não se subverta a função do processo e não se corra o risco de o instrumental de promoção do direito material transformar-se em seu algoz e na barreira impeditiva de sua verdadeira realização prática”.

Ora, em sede de direitos indisponíveis, como é o direito da filiação, em face do caráter público (interesse sociabilizado) do direito em disputa, aplica-se o princípio da *verdade real*, afastando-se peremptoriamente a verdade formal (aliás, já tão mitigada no processo civil contemporâneo).¹⁹

Lembre-se, inclusive, que, na ação investigatória, não se está diante de um conflito de interesses comum, em que a melhor prova conduz ao resultado favorável àquele que a produziu. Afinal, “o processo não é um jogo em que o mais capaz sai vencedor, mas instrumento de justiça, com o qual se pretende encontrar o verdadeiro titular de um direito”, como assegura o insigne Magistrado paulista *José Roberto Santos Bedaque*.²⁰

Pelo fio do que se sustenta, fácil depreender-se que o Direito não está à disposição de valores eternos, imutáveis. Ao revés, há de suportar a hierarquia dos costumes e valores sociais que o tempo consolida no seio comunitário.

4 TRATAMENTO ATUAL DO TEMA

De fato, a presunção *pater est* tem sofrido algumas restrições na sua aplicação e, conforme entendimento doutrinário e jurisprudencial, já não mais se pode admiti-la como de natureza *jure et do jure* (que não possibilita a prova em contrário, dado o seu caráter absoluto), mas sim de natureza *juris tantum*, e, como tal, tranqüilamente extensível à união estável.

Veja-se que, respaldado no artigo 367 do Código Civil, fácil será vislumbrar-se no concubinato uma verdadeira presunção de paternidade, sendo ônus do réu a prova em sentido contrário, que poderá ser qualquer meio de prova em direito admitido, especialmente o exame de DNA, que tem altíssimo índice de segurança.

18 *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, n. 3, p. 5 *et seq.*

19 Sobre a adoção do princípio da verdade real no processo civil: RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de direito processual civil*. 2. ed., São Paulo: RT, 2000, v. 1, p. 74 *et seq.*, e MOREIRA, José Carlos Barbosa. Poderes do juiz. In: *O processo civil contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 1994, p. 95.

20 Cf. *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: RT, 1999, p. 175.

Presunção é um processo lógico, pelo qual a mente atinge um estágio de certeza legal. Isto é, presunção “é a dedução que se tira de um fato certo, para a prova de um fato desconhecido”, no dizer lúcido de *Fernando Simas Filho*.²¹ E, a partir desse conceito, infere-se estar, hodiernamente, completamente vencida (pelo próprio advento dos exames de DNA) a presunção de paternidade, constante do Código Civil.

Tem-se uma nova era, na qual o direito filiatório é tratado, como não poderia ser de outra forma, à luz de respaldos científicos, de provas técnicas que, pelo alto grau de precisão, conduzem ao resultado realmente verdadeiro, fazendo com que estejam juntos, ao final, o direito (norma legal) e o sentimento natural de justiça.

Há de se registrar, ademais, que é pacífica a atual possibilidade de ser a ação investigatória de paternidade cumulada com a anulatória, processando-se pelo rito ordinário.

Inclusive, resta superada, também, a discussão sobre a possibilidade de ajuizamento da ação negatória, em relação ao filho do casal: agora, com a dicção emanada do Estatuto da Criança e do Adolescente, que confere à criança o direito de investigar a paternidade sem qualquer restrição (art. 27), não pode prevalecer sequer a presunção de paternidade do marido.

Destarte, resta concluir que a presunção legal de paternidade (em qualquer caso) está, inarredavelmente, limitada pela possibilidade do ajuizamento da ação a qualquer momento para anular o registro falso.

Incumbe, ainda, observar que não mais se aceita qualquer discussão acerca da constitucionalidade da Lei 8.560/92 – LIP, que dispõe sobre a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento. Muito embora, em primeiro momento, tenha-se admitido controvérsia sobre a legitimidade do Ministério Público para o aforamento de ações investigatórias, hoje a matéria ficou superada. Conquanto se perceba, em primeira análise, um papel naturalmente afeito à Defensoria Pública (CR, art. 134), não se pode negar a sede constitucional da *legitimatio* ministerial.

Foi o próprio legislador constituinte quem conferiu ao Ministério Público a clara legitimidade para a defesa de interesses “individuais indisponíveis” (CR, art. 127), com o pensamento voltado, precipuamente, a dar efetividade à prevalência do direito da criança e do adolescente. Por essa razão, encetou o Ministério Público (notadamente o baiano) campanhas denominadas de “paternidade responsável”, que têm sido coroadas de êxito.

21 Cf. *A prova na investigação de paternidade*. 6. ed., Curitiba: Juruá, 1998, p. 93.

Em convênio com a Secretaria Estadual de Educação, que fornece nomes e endereços de crianças que não tenham ainda o reconhecimento paterno, faz-se entrevista com as mães e convida-se o suposto pai para participar de audiências públicas, em que se prega a conscientização, normalmente obtendo-se muitos reconhecimentos voluntários. Não ocorrendo o reconhecimento voluntário, a ação investigatória é deflagrada por uma central especializada, que afora a demanda, prosseguindo o feito em uma das Varas de Família.

A única dificuldade existente ocorre quando não há o reconhecimento e a prova (que, via de regra, é testemunhal)²² não está muito clara, uma vez que o Estado da Bahia ainda não custeia a realização do exame do DNA. No Estado do Paraná, ao contrário, o Ministério Público indica laboratórios, que realizam o exame a preços populares. Descobriu-se que o exame confirma a paternidade em 92% dos casos, e em apenas 8% o resultado é negativo.

Vale registrar, outrossim, o fato de a jurisprudência (embora com algumas oscilações) vir firmando-se no sentido de não ser possível obrigar o Poder Público a arcar com os custos do exame DNA. A respeito do tema o TJMG já proclamou:

“O profissional liberal não pode ser obrigado a desempenhar gratuitamente o encargo de perito, ainda mais quando se sabe que o exame para determinação de paternidade por impressões digitais de DNA está restrito a uns médicos no Estado de Minas Gerais, levando o facultativo indicado a atuar em todas as investigações de paternidade que tramitem sob o pálio da justiça gratuita, sujeitando-se à incerteza do recebimento de seus honorários, pois não é certo que o vencido tenha sempre condições de arcar com o custo do exame.”²³

22 Em ações investigatórias de paternidade, a coerência dos testemunhos produzidos tem o condão de levar à procedência do pedido. Assim a doutrina de *Fernando Simas Filho* (op. cit., p. 78): “Na ação de investigação de paternidade, a lei admite a prova testemunhal com *exclusividade*, uma vez que o concubinato, a má-fama, as *relações sexuais*, o *rapto*, o *plurium concubentium*, são circunstâncias que, normalmente, só podem ser comprovadas através de testemunhas (...). A convicção do juiz assentase *nos depoimentos prestados em juízo*.” Também a jurisprudência: “Investigação de Paternidade – Prova Testemunhal – Procedência. Procede a ação de investigação de paternidade cuja prova *testemunhal não deixa dúvidas quanto ao rapto consensual, a vida more uxorio e a gravidez contemporânea*” (TJPE, Ac. unân. 2.^a Câm. Cível, j. 12.05.1988, ApCiv 706/84 – Comarca de Altinho, Rel. Des. *Belém de Alencar*. In: *Adcoas*, set/88, n. 119449) e “Filiação – Investigação de Paternidade – Prova Testemunhal. A prova testemunhal quando clara e coerente, sem contradições significativas entre os diversos depoimentos apresentados, é suficiente para embasar uma decisão que declare a procedência da investigação de paternidade e condene o réu à prestação de alimentos” (TJMG, ApCiv 80.435 – Comarca de Brasília de Minas, Rel. Des. *Aluizio Quinto*, j. 05.12.1995, DJ/MG 27.06.1997).

23 TJMG, ApCiv 86.785-5 – Comarca de Baependi, Rel. Des. *Cláudio Costa*. DJ/MG 28.10.1992.

Ideal, portanto, é que o próprio Estado, por intermédio de seus órgãos, possa, brevemente, prestar o serviço pericial, por não se poder imputar a pessoas privadas o ônus de prestar um serviço de clara natureza pública.

É de se ressaltar que, realizado o reconhecimento, o Ministério Público já providencia, no mesmo instrumento, o estabelecimento de alimentos e do direito de visitas.

O ideal será o custeio pelo próprio Poder Público dos gastos para a realização e feitura do exame de DNA para as pessoas carentes, ainda que se concretizasse por meio de benefícios fiscais para o material utilizado na realização do exame.

Nesses casos, a legitimidade do Ministério Público é extraordinária²⁴ – atua em nome próprio na defesa do direito alheio, fazendo exceção à regra do artigo 6.º do Código de Processo Civil (que consagra a legitimação ordinária, vedando que se pleiteie direito alheio em nome próprio). Como órgão de Estado, defensor de direitos e interesses coletivizados (*rectius*, pelo texto constitucional, interesses sociais), o Ministério Público não sucumbe e não arca com as custas processuais (inclusive não pagando o necessário preparo para recorrer – CPC, art. 511, § 1.º).

Cabe-nos ainda, referir que para contestar a paternidade, e não a presunção de paternidade, poder-se-á entrar com ação a qualquer tempo, não só o cônjuge interessado, como qualquer outra pessoa que demonstre interesse jurídico. Esta ação, como consagrado pelo entendimento atual, é imprescritível (entendimento cristalizado na Súmula 149 do STF).

Saliente-se que, colocando *dies cedit* em qualquer controvérsia ainda existente, o artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente tratou da natureza do direito de filiação, mesmo tendo como causa do estado de pessoa, como “imprescritível, indisponível e de ordem pública”.

Para tanto, é possível a utilização da ação de nulidade de registro civil cumulada com a investigação de paternidade. Observe-se, ademais, que a prevalecer a presunção *pater is est* estaríamos retirando a ilicitude do fato previsto como crime no artigo 242 do Código Penal, que prevê ser ilícito o registro de filho alheio como próprio.

Outro tratamento desigual é encontrado relativamente aos filhos adulterinos *a patre*, que serão considerados filhos fora do casamento, en-

24 Acerca da *legitimatio* ministerial para as ações investigatórias, *Bertoldo Mateus de Oliveira Filho* (*Op. cit.*, p. 208 *et seq.*), inclusive defendendo que “sendo indisponível o direito à filiação e configurando atribuição do *Parquet* a defesa dos direitos indisponíveis (CF 127), a legitimidade do Ministério Público, para a propositura da ação de investigação, não se subordina, segundo entendemos, à instauração ou resultado do procedimento estabelecido pelo juiz, na forma do art. 2.º da Lei 8.560/92”.

quanto que os filhos adulterinos *a matre* são tidos como nascidos na constância do matrimônio. Sem dúvida, trata-se de disposição não recepcionada constitucionalmente, sem nenhuma aplicabilidade prática, sob pena de se fazer *tábula rasa* dos dispositivos maiores.

Em se referindo às uniões livres, é possível fazer diferença, distinção até mesmo acadêmica, entre os seus diversos tipos, a fim de ser aferida a obtenção, ou não, de efeitos patrimoniais, mas não se poderá tolerar qualquer distinção em relação aos filhos. Sejam os filhos advindos de qualquer destas uniões – ou até de uma relação fugaz –, não há por que se diferenciar, todos são iguais perante os olhos da lei e têm direito a um pai, melhor ainda se for o pai verdadeiro, que para o nosso sistema jurídico é o biológico.

5 CONCLUSÃO

Diante do exposto e tendo em tela o aperfeiçoamento da legislação para o futuro, impende sugerir determinadas alterações, com vistas a melhor atender à realidade das situações fáticas da atualidade, no que concerne à filiação e às presunções decorrentes do casamento e da união estável: consolidar os entendimentos jurisprudenciais e doutrinários já firmados na matéria, com a revogação expressa de todos os artigos que infrinjam o princípio (constitucional) da igualdade para todos os filhos, restando afastada a presunção de paternidade *jure et de jure* e prevalecendo a presunção *juris tantum* nas relações conjugais e concubinárias, entendendo-se os requisitos do artigo 363 como meramente exemplificativos, em face do aperfeiçoamento da prova técnica e da existência de situações outras de que podem decorrer a filiação, possibilitando a investigação de paternidade a qualquer tempo.

O projeto do Código Civil tramita por longos 24 anos e traz ainda inúmeros artigos retrógrados e discriminatórios (com mera repetição de dispositivos existentes e que já foram repelidos, acertadamente, pela jurisprudência, lastreada na regra do artigo 227, § 6.º, da Constituição da República e das Leis 7.841/89, 8.069/90 e 8.560/92, bem como por força da Súmula 149 do STF).

Daí, afigura-se importante lembrar que direito é vida e como tal sofre as mutações inerentes às próprias mudanças da sociedade, adequando-se a elas. Por isso, vale a pena mudar, mas não apenas a lei. A paternidade está acima dos laços sanguíneos. Como diz o Professor *Rodrigo Cunha*, em artigo publicado em periódico mineiro, “um pai, mesmo biológico, se não adotar seu filho, jamais será o pai”.

E a situação pela qual passa o nosso país leva-nos a pensar e buscar soluções urgentes. É necessário que sejam respeitadas as crianças e adolescentes, buscando-se o escopo da Lei 8.560, a paternidade responsável, para que não se continue a ouvir os gritos que vêm das ruas, como este, eloqüente, consubstanciado no poema escrito pelas crianças do movimento nacional de meninos e meninas de rua da comunidade de Profeta Elias de Curitiba. Porque, como afirma *Olympio Sotto Maior*, ao repetir este poema, não podemos perder a ternura jamais, e, também, por ser este o objetivo do nosso Instituto, o IBDFAM: a concretização dos direitos por meio da família.

“Nós também queremos viver
Nós também amamos a vida

Para vocês, escola
Para nós, cheirar cola

Para vocês, academia
Para nós, delegacia

Para vocês, coca-cola
Para nós, pedir esmola

Para vocês, muita emoção
Para nós, catar papelão

Para vocês, piscina
Para nós, chacina

Para vocês, forró
Para nós, mocó

Para vocês, televisão
Para nós, valetão

Para vocês, avião
Para nós, camburão

Para vocês, conhecer a lua
Para nós, morar na rua

Para vocês, está bom, felicidade
Mas, para nós, igualdade

Nós também queremos viver
Nós também amamos a vida.”

EXECUÇÃO INDIRETA E A POSIÇÃO JURISPRUDENCIAL SOBRE O DECRETO PRISIONAL¹

Francisco de Assis Figueiredo

Desembargador da 2.^a Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais
Professor Universitário de Direito de Família da Faculdade de Direito Milton Campos
Especialista em Direito de Família pela Faculdade de Direito de Lisboa

Quero agradecer, antes de tudo, à Ordem dos Advogados, na pessoa do Dr. *Marcelo Leonardo*, por este honroso convite, e ao Dr. *Rodrigo da Cunha Pereira*, do IBDFAM, repetindo as palavras de uma expositora do Rio Grande do Sul, dizendo que o Dr. *Rodrigo* passou a ser “o pai de todos nós” nesta iniciativa. Um advogado que cresceu imensamente, com a constante preocupação de fazer crescer o Direito de Família e todos nós. É de suma importância que uma pessoa cresça, preocupando-se com que os outros cresçam também.

Meu cumprimento especial ao Professor *Marcelo Lima Guerra*, nosso colega e mestre do Ceará, que tivemos o prazer de conhecer hoje, e a meu fraternal amigo, Dr. *João Batista Cândido*, ilustre Presidente da Mesa.

Minhas senhoras, meus senhores, meus ex-alunos, alunos, colegas de Magistratura aqui presentes e minha mulher.

Falar sobre o valor do Congresso parece-me desnecessário. Quantas coisas nós já ouvimos e aprendemos. Ouvir a opinião dos outros muito nos acrescenta, e não há nada melhor do que parar de falar para ouvir e pensar; oportunidade muito valiosa que o corre-corre do dia-a-dia nos impede de aproveitar.

Como disse ontem o Professor *Cahali*, esta oportunidade é muito importante porque, além de discutirmos Direito de Família, estamos discutindo, acima de tudo, a família brasileira. E por falar em família brasileira, é bom lembrar que, no dizer de *Rui Barbosa*, “a pátria é a família amplificada”, e não menos significativa é a frase do Papa João Paulo II quando afirma que “a família é a Igreja doméstica”.

¹ Palestra proferida pelo Desembargador *Francisco de Assis Figueiredo* no II Congresso Brasileiro de Direito de Família.

Isto posto, tudo o que se discutir sobre lei, sobre justiça, sobre aspectos político-jurisprudenciais, político-legislativos, político-judiciários é muito bom, muito válido, mas muito mais profundo e abrangente é discutirmos sobre a família.

Há *dois anos*, quando aqui tive a honra de comparecer – convidado que fui para fazer uma exposição –, enfoquei situações complexas, relacionadas ao Direito de Família, que estavam acontecendo, e às quais retorno, em parte, para facilitar o entendimento da dinâmica de que se reveste este estudo.

“Chamamos a atenção para o fato de alguns julgadores entenderem de fazer uma distinção, separando o crédito do alimentado, quando cobrado, em partes, uma por via executória (para o que se opta pelo prazo de três meses) e o restante por via de cobrança, o que merece alguma reflexão e devidas observações.

Considere-se ainda que este entendimento jurisprudencial, que também é fonte indireta do Direito, não foi ressalvado na legislação substantiva: Lei 5.478, nos Códigos Cíveis substantivo e adjetivo e nem na Constituição.

Ora, se a Lei 5.478, que tem quase trinta anos, e o Código de Processo, às vésperas 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.

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 subsequentes? Por que, exatamente, de três meses o prazo escolhido? Quer-nos parecer que estão a confundir com o prazo da pena do art. 733 do Código de Processo Civil, que não considera a extensão da inadimplência, como se, por analogia, fosse um prazo para dividir o que seria oriundo de execução ou de cobrança. *Data venia*, esta posição, salvo melhor juízo, está quebrando uma harmonia jurisprudencial que nunca gerou um problema sequer na sua 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. E, na prática, o que pode ocorrer é que ou o devedor-alimentante ficaria muito amenizado pela inadimplência, fugindo-se assim do espírito da lei, ou o alimentado, para que isso não ocorresse, sempre que pudesse e para não perder a oportunidade, entraria

com outro pedido, formado por outro processo, a engrossar a sanfona dos apensos, tornando mais difícil, se não impossível e interminável, a prestação jurisdicional.

Como julgador com mais de três décadas de efetivo exercício, nunca presenciei, na história da jurisprudência e no dia-a-dia que já vai longo, problemas que pudessem obstacular esta solução, como se quer emprestar, *data venia*.”

Isso, que foi dito e publicado há dois anos, por ocasião do I Congresso de Direito de Família, parece que estava a prever que algum fato novo, em matéria de jurisprudência, surgiria para muito confundir e complicar. Só não esperávamos que fosse tanto, quanto à forma do recebimento dos alimentos. E, depois de dois anos, estamos nós aqui...

Eu gostaria, já que estou vendo vários alunos neste auditório, de expor o tema, parodiando um programa de televisão – *Você decide* – que há pouco tempo eu vi e que me chamou a atenção, porque estavam discutindo se os filhos ou filhas deveriam fazer sexo com as namoradas ou namorados *dentro da própria casa* – considerando este local como sendo a premissa maior –, aliás, um dos temas mais mal colocados com que já me deparei na vida...

Não se discutia a razão dos fatos, e, mesmo assim, decidia-se que o homem tinha o direito de fazê-lo, e a mulher não. E isso à simples desculpa de que era preferível os filhos fazerem sexo em casa, com quem quisessem, do que fazê-lo fora, correndo o risco de serem assaltados! Imaginem se eles passassem a gostar da cama do pai e da mãe!?

Há muito tempo não via um programa tão sem pé nem cabeça, mas achei interessante a prerrogativa do título, *Você decide*, diante de uma circunstância – como a que se nos impõem – decorrente de premissas, em vez de as premissas serem discutidas.

Assim sendo, vou contar uma estória, para que vocês decidam o final.

Versa sobre a simples vida de um Juiz, que já está no ocaso da vida e que entrou para a Magistratura em outubro de 1966. Este Juiz tinha os cabelos com ondinhas, tinha costeletas, já estava casado – com a mesma mulher até hoje – e foi para as comarcas do interior destas Minas Gerais, comarcas que, às vezes, nem luz tinham, e estradas asfaltadas muito menos.

Sempre vocacionado para lidar com as questões de família e, por via de consequência, com o Direito de Família, este Juiz começou a julgar, obviamente, dentre variegados feitos, as ações de alimentos e separação. Porém, a ação de alimentos, em 1966 e 1967, até o advento da Lei 5.478, que entrou

em vigor em 1968, era julgada pela forma ordinária – mas “ordinária mesmo”, pela forma como as coisas eram colocadas.

E, ainda assim, nós não tínhamos problemas. O processo era mais demorado, mas, quando o recebíamos (“Olha, o Juiz tem de ser rápido”), empregávamos o maior esforço para minorar este tempo.

A citada Lei 5.478 foi criada para que os processos pudessem ser resolvidos em uma só audiência, sendo que, às vezes, ainda hoje, perduram por muito tempo, talvez devido à inobservância da determinação adjetiva de seus termos. Na verdade, foi uma mudança ótima; foi um grande progresso e as coisas passaram a correr muito melhor, basta dizer que a citação faz-se por via postal e as testemunhas podem ser levadas.

A ação de alimentos e sua liquidação fluíam normalmente. A bem da verdade, nunca tivemos dificuldades para mandar prender um inadimplente, nem para relaxar sua prisão. Em minha longa carreira, foram dezenas e dezenas de mandados...

Cada caso é um caso, e a questão do relaxamento da prisão dava-se por determinação judicial. O que se faz hoje, nós já fazíamos àquela época. Se o alimentante ficava inadimplente por um bom tempo, não pagando a pensão, e a mulher (ou o alimentado) entrava com um pedido de prisão, o alimentante era preso e, fato interessante, em um, dois dias (às vezes só pelo medo da expedição do mandado de prisão) já acertava “alguma coisa”. Neste acerto de “alguma coisa”, ficava suprida a necessidade mais urgente da mulher ou do alimentado. Trocando em miúdos, já se atendia ao que a jurisprudência quer hoje – mandar pagar três meses e o resto que “vá para as calendas gregas” da execução.

Quando fui promovido para Belo Horizonte nos idos de 1971, existiam aqui as Varas de Assistência Judiciária, que só cuidavam dos pobres e, neste “cuidado dos pobres”, 80% da matéria discutida era de família.

E, na verdade, em dezenas e dezenas de prisões efetuadas, pode até ter acontecido que hajam sido determinados não mais do que 30 dias de prisão. Mas este pagamento era efetuado, no máximo, em três dias. A família toda corria, pagava e pronto. Ou, então, recebíamos dos advogados propostas explicitadas, solicitando que a prisão fosse relaxada, pois o alimentante acertaria “tanto”, e aquele “tanto”, às vezes, era um valor superior a um mês. Num atraso de um, dois, três meses, ou mais, 50% já amenizavam a situação da família. Via de regra, a solução era encontrada porque, pertinazmente, era buscada por todos, vez que o réu encontrava-se preso.

Meus caros, repito, nunca tivemos problemas quer quanto à determinação da prisão, quer quanto a seu relaxamento. Não vejo motivos para a

preocupação que está havendo atualmente e nem concordo com a atual situação jurisprudencial.

Alimentos: vejamos uma questão simples.

Falo muito com meus alunos sobre a questão dos alimentos e, a título de ilustração, convoco os senhores a pensar, por exemplo, em seus pais ou em sua própria vida conjugal. Seus pais viveram bem? Se não viveram, qual o casal, vocês conhecem, que vive bem? E, no contexto de um casal que tem uma vivência satisfatória, nas hipóteses de que o pai esteja desempregado, devendo ao BNH, cheio de problemas, com um parente envolvido com drogas, com dificuldades até de alimentação, a mãe, ou a mulher que vive bem com este marido, proporia ação de alimentos? Certamente não...

Digo sempre para meus alunos que ação de alimentos, por mais simples que seja o processo, é uma ação socialmente delicada e importante, porque é um prenúncio de desamor!

Ouvi dois termos, durante este Congresso, que achei muito interessantes. Falou-se muito na palavra *afeto* e usou-se muito a expressão *responsabilidade matrimonial*. Achei ambos os termos interessantes. *Afeto* é muito pouco perto da palavra *amor*. Afeto eu tenho pelos meus netinhos; afeto eu tenho até pela cachorrinha lá de casa... Um efetivo contexto matrimonial há de ser permeado pela palavra *amor*, porque assim a felicidade de um depende da felicidade da pessoa amada. Quando não se *ama* efetivamente, entra-se no prenúncio do desamor, e a irresponsabilidade matrimonial, via de regra, é o próximo passo.

A palavra *afeto* é juridicamente muito vazia para a sustentação de um amor, principalmente se ele não estiver estribado na fidelidade. Trocando em miúdos: nunca vi alguém, olhando nos olhos, dizer que seja feliz convivendo com infidelidade. Aliás, a infidelidade não convive com o amor, com a vocação e nem com o patriotismo. Isto posto, podemos concluir que a inadimplência da obrigação de prestar alimentos é muito grave, e, como tal, o legislador criou o antídoto correspondente – a prisão – se tal impontualidade não for devidamente justificada a tempo e modo próprios.

Ainda abordaria situações afins:

– Convivemos, nos percalços e andanças de 30 anos, com assuntos bastante interessantes, como a inclusão do valor recebido por horas-extras na incidência do valor da pensão. Sempre aconselhei a não incidir sobre horas-extras a obrigação de pensão, porque elas são um *plus* a que se presta o trabalhador, por vontade própria ou por ordem de seu patrão. É, na verdade, “um dinheirinho extra” que o fará, provavelmente, ficar mais apegado ao emprego, o que, inequivocamente, é melhor para o alimentado.

– O depósito bancário é uma ótima forma para o pagamento da pensão, pois o contato do alimentante com o alimentado, quando as coisas não estão bem, pode se tornar arriscado. Não é boa norma mandar que a firma empregadora do alimentante vá ao fórum fazer depósito judicial. Isto pode ser feito de uma forma bem mais simples. Manda-se para o empregador – quando o devedor for empregado – as advertências do artigo 22 da dita lei e, caso não sejam cumpridas, ele responderá por aquela obrigação. Há de se criar facilidade ao alimentante (ou a seu empregador), sem criar risco para o alimentado.

– Há também de ser colocada a questão sobre percentuais, que já se acha tranqüila. Por exemplo, se uma pessoa tem de dar para o alimentado (ou para a família dele) 50% de seus vencimentos, deve reservar 20% para a mulher e 10% para cada filho, deixando bem estabelecido um percentual para cada, pois, se surgir um fato novo – como o casamento ou a maioridade de um dos filhos –, em vez de propor ação revisional de alimentos – que não tem efeito suspensivo – pede, simplesmente, o cancelamento do percentual que já estava estabelecido. Se o valor ficar englobado, a discussão certamente se estabelecerá: “Eu ia propor a ação revisional de alimentos para aumentar a pensão; não propus porque o fulano ia se casar...” E arrasta-se a demanda por mais um ou dois anos...

Chega a ter certa graça uma hipótese que gozou de alguma aceitação aqui em Belo Horizonte, mas que, graças a Deus, passou. Versa sobre a não-incidência da pensão sobre o 13.º salário. Achei de certa comicidade o argumento de um Promotor de Justiça – *data venia*, em causa própria –, afirmando não ser justa a incidência da pensão no 13.º salário porque “a mulher não come em dobro” no mês de dezembro. Eu acho até que não come em dobro, mas ele, também, não trabalha em dobro! É óbvio que o 13.º salário, como o próprio nome diz, é parte congênita e integrante da retribuição laboral.

– Aparece, de vez em quando (o que também já foi superado), a prevalência do artigo 5.º da Lei 883, segundo a qual, se julgada a procedência de uma ação investigatória de paternidade, pode-se começar a executar os alimentos. A Lei 883 tem 50 anos, nunca funcionou e nem há como funcionar tal artigo no Brasil. Funciona, muito bem, na França e na Bélgica. Imaginem, no Brasil, onde prender é um tanto difícil, ter-se a prerrogativa de uma pessoa receber o valor depositado de uma pensão porque a sentença deu como procedente a ação... e, posteriormente, o Tribunal anular esta sentença ou reformá-la? Alguém vai prender esta mulher que recebeu este dinheiro indevidamente? Penso que, no Brasil, não há campo nem clima para tal, pelo menos por ora.

- Temos também aquele tipo de alimentante que não admite que seja remetido ofício, referente a desconto de pensão, para o local de seu trabalho - é o que chamo de “alimentante zeloso”. Muitas vezes ele não quer que assim o seja, para evitar constrangimento. Não vejo problema em atendê-lo. Se não cumprir sua obrigação, no mês subsequente envia-se o ofício. É preciso que se tenha um certo “jogo de cintura”, uma habilidade mínima conciliatória no trato, quer por parte do proponente, quer do alimentado, quer do Juiz, pois não podemos nos afastar do princípio de que a matéria de alimentos é sempre revisional.

- Outra questão importante a considerar é a do alimentante que tem carreira liberal e nega-se a pagar pensão, alegando quase nada possuir ou perceber como salário. Houve um médico que alegou já não ter mais cotas do hospital que antes lhe pertencia, porque teve de vendê-las (o que não depende da assinatura do cônjuge, pois cota não é bem imóvel); que o carro importado, de uso diário, não era seu e sim da irmã dele; que a camisa de seda era o “uniforme da Vila Vicentina”... Numa situação deste tipo, há de se aplicar a chamada “teoria da aparência”. Temos, este palestrante e o IBDFAM, julgamentos, à disposição dos senhores, com base nesta citada teoria. A aparência há de ser considerada quando se acha visível: o alimentante tinha um bom padrão de vida antes de se separar e continuou, após a separação, na mesma situação ou até melhor, mas à Justiça só apresenta o percentual da aposentadoria do INPS ou um minguado salário, que diz receber, de idêntico percentual ao da pensão.

- Um outro ângulo que melhora, e muito, as garantias do recebimento da pensão nos alimentos é o bloqueio no Fundo de Garantia, que, nós todos sabemos, constitui vantagem pessoal. Por duas vezes tentou-se, no Congresso, considerar este recolhimento como bem de família. Não passou. É vantagem pessoal, bem pessoal, é direito pessoal de quem trabalhou. Ora, não está no Código de Processo Civil que uma das garantias que nós temos, para prever a execução, é a moeda em espécie? Há moeda em espécie melhor do que a do Fundo de Garantia? Considere-se que falamos em *bloqueio*: se não for paga a pensão, o Fundo de Garantia está lá para acudir. O valor da pensão só será levantado em caso de inadimplência.

- Há uma questão recente que está me preocupando muito. Para tudo que foi exposto, até agora, há uma saída, uma solução, a jurisprudência tem dado um jeito. Porém, sinto que estamos em um barco que está “dando água” e está difícil remar diante dos famigerados “três meses” que a jurisprudência reserva, como primado da necessidade imediata de alimentos.

A Lei Adjetiva Civil, no artigo 733, fala de prisão de um a três meses em razão da inadimplência de pensão alimentícia.

Pelo que já expusemos e pelo primado de que não existe “prato de comida de graça” (alguém está pagando por ele), sempre se entendeu que o alimentado tem a seu favor o crédito desta espécie, a exigi-lo na sua conveniência. O crédito é pessoal e o devedor não pode alegar desconhecimento dele. Nunca se teve problema com isto, mesmo porque, se qualquer turbulência acontece ao alimentante – como o desemprego –, basta comunicar o fato à Justiça.

Agora, está grassando, galopantemente, o entendimento jurisprudencial de que, no direito do crédito do alimentado, só se pode pedir o equivalente aos últimos três meses, sendo que o correspondente ao crédito antecedente, só por via de cobrança ou execução. Por que três e não quatro ou dois meses? Seria analogia ao prazo de prisão do artigo 733 do Código de Processo Civil? E os meses subsequentes aos três? Propõe-se nova ação ou espera-se até completar outros três meses? Complicou-se muito uma situação que, antes, não trazia dificuldade, como já ressaltado.

No Tribunal de Justiça de Minas Gerais, como em outros, está-se aplicando este entendimento e, agora, a questão passou para o Superior Tribunal de Justiça. Trouxe para os senhores julgamentos do Superior Tribunal relativos a esta questão. Esses julgamentos, que estão à disposição dos senhores, foram obtidos por meio de levantamento na Internet.

Quem assistiu à palestra do Dr. *Fachin* viu as estatísticas que ele trouxe do IBGE. Somos um país pobre, cheio de menores abandonados no meio da rua, e ainda fala-se que os pobres estão tomando iogurte e comendo frango. Come frango quem tem emprego. E quem não tem? Vocês conhecem alguma família que não tenha, no mínimo, meia dúzia de desempregados? Os senhores conhecem uma família em que todos estejam bem empregados? É uma raridade. Demonstrou bem o ilustre jurista o percentual assustador e majoritário de lares mantidos e dirigidos somente pela mulher. E esta, em grande desvantagem familiar, ainda terá de ir à Justiça procurar seu coobrigado na manutenção de seus filhos para executá-lo? Desfibrou-se o Instituto Jurídico da Prisão Civil em Alimentos, *data venia*.

A situação do Brasil é muito difícil agora, vez que nosso patrimônio público foi sensivelmente diminuído. É muito pungente a questão social, e o jurista, o advogado e, acima de tudo, o juiz têm obrigação de ficar sensíveis a ela. E sensibilidade, por não ser matéria do currículo escolar, mas do berço, nem sempre se encontra presente... Triste constatação...

Aqui, no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, a situação assumiu outra complexidade, diante da Lei 9.139, de 1995 (a atual Lei do Agravo), que colocou como condição originária os Tribunais para apreciação do agravo em todos os seus tipos e, por razões óbvias, do agravo referente a alimentos e, acima de tudo, à pensão. Em nossa terra, singular e infelizmente, ainda se mantém o ponto de vista de que *habeas corpus*, mesmo se tratando de alimentos, é matéria das Câmaras Criminais, o que não acontece nem no Superior Tribunal.

É o Julgador cível quem deve apreciá-lo.

Temos, neste auditório, Juízes da Vara de Família da Capital que podem confirmar esta constrangedora situação. Se o alimentante não paga, o Juiz prossegue no andamento normal e a prisão é decretada. O que acontece? O devedor entra com o agravo, o Desembargador (que tem competência cível) manda tomar a informação – se for o caso – e não relaxa a prisão. O advogado, paralelamente, vai ao Desembargador de competência criminal, justifica por meio de algum argumento e pede *habeas corpus*. O *habeas corpus* concedido tem efeito plenamente satisfativo.

Há pouco tempo, uma família de nosso Estado viveu uma verdadeira saga para levar uma ação desse tipo até o fim e, depois de cinco anos, conseguiu com que se prendesse o alimentante devedor. A pensão era de dois salários mínimos por mês. Prendeu-se o devedor e ele entrou com um pedido de *habeas corpus* no Tribunal de Justiça, juntando o recibo de depósito bancário de somente meio salário mínimo por mês, baseado na tal teoria dos três meses, que nem estava em discussão. O que aconteceu? O Desembargador criminal deu a liminar e apontou que o restante deveria seguir a via executiva. Para se prender o inadimplente, passados foram cinco anos! O advogado, então, com a posse do *habeas corpus*, vai ainda afrontar o Juiz cível, subscritor da expedição do mandado de prisão!?

A situação está inquestionavelmente difícil, e o que vocês “vão decidir” é sobre a questão dos três meses... Desafiante, não? Um levantamento de acórdãos do Superior Tribunal leva-nos a ver que uns concedem os três meses questionados e outros não. Parece, ao tratar-se do alimentante inadimplente, que estamos falando do homem mais correto que existe e que está se fazendo uma “sujeira” muito grande com ele... E isso é difícil de entender... Minha angústia baseia-se na triste realidade de que, no ocaso de minha carreira, estou vendo que esse instituto acha-se bastante desfibrado. Vamos ter situações muito difíceis para enfrentar, piores do que já se encontram atualmente.

Mandar uma mulher ou seus filhos à via executiva – para penhorar o quê? E fazê-lo contra quem tem a obrigação de sustentá-los é, quando nada, falta de sensibilidade... É bom e importante lembrar, *também*, que essa matéria não faz parte do elenco dos Juizados Especiais. Se os alimentados conseguem receber os alimentos por lei própria e especial, consegui-lo-ão neste mundo brasileiro de incomensurável distância, desequilíbrio social e econômico?

Até agora, nunca me deparei com um acórdão sequer – um ao menos – sobre a eficácia ou a prática desta apontada execução no que tange aos pobres. Penhorar o quê? Nós, que estamos discutindo teto salarial máximo, mandar uma alimentada bater de novo às portas da Justiça é difícil de entender...

Estamos batalhando incessantemente para que o Superior Tribunal reveja sua posição de que a obrigação alimentar, na investigatória, seja a partir da citação e não da sentença, a considerar vários argumentos jurídicos e o fundamento popular ou prosaico de que “não existe prato de comida de graça”. E o investigado sabe – ou deveria saber – que a ação proposta é para suprir uma pretensão personalíssima do investigador, a que se omitira ou negara.² Assim, o término da ação não pode ser surpresa para o alimentante, pois, da mesma forma, para garantia do próprio investigado, nestes 50 anos o artigo 5.º da Lei 883/49 restou letra morta.

Não estou absolutamente criticando o Superior Tribunal de Justiça, a quem só devo respeito e admiração; minha questão é outra. Quero saber a razão (e que esta me convença) por que isso está sendo feito. Tal prazo baseia-se em quê? A título de quê? A situação do alimentado, mormente a da maioria pobre, melhorou ou piorou?

“Vocês decidam!...”

A todos os visitantes e, de forma especial, a meu novo amigo e parceiro neste pleito, Dr. *Marcelo Lima Guerra*, peço que contrabalancem a decepção que eu possa ter causado pela imensa alegria de a terra de Minas Gerais estar vivenciando o privilégio de receber cada um dos presentes. Peço desculpas por meu tom coloquial, que, além de fazer parte de meu estilo, é uma tentativa de ser mais compreensível a esta plêiade de jovens estudantes que lotam este salão.

Muito obrigado.

2 Esta questão, agora, já se encontra pacificada, em razão de decisão proferida pela Segunda Seção do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, nos Embargos de Divergência 152895/PR, que decidiu que os alimentos na investigatória de paternidade são devidos a partir da citação.