



**REVISTA DA ESCOLA DA MAGISTRATURA
DO ESTADO DE RONDÔNIA**
(Criada em agosto de 1996)

Ano 2006 - Nº 14
Porto Velho - Rondônia

Escola da Magistratura do Estado de Rondônia

Revista da Escola da Magistratura do Estado de Rondônia;
Nº 14. Porto Velho: DEGRAF/TJRO, 2006.

I. Direito de Família. II. Mediação. III Adoção. IV. Do interesse da (na) criança. V. Responsabilidade e inimizabilidade Penal Juvenil. VI. Separação. VII. Direito/dever de visitas. VIII. Partilha de bens. IX. Dano moral. X. União estável e concubinato. XI. Obrigação alimentar ao idoso.

CDU 340.5



Diretor Des. ROWILSON TEIXEIRA
Vice-Diretor Juiz ALEXANDRE MIGUEL

REVISTA DA ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DE RONDÔNIA

Conselho Editorial *Des. Renato Martins Mimesi*
Des. Dimas Ribeiro da Fonseca
Des. Eurico Montenegro Júnior
Des. Gabriel Marques de Carvalho
Des. Eliseu Fernandes de Souza
Des. Francisco César Soares Montenegro
Des. Marcos Alaor Diniz Grangeia
Juiz Francisco Prestello de Vasconcelos
Juiz Alexandre Miguel
Juiz Cesar Rubens de Sousa Lima

Divulgação *Coordenadoria de Comunicação Social*
do Tribunal de Justiça do Estado
de Rondônia

Capa *José Miguel de Lima*

**Diagramação,
Composição** *Enildo Lamarão Gil*

**Fotolito, Impressão,
Acabamento e
Comercialização** *Departamento Gráfico do Tribunal de Justiça*
do Estado de Rondônia

Revisão *Maria Luzia Godoi Navarrete*

Escola da Magistratura do Estado de Rondônia - EMERON

Av. Rogério Weber, 1872 - Fone (069) 3217-5034

CEP 78916-050 - Porto Velho - Rondônia

www.tj.ro.gov.br - emerom@tj.ro.gov.br

**ADMINISTRAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO
DO ESTADO DE RONDÔNIA - BIÊNIO (2006-2007)**

Presidente Des. SEBASTIÃO TEIXEIRA CHAVES

Vice-Presidente Des. PÉRICLES MOREIRA CHAGAS

**Corregedora-Geral
da Justiça** Des^a. IVANIRA FEITOSA BORGES

COMPOSIÇÃO PLENÁRIA DO TRIBUNAL

Des. SEBASTIÃO TEIXEIRA CHAVES
Des. EURICO MONTENEGRO JÚNIOR
Des. ELISEU FERNANDES DE SOUZA
Des. RENATO MARTINS MIMESSI
Des. GABRIEL MARQUES DE CARVALHO
Des. VALTER DE OLIVEIRA
Des^a. ZELITE ANDRADE CARNEIRO
Des. CASSIO RODOLFO SBARZI GUEDES
Des. ROOSEVELT QUEIROZ COSTA
Des^a IVANIRA FEITOSA BORGES
Des. ROWILSON TEIXEIRA
Des. SANSÃO BATISTA SALDANHA
Des. PÉRICLES MOREIRA CHAGAS
Des. WALTER WALTEMBERG SILVA JUNIOR
Des. PAULO KIYOCHI MORI
Des. MARCOS ALAOR DINIZ GRANGEIA
Des. MIGUEL DE MÔNICO NETO

CORPO DOCENTE DA ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DE RONDÔNIA - EMERON

PORTO VELHO

Dr. Alexandre Miguel	<i>Direito Administrativo</i>
Dr. Flávio Henrique de Melo	<i>Direito Ambiental</i>
	<i>Direito do Consumidor</i>
Dr. Edenir Sebastião A. da Rosa	<i>Direito Civil</i>
Des. Sansão Saldanha	<i>Direito Constitucional</i>
Dr. Sérgio William Domingues Teixeira	<i>Prática de Audiência e Sentença Criminal</i>
Dr. Ilisir Bueno Rodrigues	<i>Direito Agrário, Hermenêu- tica e Deontologia</i>
Dr. João Adalberto Castro Alves	<i>Prática de Audiência e Sentença Cível</i>
Dr. Wanderley José Cardoso	<i>Direito Processual Civil</i>
Dr. Guilherme Ribeiro Baldan	<i>Direito Empresarial</i>
Dr. José Antônio Robles	<i>Direito Processual Penal</i>
Dr. Francisco Borges Ferreira Neto	<i>Direito Penal</i>
Des. Marcos Alaor Diniz Grangeia	<i>Direito Tributário</i>

JI-PARANÁ

Dr. Cristiano Gomes Mazzini	<i>Direito Administrativo</i>
Dr. Áureo Virgílio de Queiroz	<i>Direito do Consumidor</i>
	<i>Hermenêutica</i>
Dr. Edewaldo Fantini Júnior	<i>Direito Constitucional</i>
Dr. Edson Yukishigue Sassamoto	<i>Direito Tributário</i>
Dr. Glauco Antonio Alves	<i>Direito Civil</i>
Dr. Marcos Alberto Oldakowski	<i>Prática de Audiência e Sentença Cível</i>
	<i>Direito Empresarial</i>
Drª Maria Abadia de C. M. S. Lima	<i>Prática de Audiência e Sentença Criminal</i>
Dr. Renato Bonifácio de Melo Dias	<i>Direito Processual Civil</i>
Dr. Oscar Francisco Alves Júnior	<i>Direito Penal</i>
Dr. Silvio Viana	<i>Direito Agrário, Deontologia e Direito Ambiental</i>
Dr. Valdecir Ramos de Souza	<i>Direito Processual Penal</i>

APRESENTAÇÃO

Este novo volume da Revista da Emeron é especial.

Especial porque, neste ano de 2006, a Escola da Magistratura do Estado de Rondônia comemora 20 anos de instalação e de efetiva atividade voltada ao aprimoramento dos juízes, dos servidores do Tribunal de Justiça local, assim como da comunidade jurídica em geral com o Curso de Preparação de Ingresso à Magistratura.

É também especial porque destaca mais um momento de júbilo, a Revista da Emeron completa 10 anos de edição ininterrupta, com espaço reservado para a divulgação de idéias e trabalhos jurídicos de renomados juristas, incluindo os nossos juízes, que se têm destacado no contexto nacional.

A excelência da Revista é inegável.

E mais uma vez este novo volume é especial porque é uma revista voltada a tema único: o direito de família em sentido amplo – abrangendo algumas características do direito juvenil ou do idoso.

O crescente número de ações relacionadas ao direito de família e as inovações introduzidas pelo novo Código Civil exigem nova visão, novas posturas de todos aqueles que lidam com essa temática, daí a correlação dos temas, cuja finalidade é tocar fundo na sensibilidade dos operadores do direito, voltando os olhos para as agruras das relações familiares, que se têm, de certo modo e em certa medida, deteriorado ao longo dos anos.

Por isso, os artigos selecionados falam por si sós.

Por fim, agradecimento especial ao Juiz de Direito Raduan Miguel Filho, Diretor Estadual do IBDFAM, que de maneira simpática e expedita coletou e selecionou os excelentes trabalhos ora apresentados, enriquecendo ainda mais a “nossa” Revista, que tem sido motivo de orgulho aos juízes rondonienses.

Que venham os próximos 10 anos!

Des. Rowilson Teixeira
Diretor da Emeron

ÍNDICE

11

A Companhia de Capital no Direito de Família

Rolf Madaleno

37

**As Vicissitudes da Igualdade e dos Deveres
Conjugais no Direito Brasileiro**

Paulo Luiz Netto Lôbo

53

**Do Interesse à Criança ao Melhor Interesse da
Criança Contribuições da Mediação Interdisciplinar**

Giselle Câmara Groeninga

75

**Inimputabilidade Penal e Responsabilidade Penal
Juvenil. Nem Direito Penal Máximo, Nem
Abolicionismo Penal**

João Batista Costa Saraiva

85

**O Direito/Dever de Visitas, Convivência Familiar e
Multas Cominatórias**

Raduan Miguel Filho

95

**O Afeto como Fator Preponderante para a
Manutenção da Sociedade Conjugal**

Ezequiel Paulo Zanellato

115

**O Dano Moral e sua Reparabilidade no Direito
de Família**

Elizabeth Alves de Aguiar

137**O Fim do Fim Sem Fim**

Maria Berenice Dias

161**O Desdobramento dos Direitos Humanos da Família**

Sérgio Resende de Barros

171**Poder Familiar - Destituição do Poder Familiar e Dúvidas Sobre a Filiação**

Leila Maria Torraca de Brito

Lygia Santa Maria Aires

189**A Releitura da Adoção sob a Perspectiva da Doutrina da Proteção Integral a Infância e Adolescência**

Maria Claudia Crespo Brauner

Maria Regina Fay de Azambuja

209**Mediação em Direito de Família – Um Recurso Além da Semântica**

Ivone M. C. Coelho de Souza

221**Princípios Deontológicos da Mediação Familiar**

Águida Arruda Barbosa

233**União Estável e Concubinato: Evolução Histórica; O Código Civil e suas Inconstitucionalidades**

Alice de Souza Birchall

249

Da Solidariedade da Obrigação Alimentar em favor do Idoso

Pedro Lino de Carvalho Júnior

267

Família, Direitos Humanos, Psicanálise e Inclusão Social

Rodrigo da Cunha Pereira

277

Uma Contribuição Crítica que se traz à Colação

Luiz Edson Fachin

Carlos Eduardo Pianovski

A COMPANHIA DE CAPITAL FECHADO NO DIREITO DE FAMÍLIA

Rolf Madaleno

Advogado Familista, Professor de Direito de Família na PUC/RS,
Diretor Nacional do IBDFAM, Vice-Presidente do IARGS –
www.rolfmadaleno.com.br

A COMPANHIA DE CAPITAL FECHADO NO DIREITO DE FAMÍLIA

Rolf Madaleno

SUMÁRIO. 1. Introdução 2. A fraude societária. 3. As sociedades de família. 4. A fraude pela mudança do tipo social. 5. O cônjuge ou convivente como sub-sócio. 6. A dissolução parcial. 7. A apuração de haveres na nova codificação. 8. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

No direito societário brasileiro, há uma gama diversa de sociedades empresárias que podem ser, em parte, classificadas segundo o critério da responsabilidade dos seus membros. De acordo com esse critério, existem sociedades de responsabilidade ilimitada, limitada ou mista. Na de responsabilidade ilimitada, o sócio responde inclusive com os seus bens particulares. Na sociedade limitada, a responsabilidade dos sócios é limitada ao valor de sua contribuição ou o valor do capital social. Nas sociedades anônimas, a responsabilidade limita-se ao preço de emissão das ações adquiridas ou subscritas pelos acionistas.

Portanto, a responsabilidade dos sócios gira em torno dos limites impostos, primeiro pela lei, para cada tipo de sociedade sem descurar-se da responsabilidade surgida da administração societária, ressalvados os casos de aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica regulamentada pelo art. 50 do Código Civil Brasileiro.

A desconsideração da personalidade jurídica é aplicada em situações de uso abusivo da forma societária, a qual serve apenas como instrumento de fraude à lei, para subtrair a empresa ou o sócio da obrigação contratual e causar danos a terceiros.

São inúmeras as formas de fraude pelo abuso societário, as quais englobam até atos pertinentes ao dinâmico movimento do direito familista, sempre intensamente carregado por dissensões subjetivas que mesclam amor e ódio, e, assim, contribuem para o total descontrole das emoções, de modo a levar ao impulso do cônjuge empresário em causar algum dano material ao seu sócio-afetivo, o qual acabaria pagando pela ousadia do seu desamor.

Nessa prática fraudatória, que grassava durante muitos anos na seara familista, a ira conjugal solta e sem riscos era favorecida pelo rigor ético e jurídico conferido pelo art. 20 do Código Civil revogado, a proibir que, sob qualquer pretexto, pudesse haver confusão entre o patrimônio da sociedade e os bens particulares dos sócios.

Portanto, não é de hoje a percepção dos conflitos gerados no âmbito do direito societário quando se trata de promover a dissolução das relações afetivas e a correlata partilha dos bens, os quais compõem o seu acervo econômico envolvendo direitos.

2. A FRAUDE SOCIETÁRIA

O tema não é inédito, nem mesmo quando visto sob a ótica da fraude exclusivamente conjugal ou da união estável. O embate não diverge, no fundo, da teimosa busca de uma nova visão processual dos conflitos conjugais envolvendo empresas que sejam capazes de solucionar o entrave causado, neste caso, especificamente, pela fraude instaurada com a mudança do tipo societário.

Convém ter presente que a fraude entre cônjuges ocorre com frequência, valendo-se o esposo fraudador da estrutura societária já existente ou de uma empresa especialmente criada para desenvolvê-la e assim subtrair bens do acervo comum para repassá-los à pessoa jurídica.

O tema é bastante recente na literatura jurídica brasileira e encontra como norma padrão o art. 50 do Código Civil. As manobras realizadas pelo mau uso da personalidade societária encontram forte eco no Direito de Família, quando se trata de sonegar alimentos e fraudar a meação, considerando que a incorporação de bens a uma sociedade empresária ou mesmo o afastamento do cônjuge-sócio do quadro societário da empresa conjugal, equivale à sua alienação para terceiro.

Embora a alteração de contrato societário possa ser idealizada apenas para privar a mulher do exercício de seus direitos sobre os bens comunicáveis, e possa parecer perfeita quanto ao seu fundo e à sua forma, por atender às condições de sua existência e validade e obedecer às regras de publicidade, é ineficaz em relação ao cônjuge ou convivente lesado, por ter sido o meio ilícito exatamente usado em detrimento dos legítimos direitos de partição patrimonial do cônjuge.¹

(1) MADALENO, Rolf . *A efetivação da 'disregard' no Juízo de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: 1999, p.64.

Tem trânsito no Direito de Família Brasileiro a aplicação episódica do superamento da personalidade jurídica sempre que o sócio cônjuge ou convivente procurar por meio do abuso da sociedade deslocar bens particulares pertencentes à sociedade afetiva, para a sociedade empresária ou de outra modelagem, quando os bens que já compõem o capital social da empresa são desviados ou reduzidos a um valor irrisório, de modo a nada representar no acerto final de composição da partilha. Ao ser detectada a manobra arquitetada para gerar uma fraude no direito à partilha do parceiro ou nos alimentos judicialmente arbitrados, procurar-se-á, por meio da desconsideração da personalidade jurídica, recompor o patrimônio abusiva ou fraudulentamente dilapidado; também não se permitirá nenhum abalo no crédito alimentar.

Para Arnaldo Rizzardo,² no âmbito do Direito de Família, não haveria propriamente a despersonalização, mas a desconsideração da personalidade para evitar que sejam atingidos os bens postos ao abrigo da sociedade empresarial. Elenca inclusive várias hipóteses caracterizadoras do desvio de bens, com o propósito de subtrair o patrimônio na partilha, merecendo destaque, entre outras variantes, aqueles expedientes que ensaiam “a aparente retirada do cônjuge da sociedade comercial; a transferência da participação societária a outro sócio, ou mesmo a estranho, com o retorno depois da separação; a alteração do estatuto social, com a redução das quotas ou patrimônio da sociedade; a transformação de um tipo de sociedade em outro, como de sociedade por quotas para a anônima”.

3. AS SOCIEDADES DE FAMÍLIA

A maioria das companhias fechadas de pequeno ou médio porte são apoiadas em uma estrutura exclusivamente familiar e usualmente não têm as suas ações vendidas em bolsa de valores. Por conta disso e pelas próprias características de sua gestão, sua configuração carrega elementos claramente diferenciados das companhias abertas. Em uma sociedade anônima de capital aberto, é até comum que o seu diretor não tenha nenhuma relação direta para com os proprietários e que não seja membro da família, como acontece nas empresas familiares, que unem os integrantes da direção por seus vínculos consangüíneos.

(2) RIZZARDO, Arnaldo. Casamento e efeitos da participação social do cônjuge na sociedade, *In* Direitos Fundamentais do Direito de Família. Belmiro Pedro Welter e Rolf Hanssen Madaleno (Coords.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p.55.

As sociedades familiares iniciam com a atividade pessoal de um empresário que vai crescendo e ampliando os seus negócios, e, na medida de seu desenvolvimento, passa a agregar outros membros de sua família.

Conflitos internos que envolvem separação de seus membros, acionistas e administradores, surgem, de hábito, pelo intenso desafeto familiar, especialmente nos casos de separação ou de dissolução dos vínculos afetivos de seus membros. Essa freqüente causa de tremor endêmico motiva um tratamento diferenciado, sempre que seja detectado o seu uso abusivo, da entidade eminentemente familiar, que, então, se movimenta apenas a serviço da fraude à meação referente à relação conjugal ou à união estável.

A Lei n. 6.404/76, no seu art. 4º, separa as sociedades abertas daquelas de capital fechado, pela admissão ou não dos seus valores mobiliários à negociação na Comissão de Valores Mobiliários. Assim ocorre porque, sempre que a sociedade anônima de capital aberto necessitar de recursos ou pretender aumentar o seu capital social, poderá buscar a alternativa de obter recursos diretamente com o público investidor por meio da emissão de novas ações no mercado de capitais.

Com o rompimento do vínculo matrimonial, nenhuma dificuldade será encontrada na liquidação da partilha, diante da cotação oficial das ações e de sua singela divisão matemática por dois para, dessa forma, reembolsar o cônjuge co-acionista, em companhias abertas com ações negociadas no Mercado de Valores Mobiliários.

Situação diferente encontra-se na partilha de uma companhia fechada, cujas ações não gozam de oferta pública e tornam praticamente impossível vender um pacote de ações recebidas em pagamento de uma meação na partilha conjugal.

Para o direito de Família, tem relevante importância a diferença entre a companhia aberta em relação à sociedade anônima de capital fechado ou familiar e, portanto, merece atenção e diferente solução.

Por se tratar de uma empresa de capital fechado, com um reduzido número de sócios, suas peculiares características também dificultam e até impedem o ingresso de outros sócios. Tal configuração também pode engessar a retirada do sócio e, com maior motivação, dificultar a desvinculação do acionista cônjuge. Quando isso acontecer no âmbito do Direito de Família, deve ser relativizada a proibição da

venda de ações da companhia fechada familiar, pois, certamente, será a única solução para libertar o cônjuge que fica prisioneiro dessa sociedade de exclusiva formatação familiar.

O tema ainda é bastante controverso e sua versão processual mais corriqueira acontece nos feitos separatórios que envolvem partilha de sociedades limitadas, cujo capital social é dividido em quotas, mas cuja partilha é dificultada ao serem transformadas em sociedades anônimas às vésperas da separação e com boa dose de ousadia, no curso do próprio processo de dissolução afetiva, tudo no propósito de dificultar a partilha referente à relação conjugal ou à união estável, pois, em tese, não caberia a dissolução parcial de uma sociedade anônima e, na prática, o meeiro ficaria preso à empresa, ao ex-cônjuge, ao passado e, pior ainda, ficaria sem seus recursos financeiros, por só deter ações que não circulam.

4. A FRAUDE PELA MUDANÇA DO TIPO SOCIAL

Mostra a vivência processual que uma das formas mais corriqueiras de fraude à meação conjugal é a expedita via da manipulação do estatuto social, especialmente eficaz naquelas típicas sociedades de família em que os esposos-empresários buscam inviabilizar, com a mudança do tipo social, a parcial dissolução da sociedade empresária, particularmente quando transformadas em sociedades fechadas, que “não se compadecem com as intromissões de estranhos.”³

Companhias fechadas contam com um pequeno número de sócios, e suas ações não são ofertadas ao público no mercado de valores imobiliários, porque não captam recursos para o seu financiamento, dado que seus aportes vêm da contribuição dos próprios acionistas.

Empresas familiares são comuns na economia brasileira e, quando algum de seus integrantes enfrenta processo de separação judicial - de modo a ameaçar a estabilidade do capital social ao pôr em pauta a partilha do seu patrimônio empresarial -, repentinamente se procura alterar o tipo societário dessas empresas. Ao compulsar demandas separatórias que discutem divisão de patrimônio, é corriqueiro deparar com cônjuges e conviventes-empresários, os quais se valem de sociedades anônimas para acobertar e proteger o patrimônio societário, que procuram excluir da partilha referente ao fim do casamento ou da união estável.

(3) LOUREIRO, Luiz Guilherme. *A atividade empresarial do cônjuge no novo Código Civil*, In. Novo Código Civil, questões controvertidas. Mário Luiz Delgado e Jones Figueirêdo Alves (Coord.). São Paulo: Método, 2004, p. 241.

Em primeiro lugar, o capital das sociedades anônimas divide-se em unidades denominadas ações e as sociedades fechadas, entre as quais se situam as de capital familiar, não costumam emitir títulos, tampouco anotam a sua circulação no livro de registros de ações. Sua administração, não raramente, confunde-se com a dos próprios acionistas controladores, que são, em regra, seus diretores, com cargos vitalícios na administração. Por controlar, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembléia geral, isso quando realizam assembléias, abusam de seu poder na direção das atividades da empresa, em formato nada diferente daquele controle que já exerciam na empresa limitada, tendo apenas alterado o tipo societário, para uma sociedade anônima, a fim de atender aos caprichos do cônjuge ou do convivente em estágio de separação, com a desculpa de pretender proteger o patrimônio familiar, e desse modo decisivo, atuar com segurança na direção de uma sociedade anônima existente apenas no mundo da ficção.

Entre as companhias familiares, é muito comum encontrar acionistas que não estão apenas representados por seu capital, mas que exercem uma participação fundamental na administração da empresa, de modo a configurar, na prática, uma verdadeira sociedade de pessoas, porém fantasiada de sociedade de capital.

Lembra, com muita propriedade, Priscila M. P. Corrêa da Fonseca⁴ não ser outra a razão da existência do art. 206, inc. II, b, da Lei n. 6.404/76, ao determinar a dissolução da companhia “quando provado que não pode preencher o seu fim”. Certamente uma companhia de fachada autoriza o decreto de sua dissolução quando na realidade nada mais representa do que uma verdadeira sociedade de pessoas.

Fábio Konder Comparato⁵ recomenda que se evite a errônea presunção de que a sociedade anônima é sempre alheia ao *intuitu personae* e à *affectio societatis*, além de ressaltar existirem verdadeiras sociedades anônimas de pessoas.

(4) FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. *Dissolução parcial, retirada e exclusão de sócio*. São Paulo: Atlas, 2002, p.83.

(5) *Apud* Priscila M. P. Corrêa da Fonseca, *Dissolução parcial, retirada e exclusão de sócio*, cit., p.83, nota 41.

Hugo E. Rossi⁶ testemunha extremos desse jaez, os quais diz ocorrerem com reiteração, ao fazer-se uso da desestimação da sociedade anônima com configuração claramente irregular, pois conta apenas com os mesmos sócios da primitiva sociedade limitada.

Para Hugo Rossi, “os sócios não podem pretender ser tratados como acionistas de uma sociedade anônima se reiteradamente seguem condutas próprias de sócios de outro tipo de sociedade,” comportamento que demonstra não ter existido de fato o propósito de atuar como uma sociedade anônima.

É o que acontece com alarmante frequência nas sociedades limitadas de exclusivo capital familiar, quando o cônjuge em demanda de separação altera o tipo originário de uma sociedade limitada para o de uma sociedade anônima de meia dúzia de acionistas, todos membros da mesma família e apenas unidos no propósito de impedirem a partilha da empresa na meação do cônjuge dissidente. Com esse prosaico expediente contratual, o cônjuge separado fica sem poder acessar as quotas sociais por meio da apuração de haveres, que só seria possível, em princípio, se a empresa preservasse a configuração de sociedade limitada.

São de cristalina evidência o uso abusivo e o desvio da função societária, toda ela manejada para afastar o ingresso do cônjuge na empresa familiar, o que fica mais visível ainda quando são apuradas as irregularidades e as omissões dos administradores no exercício legal dos atos de administração de uma sociedade anônima.

Na sociedade anônima simulada, os acionistas não se reúnem, não convocam assembléias gerais para deliberações, até porque, usualmente, é o cônjuge separando que, como acionista controlador, exprime a vontade social da empresa de forma a confundir-se com a própria administração. Por vezes não são convocadas assembléias, porque todos os acionistas são da mesma família e só têm o trabalho de

(6) ROSSI, Hugo E. *Actuación anómala y desestimación del tipo en la sociedad anónima “cerrada”, sus efectos sobre la responsabilidad de los socios*, In *Conflictos en sociedades “cerradas” y de familia*. Martín Arecha, Eduardo M. Favier Dubois, Efraín H. Richard e Daniel R. Vítolo (Coord.). Buenos Aires, 2004: p. 67-170.

firmar as atas previamente elaboradas, assinando o livro de presença, sem nada examinar, discutir ou votar, já que apenas o diretor que controlava a sociedade limitada segue administrando e deliberando sobre os destinos da sociedade anônima, que apenas trocou sua capa externa.

Enfim, o administrador familiar da sociedade anônima criada apenas para o processo de separação judicial de acionista diretor prescinde, nesse caso, de uma das mais caras atribuições a um administrador de uma sociedade por ações, que é o dever de lealdade para com os interesses, para com as finalidades da empresa, sem valer-se do tipo societário para atender aos seus interesses pessoais.

Quando isso acontece, configura-se a farsa montada pelos novos acionistas ao mudarem o tipo social na contramão da real finalidade social da empresa.

São artifícios como estes que devem ser considerados dentro da margem de movimentação processual encabeçada para a episódica aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, quando ficar patente que a alteração do tipo societário não passou de uma vil transgressão de direitos, com a única finalidade de impedir o acesso do outro cônjuge ou convivente à sua meação patrimonial. Nesse ponto, calha a advertência de Lucíola Fabrete Lopes Nerilo,⁷ quando diz não ser preciso que o cônjuge figure como sócio da empresa para ser engendrada a fraude com a utilização da personalidade jurídica.

A Lei do Anonimato prescreve, em seu art. 154, que, em decorrência da função social da empresa, o seu administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem na consecução dos fins e dos interesses da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa.

No entanto, quando o administrador ou controlador da sociedade confunde o seu patrimônio com o patrimônio da sociedade e utiliza ente jurídico como instrumento de sua atividade individual, afiguram-se presentes os pressupostos de desconsideração da personalidade jurídica. Clóvis V. do Couto e Silva⁸ já dizia em conferência

(7) NERILO, Lucíola Fabrete Lopes. *Manual da sociedade limitada no novo Código Civil*. Curitiba: Juruá, 2004, p.67-68.

(8) SILVA, Clóvis V. do Couto e. Grupo de sociedades, RT 647/20.

ministrada no ano 1989: “Na época em que se desconhecia o conceito de transparência ou desconsideração da pessoa jurídica – que é recente no direito brasileiro –, já existiam disposições legais claramente indicativas da possibilidade de se responsabilizar os administradores.”

Diante disso, há de concordar-se mais uma vez com Lucíola Fabrete Lopes Nerilo,⁹ quando recorre à despersonalização como instrumento para combater o desrespeito aos direitos alheios, recurso legal de que se vale o julgador para preservar a verdadeira essência da pessoa jurídica, e assim, também, preservar a integridade patrimonial do terceiro prejudicado, ao desconsiderar episodicamente o ato que abusou ou violou direito de outrem, sem precisar extinguir a sociedade, como no caso da transformação do tipo societário que apenas visou aos interesses pessoais do controlador majoritário de sociedade familiar.

Não foge ao exemplo, o caminho enveredado pela maioria da Quarta Turma do STJ no REsp n. 111.294/PR, julgado em 19/9/00, com a relatoria do Ministro Barros Monteiro, lavrando o voto vencedor o Ministro César Asfor Rocha, que admitiu a dissolução parcial em sociedade anônima familiar ao perceber o engessamento dos sócios minoritários, os quais poderiam representar a figura do cônjuge ou convivente, meeiro de acionista, uma espécie de subsócio, sem acesso ao valor monetário de sua meação.

5. O CÔNJUGE OU CONVIVENTE COMO SUBSÓCIO

Uma vez dissolvida a sociedade conjugal ou a estável convivência pela ruptura judicial ou pela morte de um sócio, interessa tomar ciência se o cônjuge ou convivente separado ou sobrevivente ingressará na sociedade em decorrência da partilha das quotas sociais ou se for impossível o seu ingresso na condição de sócio por ausência de previsão contratual e por falta de *affectio societatis*, o parceiro supérstite ou separado procurará receber o valor monetário equivalente a sua meação societária. Trata-se de receber a expressão monetária equivalente ao patrimônio social, representado por quotas ou ações de seu cônjuge na sociedade e levadas à partilha judicial.

(9) NERILO, Lucíola Fabrete Lopes. *Responsabilidade civil dos administradores nas sociedades por ações*. Curitiba: Juruá, 2002, p.73.

Como é vedada a cessão ou a partilha das quotas sem a alteração do contrato e sem o consentimento dos demais sócios, o ex-cônjuge ou ex-companheiro não poderá ingressar como sócio da empresa, mas não deixará de ser sócio do sócio, um subsócio, condômino de quotas com o ex-cônjuge.

Caso o subsócio deseje romper com o condomínio societário, terá de recorrer a uma ação de apuração de haveres em quota ou participação social contra o sócio e ex-cônjuge, não contra a empresa, já que a separação estabeleceu uma comunhão de quotas entre o ex-casal. O meeiro é credor do ex-cônjuge que, por sua vez, é sócio da empresa: nessa condição, poderá receber seu crédito com a compensação, se possível, de outros bens conjugais. Diante da falta ou da insuficiência de bens particulares do ex-cônjuge empresário, cumpre proceder a um balanço especial da sociedade para efeito de pagamento das quotas sociais.

Mas, no caso de se tratar de uma sociedade anônima, em tese, não há como promover a sua dissolução parcial para pagamento da meação do subsócio.

Na sociedade anônima de capital aberto, não haveria maiores dificuldades com a mera divisão física das ações, e nenhum prejuízo arcaria o ex-cônjuge ou ex-companheiro que recebesse ações em pagamento de sua meação.

Como já foi referido, as companhias de capital aberto buscam seus recursos perante o público em geral ao oferecer os valores mobiliários de sua emissão a qualquer interessado, do que decorre uma profunda preocupação do legislador para com a tutela jurídica dos interesses dos investidores. As companhias abertas têm seus valores negociados em bolsa de valores e seu procedimento atende às normas específicas, fiscalizadas pela Comissão de Valores Mobiliários.

Assim ocorre na defesa intransigente contra a fraude, do grande número de interessados que investem seus recursos nos mercados de valores mediante oferta pública.

Desse modo, os detentores de ações são minuciosamente informados sobre a situação patrimonial, econômica e financeira da sociedade, podendo acompanhar com muita segurança o valor das suas ações e, caso queiram, negociá-las conforme suas cotações em pregões nas bolsas de valores.

Por sua vez, as companhias com pequeno número de sócios, que não captam recursos com o público em geral, têm seu cabedal construído pelas contribuições de seus próprios acionistas, por conta disso, no caso de separação judicial ou de dissolução da convivência de um dos acionistas, na sociedade cujas ações não são negociadas em bolsa entra a partilha com o pagamento da meação do cônjuge, por meio da entrega pura e simples de uma quantidade de ações de circulação embotada. O cônjuge que recebeu essas ações de companhia fechada na partilha de seu patrimônio conjugal fica à deriva dos acontecimentos, pois, sem conseguir transferir as ações que compuseram sua meação, não há como ofertá-las ao público. Tem como seus únicos e prováveis interessados os outros sócios, de forma que se sujeita o meeiro a receber o preço vil que lhe for ofertado como única opção de descarte dos desvalorizados papéis. Logo, sem nenhuma chance de negociação, o meeiro assiste passivo ao massacre econômico da lei da oferta e da procura, isso se não agonizar inerte e impotente, diante da desvalorização de sua participação acionária, pela subscrição particular de novos títulos que terminam reduzindo o valor de suas ações e aumentando o capital dos sócios remanescentes.

É que o capital social também pode ser reduzido por manipulação em Assembléia Geral convocada por sócios que são entre si amigos e parentes.

Basta que os sócios componentes da estrutura familiar da empresa aumentem o capital social com a subscrição particular de novas ações, em simples deliberação por assembléia ou pelo Conselho de Administração, para crescer a sua participação e descapitalizar as ações que estão na titularidade do ex-cônjuge de sócio, o qual dissolveu sua união afetiva. Assim, suas ações sofrem redução de seu valor nominal, isso quando os sócios familiares não optarem pelo caminho inverso da diminuição do patrimônio da empresa.

É fato que a base da economia mundial está alicerçada nas empresas familiares, que contam com relevante participação acionária de uma família ou de grupos familiares, em sua maioria administrada por componentes dessa mesma célula familiar, detentores do controle acionário. Tratam, ao seu talante, de neutralizar qualquer assédio de pessoas estranhas ao núcleo familiar e aos interesses societários e se, porventura, ocorrer

de uma partilha que coloquem em risco o domínio e a posse das ações da empresa familiar, logo se articulam para que suas participações não escorreguem das mãos e do poder da família.¹⁰

Como expôs Tullio Ascarelli, citado por Waldirio Bulgarelli,¹¹ na empresa familiar:

... pequena ou grande que seja, as ações são distribuídas entre poucas mãos; a forma ao portador quando adotada, o é mais por considerações de natureza fiscal do que no intuito de facilitar a circulação; o financiamento é assegurado por meio de chamadas contas-correntes dos próprios sócios e são, portanto, relativamente mais freqüentes capitais nominais por demais modestos em relação ao patrimônio real e, não capitais agudados, todos ou quase todos os acionistas ocupam cargos sociais, retirando indiretamente parte dos lucros da sociedade sob forma de remunerações pessoais, e assim por diante.

Enquanto as relações conjugais apresentarem-se harmônicas, sob total controle e interação, os interesses e as metas empresariais serão comuns, voltados ao crescimento do conjunto familiar, sendo facilmente aceitas as hierarquias profissionais. Essa relação na empresa, no entanto, será contaminada pelo ocasional desentendimento dos cônjuges, que se refletirá nos interesses patrimoniais da empresa familiar.

É claro que o pagamento da meação do cônjuge, com ações de uma sociedade anônima fechada e familiar, representará na prática apenas o físico repasse de ações de nenhum valor econômico ao ex-cônjuge que não atua na empresa e não mais pertence à família, a qual controla o capital e a administração da companhia. A impossibilidade de promover a oferta pública das ações cedidas em pagamento da meação inviabiliza a liquidação e o reembolso de sua real expressão econômica.

(10) Nesse sentido, Apelação Cível n. 597013036, relator Desembargador José Carlos Teixeira Giorgis, 7ª Câmara Cível, TJ, 27/11/97, com esta ementa: “Embargos. Penhora de patrimônio de sociedade. Alegação de que nada tem com a execução. Desconsideração da pessoa jurídica. Cabível a constrição de acervo pertencente a uma empresa, de que faz parte a sociedade executada, e que pertence a um conglomerado familiar em que as titulares e patrimônios se interpolam e se substituem. Apelação improvida.”

(11) BUGARELLI, Waldirio. *Sociedades comerciais*. São Paulo: Atlas, 1991, p.44.

A estrutura da sociedade anônima fundamenta-se na importância de seu capital em detrimento da personalidade dos sócios, ao contrário do que sucede nas sociedades de pessoas. É certo que a companhia reúne, em torno de si, as pessoas que a constituem, mas o seu vínculo é exclusivamente direcionado ao capital que mobilizam e, por meio do qual, exercem o controle e a participação na sociedade. As companhias fechadas não se afastam dessa ótica, mas reservam-se a um número menor de sócios, amiúde representado por uma família que busca, no seu próprio ambiente, os recursos para a sua formação.

As sociedades de capital contrapõem-se às sociedades de pessoas, por isso, o que permite atentar para a hipótese de fraude ou de abuso societário, caso a companhia movimentasse, exclusivamente, no interesse dos sócios e administradores, em detrimento dos acionistas minoritários. Ocorre, assim, o desvirtuamento orgânico da sociedade anônima familiar para a obtenção abusiva de benefícios aos sócios majoritários e administradores, de modo a atuar em contraste aos preceitos de uma verdadeira sociedade de capital, pois convoca assembléias de gabinete, carentes de efetivas deliberações, ou renova os administradores nos cargos de direção da empresa, como se fosse uma gestão de alguns dos sócios.

Tais atitudes levam à desestimação do tipo societário, porque não se trata de uma sociedade anônima, mas de uma sociedade de pessoas, travestida da personalidade anônima. É evidente que os sócios não podem pretender ser tratados como acionistas de uma sociedade anônima, se, paulatinamente, praticam atos próprios de uma sociedade de pessoas com responsabilidade limitada.

Prova está na Exposição de Motivos da Lei n. 6.404/76 (Lei das Sociedades Anônimas), ao prescrever que:

... não é mais possível que a parcela de poder, em alguns casos gigantesca, de que fruem as empresas, e através delas, seus controladores e administradores, seja exercida em proveito apenas de sócios majoritários ou dirigentes, e não da companhia, que tem outros sócios, e em detrimento, ou sem levar em consideração os interesses da comunidade.

Tais desvirtuamentos permitem a aplicação episódica da desconsideração da personalidade jurídica, pois não é justo nem juridicamente aceitável permitir o manejo promíscuo do patrimônio social, quando, a toda evidência, a empresa só recebeu o título externo de sociedade anônima, já que se movimenta apenas em prol dos interesses de poucos sócios e administradores, tendo sido constituída, em realidade, com o único propósito de inviabilizar a sua parcial dissolução, para engessar o ex-cônjuge de sócio, que não terá como transformar suas ações em finanças pessoais.

Assim, as sociedades anônimas não estão imunes à superação da sua personalidade jurídica, especialmente quando for verificado que a sua transformação de sociedade de responsabilidade limitada em companhia fechada serviu apenas para o ilícito interesse de inibir a partilha do acervo conjugal no percentual incidente sobre o patrimônio da empresa.

Essas verdadeiras sociedades anônimas de pessoas, em suas deliberações exacerbam suas funções ao se valer, abusivamente, do tipo social de companhia fechada para impedir a dissolução de parte da empresa que ficou em mãos do cônjuge co-acionista de modo a projetar, necessariamente, a aplicação episódica da desconsideração da personalidade jurídica. Isso porque, quando a companhia fechada não passa de um mero *alter ego* de uma sociedade de pessoas que atuam *intuitu personae* na empresa familiar, o que evidencia ter a estrutura contratual apenas o objetivo de fraudar a divisão conjugal das quotas ou ações conjugais, alterando, às vésperas ou mesmo no curso da ação de separação judicial ou da dissolução de união estável, o tipo social de responsabilidade limitada para o de sociedade anônima fechada.

Em regra, a desconsideração inversa da personalidade jurídica ocorre no Direito de Família em momento anterior à separação judicial, pois o marido empresário trata de marginalizar o patrimônio que deveria integrar o processo de partilha dos bens comuns e comunicáveis. É nesse momento que deve funcionar o poder discricionário do juiz na apreciação das provas que enfrenta no processo, pelo dever inerente que tem de buscar a verdade. No caso de lesão a direito de cônjuge ou de companheiro também pelo uso abusivo da chancela societária, deve o juiz formar a sua convicção em conformidade com a sua livre consciência, acatando, para tanto, todos os meios admissíveis de prova, sem limitações, inclusive os indícios e as presunções.

A desconsideração da personalidade jurídica pode servir de pronta resposta ao insidioso expediente de fuga ao dever de integral execução da partilha da meação societária, e ela sempre tem lugar quando, nas sociedades de capital, os interesses pessoais dos controladores e dos administradores buscarem frustrar os direitos de terceiros. Talvez a solução melhor sequer precise passar pela anulação ou pela dissolução da sociedade, mas apenas suspender a eficácia do ato constitutivo, como no episódio formulado em fraude à meação de ex-cônjuge.

Dessa forma, se um cônjuge empresário transforma a sua primitiva sociedade limitada em sociedade anônima fechada, com o propósito de impedir que seu cônjuge ou seu companheiro acesse às quotas e à sua partilha, com a posterior extinção de um condomínio em apuração de haveres, está, de modo indubitado, perpetrando uma fraude ao direito do cônjuge.

Não será demais considerar que, em situações especialmente forçadas no curso de uma separação afetiva em que um dos cônjuges ou conviventes participa de sociedade empresária, é perfeitamente plausível a dissolução parcial de sociedade que primitivamente era constituída por quotas de responsabilidade, mas que, pela maliciosa vontade do sócio majoritário – cônjuge ou convivente –, foi transformada em sociedade anônima.

Quando não desaparecerem as partes integrantes do antigo ente jurídico, que sofreu a transformação de sociedade limitada a anônima, mesmo que os sócios e a sociedade se submetam às novas regras imperativas ao novo tipo societário, a mera conversão para um novo tipo societário não pode prejudicar terceiros, como demonstra com clareza o art. 1.115 do Código Civil. Especialmente quando essa conversão foi procedida no curso da separação judicial litigiosa ou de dissolução contenciosa de uma união estável, com o único e evidente propósito de embotar a liquidação dos haveres do cônjuge meeiro.

Ao ser reconhecida a fraude à meação, basta que a sentença de separação suspenda, circunstancialmente, a eficácia do ato constitutivo para reconhecer, relativamente ao cônjuge que reivindica a sua meação, o direito ao primitivo pacote de quotas e à sua parcial dissolução judicial, se não for possível compensar as quotas com outros bens do casamento ou com bens particulares do cônjuge empresário. A desestimação da personalidade jurídica não importaria no descarte da sociedade anônima

que retomaria o tipo anterior da sociedade limitada, apenas produziria a inaplicabilidade dos efeitos da mudança do tipo societário em relação ao cônjuge meeiro que foi alvo da fraude na partilha, de forma a permitir que ele compense seus prejuízos, ou que retire da sociedade o equivalente monetário à sua meação.

Pronunciou-se, nesse sentido, o STJ, que, por sua Quarta Turma, no REsp. n. 35285-RS, em voto do relator ministro Antônio Torreão em 14/12/93, embora sem referência à teoria da desconsideração da personalidade jurídica, permitiu a retirada dos sócios dissidentes de sociedade por quotas, cujo tipo social foi transformado em sociedade anônima pela vontade destoante do sócio majoritário, conferindo-lhes o pagamento dos seus haveres por via da liquidação em dissolução parcial:

Comercial. Sociedade por quotas de responsabilidade. Transformação em sociedade anônima por vontade do sócio majoritário. Retirada dos sócios dissidentes. Dissolução parcial, com pagamento dos haveres tal como se de dissolução total tratasse, em face das peculiaridades do caso concreto. Decisão que não implicou ofensa aos artigos 20 do Código Civil, 291 e 302 do Código Comercial e 668 do CPC de 1939. Ausência de dissídio jurisprudencial. Recurso não conhecido. Unânime.

6. A DISSOLUÇÃO PARCIAL

O recesso é a modalidade de dissolução parcial dos vínculos societários, bem como é a forma pela qual o sócio expõe a sua vontade de abandonar a sociedade. Na Lei das Sociedades por Ações, o art. 137 permite ao acionista dissidente retirar-se da companhia mediante o reembolso do valor de suas ações, assim como o sócio quotista ao retirar-se da sociedade tem o direito de ser reembolsado com a quantia correspondente ao seu capital.

No âmbito do casamento e da união estável, quando um casal dissolve o seu relacionamento e decide pela partilha de seus bens, caso exista a comunicação de quotas sociais ou ações de uma companhia que está registrada apenas em nome de um dos parceiros o qual detém o *status* de sócio ou de acionista, ao seu consorte podem ser adjudicadas quotas ou ações que não lhe conferem a condição de sócio. O cônjuge

não-sócio terá um crédito pelo valor das quotas contra o seu esposo sócio, já que não pode ser admitido no quadro social por mero crédito de sua meação na partilha, ou pela cessão hereditária das quotas, salvo expressa previsão no contrato social.

Portanto, o cônjuge de sócio é meeiro das quotas, e sua meação seria mais conveniente se fosse preenchida com outros bens diversos da sociedade. Caso isso não seja possível e seja rejeitado, o cônjuge como novo sócio encaminha-se à demanda de apuração de haveres advinda da parcial dissolução da sociedade.

O art. 1.027¹² do Código Civil inibiu a liquidação das quotas dos herdeiros ou meeiros de cônjuges sócios, ao estabelecer que apenas os sócios remanescentes estariam legitimados a requerer a dissolução judicial da sociedade.

Segundo a nova diretriz legal, comete apenas aos sócios que permanecerem na empresa a decisão acerca da liquidação das quotas do sócio retirante ou de cessionário de suas quotas, de modo a impossibilitar que os herdeiros ou o meeiro de sócio consigam liquidar o valor das quotas e receber os seus haveres.

É a conclusão a que chega Edmar Oliveira Andrade Filho,¹³ ao informar que os sócios já não mais podem contar com o pragmático pedido de dissolução parcial, que muito se prestaria para postulações arbitrárias e caprichosas, embora o vigente Código Civil não tenha desamparado os sócios que se sintam prejudicados.

Murilo Zanetti Leal¹⁴ cita o Anteprojeto de Lei de Sociedades de Responsabilidade Limitada, elaborado pela Comissão presidida por Arnaldo Wald, anteprojeto este que se dissocia do novo Código Civil exatamente quando, em seu art. 31, prevê entre diversas formas de cessão de quotas também aquelas oriundas do regime matrimonial, conferindo o direito de preferência em sua aquisição à sociedade e aos demais sócios, na contramão do atual art. 1.027, o qual impede ao cônjuge de sócio exigir

(12) Art. 1.027. Os herdeiros do cônjuge de sócio, ou o cônjuge do que se separou judicialmente, não podem exigir desde logo aparte que lhes couber na quota social, mas concorrer à divisão periódica dos lucros, até que se liquide a sociedade.

(13) Edmar Oliveira Andrade Filho. Sociedade de responsabilidade limitada. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p.272.

(14) Murilo Zanetti Leal. A transferência involuntária de quotas nas sociedades limitadas. São Paulo: RT, 2002, p.85.

desde logo a parte que lhe couber na quota social. Portanto, com a dicção do atual art. 1.027 da nova codificação civil, o legislador procurou evitar a dissolução parcial requerida pelo ex-cônjuge do sócio, ao conferir-lhe apenas a condição de condômino, com direito, se houver, apenas aos lucros periódicos.

Tal solução é inconciliável com a regra constitucional do art. 5º, inc. XX, no sentido de que ninguém poderá ser compelido a associar-se, a permanecer associado ou a permanecer em condomínio contra a sua vontade, por prazo indeterminado e ao talante dos sócios remanescentes.

É inaceitável que o cônjuge meeiro fique vinculado indefinidamente à sociedade, quer isso ocorra na sociedade limitada, quer isso ocorra na sociedade anônima de capital fechado.

Aceitar esse retrocesso, aparentemente ordenado pelo art. 1.027 do Código Civil, seria voltar a negar valor ao bem partilhado, o que geraria consequências lesivas ao patrimônio do cônjuge meeiro, como já dissera o Ministro Carlos Alberto Menezes, Direito por ocasião do julgamento do REsp n. 114.708-MG.¹⁵

É que a dissolução parcial, formalizada pela via da liquidação de parte da sociedade, tem por escopo verificar a parcela a ser paga ao sócio que se retira ou que é afastado da sociedade, em conformidade com os reais valores do patrimônio social, de modo a conciliar os interesses do sócio dissidente e daqueles que permanecem na sociedade.

Como explica Rubens Requião: “Faz-se a avaliação de todos os valores sociais, segundo os preços correntes no mercado, e que prevaleceriam se a sociedade fosse totalmente dissolvida.”¹⁶

Já na sociedade anônima, há expressa previsão de retirada do acionista, que será reembolsado do valor de suas ações. Tem sido grande a insatisfação com o critério legal de reembolso previsto para o caso de recesso acionário, que não se confunde com a parcial dissolução.

O acionista e o detentor ou titular das ações, ao subscrever a ação ou adquiri-la em pagamento de sua meação com a separação judicial, conquista na sociedade anônima o estado de sócio, de forma que pode

(15) Acórdão citado por Priscila M. P. Corrêa da Fonseca. Dissolução parcial. cit., p.111.

(16) REQUIÃO, Rubens. *A preservação da sociedade comercial pela exclusão do sócio*. Curitiba: Acadêmica, 1959, p.188.

ceder seus direitos sem necessidade de alterar o contrato social, tratando apenas de transferir suas ações no livro da sociedade. Mas, como é sabido, tudo funciona muito bem nas companhias de capital aberto, pois certamente encontrará mercado para negociar seus títulos, ao contrário da hermética companhia fechada que aniquila a expropriação financeira oriunda do pagamento da meação conjugal com ações da empresa familiar.

Os pretórios brasileiros vinham rejeitando a possibilidade da dissolução parcial nas sociedades anônimas, por impossibilidade jurídica do pedido, entendendo que a dissolução parcial de uma sociedade anônima seria procedimento incompatível com a Lei do Anonimato, que já prevê o direito de recesso no seu art. 137, com o reembolso do valor das ações do sócio retirante: assim concluíam que a parcial dissolução social seria um instituto exclusivo das sociedades de responsabilidade limitada e ao alcance do sócio quotista.

Por sinal, o tema da dissolução da sociedade não é estranho à sociedade anônima, pois é princípio adotado no art. 207 da Lei n. 6.404/76, em que se dispõe: “a companhia dissolvida conserva a personalidade jurídica, até a extinção, com o fim de proceder à liquidação.”

Priscila Corrêa esclarece a matéria:

O entendimento de que a inconveniência da dissolução parcial em relação às companhias abertas decorreria do fato de que ao acionista que deseja, retira-se da sociedade, sempre se faria viável recorrer à venda de suas ações em bolsa ou em mercado de balcão nem sempre é sustentável, porque – como se sabe – apenas um pequeno número de companhias abertas tem, efetivamente, suas ações negociadas em bolsa.

O que dizer em relação às companhias fechadas de cunho eminentemente familiar, nas quais representaria um absurdo permitir que os herdeiros ou meeiro aquinhoados por força do regime conjugal, da união estável ou da sucessão, ficassem indefinidamente vinculados à sociedade.

7. A APURAÇÃO DE HAVERES NA NOVA CODIFICAÇÃO

A apuração de haveres consiste em promover o balanço de todo o patrimônio da sociedade, encarregando o perito de proceder ao inventário

dos bens que compõem o ativo da sociedade e descrever o passivo social, para assim mensurar o montante do ativo líquido da sociedade caso ela seja inteiramente dissolvida. Com essa técnica, é possível mensurar a participação societária do sócio dissidente e igualmente a de seus eventuais sucessores ou meeiros, dado que a apuração de haveres é a mera consequência de rompimento de contrato em relação ao titular das quotas que se desvincula da sociedade.

A liquidação parcial é resultado de uma fictícia liquidação total que é movimentada, porém sem o pagamento do passivo e a divisão real dos haveres. Trata-se apenas de uma operação matemática que proporcionará aos sócios a real avaliação de sua participação societária.

Na apuração de haveres, impõe-se a exata verificação física e contábil dos valores do ativo, a qual não se limita à simples leitura do último balanço da empresa, pois deve pesquisar o verdadeiro acervo patrimonial, salvo previsão em contrário ao contrato social. Não por outra razão, o art. 1.031 do Código Civil pede balanço especial, realizado na data da apuração dos haveres, que seja capaz de exprimir, com fidelidade e clareza, a situação real da empresa, atendidas as suas peculiaridades, a fim de indicar distintamente o ativo e o passivo, como textualmente ordena o art. 1.188 do Código Civil.

Esse balanço deve ser especialmente elaborado por ocasião da retirada do sócio, com a finalidade específica de avaliação de seus haveres, com a exata verificação física e contábil dos valores do ativo, de modo a refletir o real valor do patrimônio societário e, portanto, o montante a ser pago ao sócio dissidente, seu meeiro ou aos seus herdeiros.

São regras que podem e devem ser admitidas também para as sociedades anônimas em singulares situações, como já se pronunciou o STJ, ao pugnar pela apuração de haveres em sociedade anônima, como no REsp. n. 63.378, publicado no DJ em 9/10/95: “Sociedade Anônima. Exclusão de sócio. Apuração de haveres. Hipótese que mais se aproxima do resgate que do reembolso. Inexistência de ilegalidade no fato de determinar-se sejam os haveres dos excluídos apurados mediante apuração de haveres do valor real do ativo e passivo da sociedade.”

Esse era o caminho que começava a se esboçar com maior intensidade no Judiciário, pela tese da chamada dissolução parcial das

sociedades que, embora largamente aceita no tocante às sociedades limitadas, também vinha sendo judicialmente movimentada com relação às companhias fechadas.

Como refere Priscila Fonseca¹⁷, o novo diploma civil não mais contempla a chamada dissolução parcial ensejada pela doutrina e pela jurisprudência, posto que o art. 1.033 do Código Civil arrola hipóteses restritas de retirada de sócio, tendo afastado a opção pretoriana da liquidação parcial.

Por seu turno, o art. 1.034 do Código Civil regulamenta a dissolução judicial da sociedade por outras três hipóteses: I – anulada a sua constituição; II – exaurido o seu fim social; III - verificada a inexecutabilidade de seu fim social.

Ao projetar a continuidade jurisprudencial da apuração de haveres como forma peculiar de retirada de sócio, Priscila Fonseca duvida de que os pretórios se afastem da ampla solução da dissolução parcial que agora também se espraia, em tempo certo, para as companhias fechadas. A autora encontra a fórmula processual na disposição do art. 1.031 do Código Civil de 2002, o qual ordena, para os casos em que a sociedade resolver-se relativamente a um sócio, que a sua quota seja liquidada com base na situação patrimonial da sociedade, à data da resolução, verificada em balanço especialmente levantado, sempre, é claro, que o estatuto social não preveja outra forma e desde que ela não seja lesiva aos interesses do sócio dissidente, dos seus herdeiros ou dos seus cessionários.

Na certeza de que a jurisprudência continuará determinando o cálculo dos haveres devidos ao sócio dissidente, como largamente sucedia antes do advento da vigente codificação, Priscila Fonseca¹⁸ assevera que a liquidação parcial prevista no art. 1.031 do Código Civil somente será afastada se o estatuto social prever outra solução contratual, como demonstrou a doutrina italiana formada em torno de idêntica norma. Com efeito, não há outra lógica conclusão, pois meeiro ou herdeiro de sócio não são considerados sócios, atuam em uma faixa secundária, como condôminos ou subsócios. Como não podem ingressar na sociedade, senão pela vontade dos demais sócios, a forma ampla da apuração de haveres continuará a ser aplicada com respaldo no critério de avaliação agora exposto

(17) FONSECA, Priscila M.P. Corrêa da. *Dissolução parcial*. Ob. cit., p.199.

(18) FONSECA, Priscila M.P. Corrêa da. *Dissolução parcial*. Ob. cit., p.209.

no art. 1.031 do atual diploma civil, que textualmente contempla a forma liquidação dos haveres quando a sociedade resolver-se em relação a um sócio ou às suas quotas.

De tudo o que foi discutido, deflui-se que a codificação vigente favorece, ao contrário do que possa parecer, a ocorrência processual da apuração de haveres decorrente de retirada de sócio, ou para pagamento da participação patrimonial de seus herdeiros ou meeiro, com sua saudável ampliação para o âmbito das companhias fechadas, notadamente aquelas de estrito capital familiar, sempre que a fachada empresarial for abusivamente utilizada para frustrar o pagamento da meação do cônjuge ou convivente, com a maliciosa modificação de seu tipo social de responsabilidade limitada, para sociedade anônima.

Nessas hipóteses, que se mostram bastante frequentes na esfera do direito familista e sucessório, a saudável e eficiente mescla dos arts. 50 e 1.031 do Código Civil em vigor permite que a episódica aplicação da desconsideração da personalidade jurídica e a parcial dissolução societária reponham ao meeiro e aos herdeiros de sócio, a exata correspondência econômica e financeira de sua participação social.

Esse mesmo espírito de correção de fraude serve tanto à desconsideração da personalidade jurídica como à dissolução parcial de sociedade anônima, contrariando a lógica das leis, mas conciliando a lógica dos fatos e do real direito, ao impedir que subsócios ou sócios retirantes se eternizem contra a sua vontade, na sociedade de capital familiar.

Foi como decidiu a Quarta Turma do STJ, no REsp. n. 111.294-PR, com voto condutor do Ministro César Asfor Rocha, assim ementado:

Direito Comercial. Sociedade Anônima. Grupo Familiar. Inexistência de lucros e de distribuição de dividendos há vários anos. Dissolução Parcial. Sócios Minoritários. Possibilidade. Pelas peculiaridades da espécie, em que o elemento preponderante, quando do recrutamento dos sócios, para a constituição da sociedade anônima envolvendo pequeno grupo familiar, foi a afeição pessoal que reinava entre eles, a quebra da *affectio societatis* conjugada à inexistência de lucros e de distribuição de dividendos, por longos anos, pode se constituir em elemento ensejador da dissolução parcial da sociedade, pois seria injusto manter o acionista prisioneiro da sociedade, com seu investimento improdutivo, na expressão

de Rubens Requião. O princípio da preservação da sociedade e de sua utilidade social afasta a dissolução integral da sociedade anônima, conduzindo à dissolução parcial. Recurso parcialmente conhecido, mas improvido.

8. BIBLIOGRAFIA

- ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Sociedade de responsabilidade limitada*. São Paulo: Quartier Latin, 2004.
- BUGARELLI, Waldirio. *Sociedades comerciais*. São Paulo: Atlas.
- FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. *Dissolução parcial, retirada e exclusão de sócio*. São Paulo: Atlas, 2002.
- LEAL, Murilo Zanetti. *A transferência involuntária de quotas nas sociedades limitadas*. São Paulo: RT, 2002.
- LOUREIRO, Luiz Guilherme. *A atividade empresarial do cônjuge no novo Código Civil*, In: Mário Luiz Delgado e Jones Figueirêdo Alves (Coord.). *Novo Código Civil: questões controvertidas*. São Paulo: Método, v.2, 2004.
- NERILO, Lucíola Fabrete Lopes. *Manual da sociedade limitada no novo Código Civil*. Curitiba: Juruá, 2004.
- _____. *Responsabilidade civil dos administradores nas sociedades por ações*. Curitiba: Juruá, 2002.
- MADALENO, Rolf. *A efetivação da 'disregard' no Juízo de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- REQUIÃO, Rubens. *A preservação da sociedade comercial pela exclusão do sócio*. Curitiba: Acadêmica, 1959.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Casamento e efeitos da participação social do cônjuge na sociedade*, In: Belmiro Pedro Welter e Rolf Hanssen Madaleno (Coord.). *Direitos Fundamentais do Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- ROSSI, Hugo E. . *Actuación anómala y desestimación del tipo en la sociedad anónima "cerrada", sus efectos sobre la responsabilidad de los socios*, In: Coord. Martín Arecha, Eduardo M. Favier Dubois, Efraín H. Richard e Daniel R. Vítolo (Coord.). *Conflictos en sociedades "cerradas" y de familia*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004.
- SILVA, Clóvis V. do Couto e. *Grupo de sociedades*. RT 647/20.

AS VICISSITUDES DA IGUALDADE E DOS DEVERES CONJUGAIS NO DIREITO BRASILEIRO

Paulo Luiz Netto Lôbo

Doutor em Direito Civil (USP), Advogado, Professor na UFAL
e na UFPE (Mestrado e Doutorado), Diretor do Instituto
Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM,
Membro do Conselho Nacional de Justiça - CNJ.

AS VICISSITUDES DA IGUALDADE E DOS DEVERES CONJUGAIS NO DIREITO BRASILEIRO

Paulo Luiz Netto Lôbo

SUMÁRIO: 1- Princípio da Igualdade Conjugal; 2 - A Longa Trajetória da Desigualdade Familiar; 3 - A Redução do *Quantum* Despótico entre os Cônjuges no Direito Brasileiro; 4 - Crítica dos Deveres Comuns dos Cônjuges como Enunciados no Código Civil de 2002; 5 - Dever de Fidelidade Recíproca; 6 - Dever de Respeito e Consideração Mútuos; 7 - Dever de Vida em Comum no Domicílio Conjugal; 8 - Dever de Mútua Assistência; 9 - Dever de Sustento, Guarda e Educação dos Filhos; Conclusão.

1 - PRINCÍPIO DA IGUALDADE CONJUGAL

Dois curtos preceitos da Constituição Federal de 1988 constituíram o epílogo, ao menos no campo jurídico, da longa e penosa trajetória da emancipação feminina e da conseqüente superação da sociedade conjugal patriarcal, a saber:

Art. 5º (...)

I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

(...)

Art. 226 (...)

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

O primeiro enunciado seria suficiente por sua generosa abrangência. Entendeu o constituinte, no entanto, explicitar o princípio da igualdade no capítulo destinado à família, ante a experiência legislativa e a hermenêutica jurídica tradicionais brasileiras que tenderiam a sustentar serem com ele compatíveis a desigualdade e a

inferioridade da mulher na sociedade conjugal, como sempre se fez. No período que mediou os inícios de vigência da Constituição de 1988 e do Código Civil de 2002, não faltaram afirmações doutrinárias e decisões jurisprudenciais no sentido da aplicação das normas de tratamento desigual do Código Civil de 1916, relativas ao marido e à mulher. Prevaleceu, todavia, a tese da aplicabilidade imediata das normas constitucionais, com revogação da legislação civil anterior.

O Código Civil de 2002 pôs cobro definitivo à força da pré-compreensão, ao estabelecer que: “Art. 1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.”

2 - A LONGA TRAJETÓRIA DA DESIGUALDADE FAMILIAR

No direito de família sempre repercutiu a estratificação histórica da desigualdade. Desigualdade entre filhos e, principalmente, desigualdade entre os cônjuges. É impressionante, para um olhar retrospectivo, como preconceitos arraigados converteram-se em regras de direito indiscutíveis. Mais impressionante é haver os que lastimam a evolução dos tempos, augurando o fim da família, ou da única entidade familiar que admitem, assentada em princípios que o tempo se encarregou de reduzir ou extinguir, a saber, o da exclusividade da família matrimonializada, o da legitimidade e o da primazia da origem biológica ou consangüínea. Ainda hoje, apesar de a Constituição Federal ter optado por normas abertas de tutela de quaisquer entidades afetivas e estáveis constituídas com finalidade de família, é forte a resistência à admissibilidade das entidades que não correspondam à matriz do casamento.

Ao contrário da igualdade formal nas relações sociais e econômicas, conquistada pelo liberalismo, na virada do Século XVIII para o Século XIX, no mundo ocidental, a desigualdade familiar permaneceu até recentemente. Cabe lembrar que, no Brasil, o Estatuto da Mulher Casada apenas veio a lume no ano de 1962, quase dois séculos após a revolução liberal. Só a partir dele a mulher casada deixou de ser considerada civilmente incapaz. Resíduos de desigualdade persistiram nesse estatuto, apenas superados integralmente com a Constituição de 1988, em especial com o art. 226, § 5º, “o mais devastador dispositivo constitucional, a revolucionar o direito de família pátrio”.

Após séculos de tratamento assimétrico, o direito evoluiu, mas muito há de se percorrer para que se converta em prática social constante, consolidando a comunhão de vida, de amor e de afeto, no plano da igualdade, da liberdade, da solidariedade e da responsabilidade recíprocas, que presidem o relacionamento conjugal em nossa sociedade hodierna.

A materialização da igualdade de direitos e obrigações entre homem e mulher, nas relações conjugais e de união estável, acompanhou a evolução do princípio da igualdade no âmbito dos direitos fundamentais, incorporados às constituições dos Estados democráticos contemporâneos. O princípio apresenta duas dimensões:

a) igualdade de todos perante a lei, considerada conquista da humanidade, a saber, a clássica liberdade jurídica ou formal, que afastou os privilégios em razão da origem, do sangue, ou do estamento social e dotou todos de iguais direitos subjetivos. Todavia, são iguais os que a lei assim considera. Então compreende-se que, até a Constituição de 1988, as mulheres recebessem tratamento desigual, pois a lei as considerava iguais entre si, mas não em relação aos homens;

b) igualdade de todos na lei, no sentido de se vedar a desigualdade ou a discriminação na própria lei, como, por exemplo, a desigualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres na sociedade conjugal.

A igualdade de todos na lei (“homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”, art. 5º, I, da CF) não significa que suas diferenças sejam desconsideradas, tanto as naturais quanto as culturais. O direito à diferença tem por fito o respeito às peculiaridades de cada qual, constitutivas de suas dignidades, mas não fundamenta, como se fez no passado, a desigualdade de direitos e obrigações no plano jurídico.

3 - A REDUÇÃO DO *QUANTUM* DESPÓTICO ENTRE OS CÔNJUGES NO DIREITO BRASILEIRO

A legislação brasileira, desde o período colonial, é o retrato fiel da desigualdade de direitos entre os cônjuges, correspondendo às concepções dominantes, até 1988. A lenta trajetória da emancipação jurídica da mulher, acompanhando o declínio do patriarcalismo familiar, pode ser demarcada pelos seguintes diplomas legais:

I – Ordenações Filipinas. Vigoraram no Brasil de 1603 a 1916, com modificações. A mulher necessitava de permanente tutela, porque tinha “fraqueza de entendimento” (Livro 4, Título 61, § 9º, e Título 107). O marido podia castigar (Livro V, Títulos 36 e 95) sua companheira, ou matá-la, se acusada de adultério (Livro 5, Título 38), mas idêntico poder não se atribuía a ela contra ele; bastava apenas a fama pública, não sendo preciso “prova austera” (Livro 5, Título 28, § 6º). O Código Criminal do Império (art. 252), durante o século XIX, atenuou essa violência legal, permitindo apenas a acusação ao juízo criminal. No período de vigência das ordenações, os juristas entendiam que o marido e a mulher se reputavam a mesma pessoa para efeitos jurídicos. Ao fundir-se na pessoa do marido, a mulher despersionalizava-se. Em contrapartida, o marido não podia litigar em juízo sobre bens de raiz sem outorga de sua mulher (Livro 3, Título 48); neste caso o interesse protegido não era o da mulher, mas o da família, na sua dimensão econômica.

Até mesmo TEIXEIRA DE FREITAS – jurista que avançou além de seu tempo –, no Esboço do Código Civil (1860-65), previu que o marido poderia “requerer diligências policiais necessárias” (art. 1.306) para fazer valer o poder marital e a obrigação da mulher de viver com ele na mesma habitação.

II – Código Civil de 1916. O Código tão liberal no plano econômico, era extremamente opressor da mulher, no direito de família. Sem os exageros do período colonial, considerava a mulher relativamente incapaz – ao lado dos filhos, dos pródigos e dos silvícolas – e sujeita permanentemente ao poder marital. Não podia a mulher, sem autorização do marido, litigar em juízo cível ou criminal, salvo em alguns casos previstos em lei; ser tutora ou curadora; exercer qualquer profissão; contrair obrigações ou aceitar mandato. Era tida como auxiliar do marido.

III – Estatuto da Mulher Casada. O advento da Lei n. 4.121, de 27 de agosto de 1962, representou o marco inicial da superação do poder marital na sociedade conjugal e do tratamento legal assimétrico entre homem e mulher. Foi saudada como a lei da abolição da incapacidade feminina. Com efeito, foram revogadas diversas normas consagradoras da desigualdade, mas restaram traços atenuados do patriarcalismo, como a chefia da sociedade conjugal e o pátrio poder, que o marido passou a

exercer “com a colaboração da mulher”; o direito do marido de fixar o domicílio familiar, embora com a possibilidade de a mulher recorrer ao juiz, e, o que é mais grave, a existência de direitos e deveres diferenciados, em desfavor da mulher.

IV – Lei do Divórcio. A Lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977, regulamentou a Emenda Constitucional n. 9/77 que introduziu o divórcio no Brasil, rompendo uma resistência secular capitaneada pela Igreja Católica. A lei propiciou aos cônjuges, de modo igualitário, oportunidade de finalizarem o casamento e de constituição livre de nova família. A lei promoveu outras alterações na legislação civil, no caminho da igualdade conjugal, transformando em faculdade a obrigação de a mulher acrescentar aos seus o sobrenome do marido. Manteve, contudo, o modelo do Estatuto da Mulher Casada de proeminência do marido na chefia da família. A adição do nome do marido, prevista na lei, é emblemática porque sempre simbolizou a transferência do pátrio poder para o poder marital; o direito liberou, mas o costume persiste, sem consciência de sua origem.

4 - CRÍTICA DOS DEVERES COMUNS DOS CÔNJUGES COMO ENUNCIADOS NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

O Código Civil de 2002 suprimiu os deveres particulares do marido e da mulher, um dos pilares da desigualdade de tratamento legal entre os cônjuges, compatibilizando-se, nesse ponto, com os valores constitucionais. Por força da Constituição, já se encontravam revogados desde o advento desta.

O tratamento doutrinário que se deu tradicionalmente ao tema tinha como paradigma a família patriarcal, inclusive no que toca aos chamados deveres comuns, que tinham por fito a consolidação da família “legítima”, máxime quanto aos deveres de fidelidade e de coabitação. O tema há de ser versado tendo-se em conta a família igualitária, repersonalizada em laços fundamentais de afetividade e descolada de suas centenárias funções biológicas, econômicas, políticas e religiosas, em suma, da antiga concepção de ente germinal do Estado. A liberdade de constituir, organizar, planejar e desconstituir a sociedade conjugal e o compartilhamento das responsabilidades impõem ao Direito o reconhecimento da *affectio* como exclusivo suporte da entidade familiar.

O princípio da liberdade, necessariamente coligado ao princípio da igualdade, nas relações familiares, diz respeito não apenas à criação ou extinção das sociedades conjugais, mas também à sua permanente constituição e reinvenção. Tendo a família se desligado de suas funções tradicionais, não faz sentido que ao Estado interesse regular deveres que afetam profundamente a liberdade, a intimidade e a privacidade dos cônjuges. O exercício igualitário e solidário da conjugalidade, no mundo atual, é algo inteiramente subtraído à interferência legislativa e judicial do Estado, pois destituído de qualquer interesse público.

A regra por excelência, nessa linha evolutiva, está bem disposta no art. 1.513 do Código Civil: “Art. 1.513. É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família.”

Todavia, o art. 1.566 do Código Civil desmente essa direção principiológica, ao estabelecer deveres conjugais cuja verificação implica necessária interferência do Estado (pessoa de direito público), mediante a atuação de seu Poder Judiciário, na comunhão de vida dos cônjuges. Os deveres de “fidelidade recíproca”, “vida em comum, no domicílio conjugal” e “respeito e consideração recíprocos” importam profunda interferência na intimidade e na privacidade familiares, que dizem respeito exclusivamente aos cônjuges.

Esses deveres, durante a convivência conjugal, são absolutamente inócuos, pois destituídos de sanção para seus eventuais inadimplementos. Assim, prestam-se, exclusivamente, como causas de separação judicial litigiosa (art. 1.572), quando a sociedade conjugal já chegou ao fim, trazendo ao conhecimento dos agentes públicos judiciários (*a fortiori* do Estado) o que deveria estar velado pela tutela da preservação da intimidade e da vida privada (art. 5º, X, da Constituição). Essa consequência indireta depende de ato privativo e potestativo do cônjuge, de forte densidade subjetiva; a conduta que para um é suportável, para outro não é; um ato isolado pode ser considerado mais insuportável do que atos continuados. Todavia, o princípio da liberdade conjugal e familiar contenta-se com o simples desaparecimento dos laços afetivos do casal, bastando que um assim considere, tornando desnecessária a investigação de culpa ou de culpado.

Não há interesse público legítimo do Estado em impor a continuidade de uma relação que as partes, ou uma parte, não desejam. O divórcio direto tem como única causa objetiva a separação de fato, dispensando-se qualquer referência a cumprimento ou não de deveres conjugais.

Ressalte-se que o art. 1.566 estabelece um rol de deveres mais gravoso que o previsto para a união estável (art. 1.724), cujos companheiros estão dispensados da fidelidade recíproca e da vida em comum, no domicílio conjugal. Esses deveres são inconciliáveis com a união estável, uma vez que a Constituição a recebeu e garante como união ontologicamente livre em sua formação e em sua convivência. Ora, se tais deveres não podem ser atribuídos aos companheiros da união estável, então não poderiam ser mantidos para os cônjuges, porque estariam a dificultar a conversão daquela em casamento, em vez de facilitar, violando-se o disposto no art. 226, § 3º, da Constituição.

Os únicos deveres comuns tanto aos cônjuges quanto aos companheiros que não violam a privacidade e a vida privada deles, nem interferem em sua comunhão de vida, são o dever de mútua assistência e o dever de sustento, guarda e educação dos filhos. Estes são deveres exigíveis e refletem interesse público relevante.

Após essas considerações gerais, passemos à análise crítica dos deveres conjugais específicos, adotados pelo Código Civil de 2002.

5 - DEVER DE FIDELIDADE RECÍPROCA

A fidelidade recíproca sempre foi entendida como impedimento de relações sexuais com terceiros. Historicamente, voltava-se principalmente ao controle da sexualidade feminina, para proteger a paz doméstica e evitar a *turbatio sanguinis*. Nesse sentido estrito (e, por certo, insustentável na atualidade), sempre se manifestaram a doutrina e a jurisprudência. Não se confunde, portanto, com o respeito e consideração mútuos.

A doutrina assinala tal significado tradicional, em toda sua dureza, que teve razão de ser enquanto o Estado foi entendido como “reunião de famílias”; enquanto interessou o controle sobre a mulher e sua sexualidade; enquanto interessou o controle do patrimônio familiar unitário,

assentado em rígido sistema de legitimidade e sucessão de filhos, expurgando-se os considerados ilegítimos.

A realidade social tem demonstrado que esse dever serviu apenas para reprimir a mulher, porque sempre houve tolerância cultural com a “infidelidade” masculina disseminada em todos os estratos da população brasileira. Os valores hoje dominantes não reputam importante para a manutenção da sociedade conjugal esse dever, que faz do casamento não uma comunhão de afetos e de interesses maiores de companheirismo e colaboração, mas um instrumento de repressão sexual e de represália de um contra outro, quando o relacionamento chega ao fim.

O dever de fidelidade apenas pode ser judicialmente verificável com sacrifício da intimidade e da privacidade das pessoas, o que torna questionável sua manutenção. Por outro lado, sua utilidade para garantia da legitimidade dos filhos, fundada na consangüinidade e na família exclusivamente matrimonializada, perdeu consistência, pois a Constituição Brasileira e o próprio Código Civil optaram pela igualdade absoluta dos filhos de qualquer origem, biológica ou não-biológica.

A doutrina e a jurisprudência já vinham acenando com alguns temperamentos ao rigor desse ultrapassado dever conjugal, quando admitiam que o perdão expresso ou tácito eliminava a infração ou a ocorrência do crime de adultério, que representou a exasperação do controle estatal da sexualidade, pondo em mãos do cônjuge enganado o poder de provocar a punição ou o direito de graça. Além do perdão, Pontes de MIRANDA entendia haver limitação ao dever de fidelidade quando o cônjuge concorre para que o outro o descumpra.

6 - DEVER DE RESPEITO E CONSIDERAÇÃO MÚTUOS

Esse dever foi introduzido no direito brasileiro pela Lei n. 9.278, de 10 de maio de 1996, que regulamentou a união estável, no lugar do dever de fidelidade. O Código Civil de 2002, inexplicavelmente, trouxe-o para os cônjuges, como plus, mantendo, contudo, o dever de fidelidade; mas não o transplantou para o art. 1.724, preferindo as locuções “lealdade” e “respeito”, de conteúdos muito mais vagos e imprecisos. Nenhuma razão há para essa divergência.

O dever de respeito e consideração recíprocos consulta mais a dignidade dos cônjuges, pois a lei a eles delega a responsabilidade de qualificá-lo, segundo os valores que compartilhem, sem interferência do Estado-juiz na privacidade e na intimidade, o que ocorre com o dever de fidelidade.

O dever de respeito é um dever especial de abstenção em face dos direitos pessoais absolutos do outro, como diz Antunes VARELA: “respeito das liberdades individuais e dos direitos da personalidade do cônjuge.”

A comunhão de vida não elimina a personalidade de cada cônjuge. O dever de respeito e consideração mútuo abrange a inviolabilidade da vida, da liberdade, da integridade física e psíquica, da honra, do nome, da imagem, da privacidade do outro cônjuge. Mas não é só um dever de abstenção ou negativo, porque impõe prestações positivas de defesa de valores comuns, tais como a honra solidária, o bom nome familiar, o patrimônio moral comum.

7 - DEVER DE VIDA EM COMUM NO DOMICÍLIO CONJUGAL

A doutrina costuma denominar esse dever de “coabitação”, mas o sentido que nele prevaleceu foi o de relacionamento sexual durante a convivência no lar comum, na expressão eufemística de *debitum conjugale*, hoje tão justamente repudiada. Fez sentido enquanto prevaleceu a sociedade patriarcal, reservando-se à mulher os papéis domésticos e ao homem o de provedor.

O direito tradicional já admitia, em hipóteses específicas, que a convivência na mesma habitação conjugal pudesse ser dispensada. O exercício temporário ou permanente de funções, atividades profissionais ou de emprego em locais ou cidades diferentes, caracteriza a inexigibilidade.

O Código Civil de 2002, todavia, não o excepcionou expressamente, quando cuidou dos deveres conjugais. Porém, quando disciplinou o domicílio conjugal (art. 1.569), permitiu que o cônjuge possa dele ausentar-se “para atender a encargos públicos, ao exercício de sua profissão, ou a interesses particulares relevantes”. A permissão de ausentar-se não significa que possa cada cônjuge ter domicílio próprio. No entanto,

com a emancipação feminina e a inserção crescente das mulheres no mercado de trabalho, inclusive em cidades distintas de seus maridos, o dever de coabitação mostra-se ultrapassado. Por outro ângulo, o princípio da liberdade familiar, de fundo constitucional, afeiçoa-se à escolha dos cônjuges em viverem em domicílios separados por conveniência pessoal.

8 - DEVER DE MÚTUA ASSISTÊNCIA

A mútua assistência envolve aspectos morais e materiais. Decorre do princípio da solidariedade familiar.

A assistência moral diz respeito às atenções e aos cuidados devotados à pessoa do outro cônjuge, que socialmente se espera daqueles que estão unidos por laços de afetividade e amizade em seu grau mais elevado. Está vinculado à natureza humana de apoio recíproco e de solidariedade, nos momentos bons e nos momentos difíceis. É o conforto moral, o ombro amigo e o desvelo na doença, na tristeza e nas crises psicológicas e espirituais. Também é o carinho, o apoio, o estímulo aos sucessos na vida emocional e profissional. Certamente, são esses os elementos mais fortes do relacionamento conjugal ou amoroso, no seu cotidiano, cuja falta leva progressivamente à separação, mais do que qualquer outro fato isolado.

A assistência material, que alguns denominam dever de socorro, diz respeito ao provimento dos meios necessários para o sustento da família, de acordo com os rendimentos e as possibilidades econômicas de cada cônjuge. A família, como qualquer grupo social, é um complexo de necessidades, envolvendo alimentação, vestuário, lazer, habitação, educação, saúde. A lei não estabelece, nem seria possível fazê-lo, quais os itens que compõem as necessidades familiares que integram a manutenção econômica. Cabe aos cônjuges defini-los e a distribuição dos encargos entre si. O descumprimento do dever de assistência material converte-o em dever de alimentos, que pode ser exigido pelo outro cônjuge, dentro dos requisitos que são próprios dessa hipótese, a saber, necessidade e possibilidade.

9 - DEVER DE SUSTENTO, GUARDA E EDUCAÇÃO DOS FILHOS

Esse dever constitui a especificação dos encargos cometidos aos cônjuges, relativamente aos filhos comuns, caso os haja. É

dever e direito, uma vez que interessa a cada um dos pais a formação, sanidade e convivência dos filhos.

O sustento relaciona-se com o aspecto material, isto é, as despesas com a sobrevivência adequada e compatível com os rendimentos dos pais, e, ainda, com saúde, esporte, lazer, cultura e educação dos filhos.

A guarda, para fins dos deveres comuns dos cônjuges, tem o sentido amplo de direito-dever de convivência familiar, considerada prioridade absoluta da criança (art. 227 da Constituição), e ainda de manutenção do filho, sob vigilância e amparo, com oposição a terceiros, deveres esses inerentes ao poder familiar (art. 1.630 do Código Civil). Como prevê o Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 33), a guarda obriga à prestação de assistência material, moral e educacional à criança.

A educação, no sentido amplo empregado pelo Código Civil, inclui a cultura e as várias dimensões em que ela se dá na progressiva formação do filho, enquanto estiver sob o poder familiar dos pais. Estabelece a Constituição (art. 205) que a educação tem por fito o desenvolvimento integral da pessoa, seu preparo para a cidadania e sua qualificação para o trabalho. Dá-se a educação na família, na convivência humana, nos espaços sociais e políticos e, sobretudo, na escola. Esse significado abrangente de educação, como dever imputado aos pais, corresponde ao de formação total da pessoa, na acepção que os antigos gregos atribuíam a *paidéia*. A liberdade dos pais não vai ao ponto de lhes permitir a introdução de valores que agredam à moral e aos bons costumes adotados pela comunidade ou os que a Constituição prescreve.

O descumprimento desse dever, em face dos filhos, acarreta várias conseqüências: condenação a pagamento de alimentos, substituição da guarda ou até mesmo a perda do poder familiar e, ainda, a responsabilidade civil por danos morais em virtude de violação aos direitos da personalidade que se consolidam durante o período de formação da criança e do adolescente.

CONCLUSÃO

A desigualdade de deveres entre os cônjuges foi o conseqüente natural do paradigma familiar que vigorou na legislação brasileira, até praticamente o advento da Constituição de 1988, que pôs cobro a seus últimos e resistentes resíduos. No plano infraconstitucional, o Código

Civil de 2002 suprimiu explicitamente o tratamento legal assimétrico dos deveres do marido e da mulher, concentrando no art. 1.566 os deveres comuns de ambos.

Contudo, a própria razão de ser da norma instituidora dos deveres comuns, sua utilidade e sua finalidade, perdeu consistência porque ela integrava um conjunto normativo voltado à consolidação do paradigma familiar fundado na entidade matrimonializada, no poder marital, na legitimidade e no pátrio poder. Esses pilares desapareceram ou foram profundamente transformados, mercê da refundamentação da família determinada pela Constituição de 1988, refletindo as intensas modificações sociais e culturais ocorridas na sociedade brasileira nas últimas décadas do Século XX, principalmente pela adoção irrestrita (e, verdadeiramente, revolucionária) do princípio da igualdade de direitos e obrigações entre homem e mulher e entre os filhos.

O princípio constitucional da igualdade também alcançou as entidades familiares, não havendo hierarquia entre elas, notadamente entre o casamento e a união estável. Assim, não se justifica que o Código Civil tenha atribuído deveres distintos para os cônjuges e para os companheiros de união estável. A Constituição não desnivelou a união estável ao estabelecer que a lei deva facilitar a conversão dela em casamento. Cuida-se aí de faculdade ou de poder potestativo; é como se dissesse que os companheiros são livres para manter sua entidade familiar, com todos os direitos, ou convertê-la em outra, se assim desejarem, para o que o legislador deve remover os obstáculos jurídicos. Do mesmo modo, o caminho inverso é possível, convertendo-se os cônjuges, após o divórcio, em companheiros. O Código, no entanto, não facilitou a conversão; dificultou-a, ao impor deveres aplicáveis apenas aos cônjuges e não aos companheiros, ou seja, a fidelidade recíproca e a coabitação, o que os torna de constitucionalidade duvidosa.

Os referidos deveres de fidelidade recíproca e coabitação e até mesmo o de respeito e consideração mútuos são juridicamente inócuos, pois não há nenhuma sanção jurídica para seu inadimplemento durante a convivência conjugal, restando aos cônjuges, exclusiva e intimamente, avaliarem se a conduta contrária pode tornar suportável ou não seu relacionamento. Servem apenas como causa de separação judicial litigiosa,

enquanto perdurar no direito brasileiro a imputação da culpa, repelida pela consciência jurídica, em virtude de seu afrontoso desrespeito à dignidade humana e da ausência de fundamento na Constituição, que dela não trata quando assegura a liberdade de separação ou divórcio (art. 226, § 6º). A verificação judicial da culpa atenta contra a tutela constitucional da intimidade e da vida privada dos cônjuges (art. 5º, X, da Constituição), que são direitos da personalidade invioláveis.

Em suma, apenas os deveres de mútua assistência e sustento, guarda e educação dos filhos, com o alcance abrangente que acima delineamos, podem ser considerados em conformidade com o paradigma hodierno de família e com os valores constitucionais.

**DO INTERESSE À CRIANÇA AO MELHOR
INTERESSE DA CRIANÇA
CONTRIBUIÇÕES DA MEDIAÇÃO
INTERDISCIPLINAR**

Giselle Câmara Groeninga

Psicóloga, Psicanalista, Mediadora Interdisciplinar. Diretora da Comissão de Relações Interdisciplinares do IBDFAM - Instituto Brasileiro de Direito de Família. Membro do Conselho Executivo da ISFL '*International Society of Family Law*', e do Conselho Técnico do IFA - Instituto da Família.

DO INTERESSE À CRIANÇA AO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA CONTRIBUIÇÕES DA MEDIAÇÃO INTERDISCIPLINAR

Giselle Câmara Groeninga

Paradoxo Socrático: “Ninguém faz o mal voluntariamente, mas por ignorância, pois a sabedoria e a virtude são inseparáveis.”

UMA OUTRA PERSPECTIVA

Sendo este artigo dirigido principalmente a Operadores do Direito, cabe esclarecer a perspectiva a partir da qual escrevemos e que é nossa intenção trazer elementos que possam somar ao conhecimento destes profissionais, suscitando questionamentos.

Utilizaremos a experiência do ensino e do atendimento em Psicanálise de crianças, adolescentes, adultos, da sua aplicação com casais e famílias. Consideraremos, ainda, os trabalhos realizados enquanto assistente técnica em processos de separação. Entretanto, a contribuição que julgamos mais enriquecedora vem do contato com os Sujeitos e com os Operadores do Direito que temos tido a oportunidade de ter, no estudo, ensino e prática da Mediação Interdisciplinar.

Assim, traremos à reflexão, a partir de uma ótica diversa, algumas contribuições da Mediação Interdisciplinar que permitem pensar o lugar ocupado pela criança na Família e na Sociedade, nas demandas judiciais e o que pode significar o seu melhor interesse.

UMA BREVE INTRODUÇÃO A RESPEITO DA MEDIAÇÃO – A MEDIAÇÃO FAMILIAR INTERDISCIPLINAR

A difusão e o aprimoramento da Mediação Interdisciplinar devem-se, entre outros fatores importantes, à insatisfação daqueles que trabalham e dos que buscam o Judiciário, sobretudo na área do Direito de Família. Embora prática antiga, só recentemente na história ocidental é que seu uso tem sido sistematizado, variando de país para país, de cultura para cultura.

Palavra em moda, nós encontramos a mediação atendendo as mais diversas necessidades e objetivos. Mas, muitas vezes, na tentativa de subordiná-la à determinada ideologia, desrespeitam-lhe a filosofia. Assim, entre as várias propostas, encontramos algumas como a mediação, que se oferece como melhor alternativa às demandas ou para desafogar o Judiciário, a que tem a pretensão de acabar com os conflitos, ou meramente inserida no rito processual. Encontramos, ainda, a mediação reduzida a uma técnica a serviço de uma ciência, como a Psicologia ou o Direito. Dentro desta abordagem, temos a mediação, utilizada por uma ideologia daquilo que se acredita ser o melhor interesse das crianças, como teremos oportunidade de examinar.

No entanto, a filosofia, ética e aplicações da Mediação Interdisciplinar vão muito além desses usos específicos. Das mudanças sociais é que o movimento da mediação extrai a sua força, com uma dinâmica que lhe é própria¹. De certa forma, é um movimento espontâneo que necessita ser compreendido, sistematizado e mesmo fundamentado teoricamente, mas não o inverso. A Mediação Interdisciplinar não está a serviço de uma epistemologia. É ferramenta epistemológica.

Vários são os seus campos de aplicação: empresarial, comunitário, escolar e familiar. Partimos do pressuposto de que o entendimento do sistema familiar é essencial, a base do aprendizado dos relacionamentos e formas de comunicação. Tal entendimento propicia a compreensão de diferentes tipos de relação, do modo de funcionamento de outros sistemas, que têm, então, consideradas suas peculiaridades às quais são adaptadas as técnicas da Mediação. Daí advém a importância das contribuições da Mediação Familiar Interdisciplinar para os Operadores e Sujeitos do Direito.

Com as novas configurações familiares, a difusão do conhecimento trazido pelas Ciências Humanas e a consciência da complexidade dos relacionamentos em um mundo em que, paradoxalmente, o aumento da informação e o excesso de especialização levaram a um estreitamento dos horizontes, se fez necessário um profissional generalista. A Mediação Interdisciplinar vem para alargar fronteiras; seu uso e aplicação não têm como moto principal a insatisfação, mas a coragem

(1) SIX, Jean-François. *Dynamique de la Médiation*. França: Ed. Desclée de Brouwer, 1995.

aliada à busca do conhecimento de outras disciplinas, de novas possibilidades de compreensão do ser humano, de ação e de prevenção. A Mediação considerada em todo o seu potencial é, por excelência, campo interdisciplinar, tanto em suas aplicações, quanto na construção das teorias que a fundamentam. Estas se utilizam das contribuições do Direito, da Antropologia, da Psicologia, da Teoria Geral dos Sistemas², da Psicanálise e do Serviço Social³.

Ao mediador compete considerar a complexidade das relações familiares, as novas formas de organização que têm quebrado a dicotomia entre famílias ‘intactas’ e famílias ‘quebradas’, ‘desfeitas’ sem inseri-las na categoria daquelas com problemas em oposição às ditas normais⁴. Muitas vezes, é como se nas famílias normais só coubesse o amor, a fraternidade, a cooperação e ficasse reservado às famílias, que fogem à determinada ideologia, o conflito, a fragilidade, a agressividade, a competição, o confronto, o egoísmo.

Cabe ao mediador enxergar as famílias de forma abrangente, diferenciando seus vários níveis de interação, do mais subjetivo ao mais objetivo. Ele deve contemplar todos os afetos presentes, sabendo que famílias em conflito são famílias em crise: o estado de um sistema no momento em que uma mudança é iminente⁵. São famílias que necessitam de ajuda para lidar com os conflitos, de modo a que estes não se tornem crônicos, e de compreensão para lidar com o sofrimento. São indivíduos que buscam, no Judiciário, a esperança de um referendamento que lhe possibilite reorganizar suas vidas.

É função do mediador não só reconhecer e revalorizar os Sujeitos do Direito, suas individualidades, como também as disciplinas e o concurso

(2) Teoria Geral dos Sistemas refere-se ao estudo das funções e regras estruturais válidas para todos os sistemas, independentemente de sua constituição material.

(3) BARBOSA, GROENINGA, NAZARETH. *Mediação: uma Ferramenta para a Compreensão das Demandas Judiciais no Direito de Família – a Experiência Brasileira*. Trabalho apresentado na X Conferência da *International Society of Family Law*, em 13/7/2000, Austrália.

(4) Uma “dicotomia tão cara àqueles interessados em identificar formas de melhorar a qualidade do controle social” MACLEAN, MAVIS; RICHARDS, MARTIN. *Parents and Divorce: Changing Patterns of Public Intervention in What is a Parent – a Socio-Legal Analysis*, editado por Bainham, A.; Day Sclater, S.; Richards, M..Hart Oublishsing, Oxford. Inglaterra, 1999.

(5) AUSLOOS, Guy. *La Compétence des Familles – Temps, Chaos, Processus*. Ed. Érès, 1995. França.

de todos os profissionais envolvidos nos conflitos. A cada profissional que lida com estes, cabe uma função específica. Por exemplo, ao psicanalista cabe compreender e interpretar a relação entre o inconsciente e o consciente, ampliando a capacidade de reflexão. Ao advogado cabe defender, baseado em um sistema de leis que têm a função, inclusive, de nos proteger de nossos próprios impulsos, muitas vezes inconscientes. Já a Mediação é instrumento da interdisciplina.

É um método por meio do qual uma terceira pessoa, imparcial e especialmente formada⁶, colabora com as que se encontram em situação de mudança ou mesmo de impasse, de modo que venham a discriminar os níveis de seus conflitos e que restabeleçam a comunicação, podendo chegar a um acordo que as beneficie. O mediador faz circular a informação, ela é a diferença que faz a diferença⁷.

A RESPEITO DOS CONFLITOS OU O RESPEITO AOS CONFLITOS

De uma maneira geral, a Sociedade tende a ver a ansiedade e o conflito de forma negativa. Tenta evitá-los e paga um alto preço. Os conflitos tornam-se crônicos em uma sociedade um tanto depressiva, com problemas de identidade⁸, que se tenta resgatar na hipervalorização do presente e do futuro, lugar, infelizmente, privilegiado das crianças : « Sua Majestade o Bebê »⁹.

A Psicanálise nos ensina que o conflito é inerente ao ser humano, variando as formas de lidar com ele, mais ou menos saudáveis,

(6) Pensamos que a formação do Mediador não pode prescindir, além de outros, dos conhecimentos trazidos pela psicanálise, como as noções de conflito, de inconsciente, de psicopatologia, de transferência. Mais especificamente, a psicanálise presta uma contribuição para a ética, com o estudo dos conceitos de neutralidade e imparcialidade que devem ser aprofundados, levando-se em conta a qualidade e a utilização positiva do envolvimento que existe em qualquer relação do profissional de ciências humanas. Neste sentido, o FOM – Família de Origem do Mediador (desenvolvido pela psicanalista da BG Mediação Interdisciplinar) tem se mostrado de valor.

(7) BATESON, Gregory. *Pasos Hacia una Ecologia de la Mente – una aproximación revolucionária a la autocomprensión del hombre*, Editorial Planeta Argentina, 1991, Argentina.

(8) ROUDINESCO, Elizabeth. *Pourquoi la Psychanalyse?* Librairie Arthème Fayard, France, 1999.

(9) FREUD, Sigmund. *Narcissism: An Introduction. (1914) In The Standard Edition of the Complete Psychological Works of Sigmund Freud. Hogarth Press, Londres, 1974. Vol. XIV.*

possibilitando sua transformação, elaboração ou cronificação. Quando isto acontece, podemos encontrar: - enfermidade no nível psicológico das emoções e desejos; - problemas sociais, chegando até a atos explicitamente anti-sociais de violência; - empobrecimento no nível econômico e litígios intermináveis no nível sócio-jurídico.¹⁰

A Mediação procura, através de uma mudança de paradigma, levar em conta os paradoxos, enfocando os conflitos sob a ótica da interdisciplina. Busca diferenciar seus níveis, levar em conta os aspectos positivos, o potencial transformador, trazendo à compreensão, também os elementos da ordem da subjetividade. Neste sentido é que se fala na Mediação como a Clínica do Direito¹¹.

Em termos de Ciências Humanas, vivemos o tempo dos paradoxos, encontramos afirmações que vão de encontro a sistemas ou pressupostos que se impuseram, como incontestáveis ao pensamento. Nesta linha, temos a pergunta: se “não é seguidamente o próprio paradoxo nosso guia apesar de todos os esforços de nossa razão? E mesmo nós, não aceitamos melhor os desafios - que são uma das formas dos paradoxos – do que as ordens?”¹²

A Mediação Interdisciplinar contempla os paradoxos procurando enxergar o ser humano em sua totalidade, com suas contradições. Ela permite examinar o conflito, como faz o clínico geral na medicina, verificando quais os sinais, os sintomas, o equilíbrio dinâmico entre os

(10) GROENINGA, Giselle, C. *Mediação: Respeito à Família e à Cultura in Mediação uma Importante Ferramenta para a Compreensão das Demandas Judiciais no Direito de Família – a experiência brasileira*, Op. cit..

(11) ARRUDA BARBOSA, Águida. *Mediação e Direito de Família in Mediação uma Importante Ferramenta para a Compreensão das Demandas Judiciais no Direito de Família – a experiência brasileira*, Op. cit..

(12) AUSLOOS, Guy. Op. Cit. O autor chama a atenção para os vocábulos ditos malditos com o caos, o nada, a desordem e o acaso, vistos como negação do razoável, mas que seriam, atualmente, portadores de valores, suportes hermenêuticos, guias talvez para um novo salto quântico do espírito humano. O autor define caos não como desordem, mas como não ordem; desordem seria o estado de qualquer coisa que conheceu a ordem; o nada seria o não-ser cujas potencialidades de ser não foram ainda reveladas; o acaso seria um evento sem ligação aparente, suscetível de tornar-se um organizador. Ele reivindica reabilitar o caos nas ciências humanas. “Em lugar de buscar evitá-lo, não seria melhor tentar aceitá-lo? Em lugar de tentar contê-lo, não seria melhor tentar utilizar seu potencial criativo? Dito de outra forma, as desordens mentais não são tentativas desesperadas de eliminar o caos de nossas vidas, mas que, no entanto, poderíamos viver muito bem com o caos se fizéssemos dele um aliado?” Tradução livre.

sistemas. Como acontece com o clínico, a urgência não assusta o mediador, impelindo-o à ação, mas aguça seus sentidos para compreender a origem do sofrimento, que aparece sob a forma de urgência.

E, no caso de demandas que envolvem crianças, impõe-se, sim, uma urgência de compreensão e a responsabilidade de prevenção. Cabe ao mediador interdisciplinar entender o que se passa na família e qual o lugar que ocupam os indivíduos, sobretudo as crianças, fazendo um exame do sistema familiar, fortalecendo-o para que encontre o caminho da autonomia. O diagnóstico dos indivíduos e suas relações, a defesa de uma parte ou a classificação em culpados e inocentes, implicam em um juízo de valor a partir da ótica unidisciplinar, visão que não cabe ao mediador.

E, ainda, os conflitos podem ser vistos e interpretados, de forma parcial, a partir de diversas vertentes. Temos, por exemplo, a ótica do gênero - do homem, da mulher; a da hierarquia familiar – do pai e da mãe, do filho, dos adultos e da criança. Mas, nas demandas judiciais, cuida-se de todo um sistema em crise e que o sistema judicial, ao tentar enquadrar o conflito na moldura legal, inclusive com as contribuições e interpretações de outras disciplinas, pode acabar indevidamente e sem o saber, utilizando uma ótica parcial, reproduzindo justamente a injustiça que busca evitar. Pensamos que a imparcialidade apregoada pela Mediação diz respeito a uma visão transdisciplinar do conflito e, sobretudo, à consideração dos papéis e funções, levando em conta igualmente a todos os membros da família.

MEDIAÇÃO E O JUDICIÁRIO

Várias são as formas de comunicação utilizadas no Judiciário para lidar com o conflito: litígio, conciliação, mediação¹³. Elas não são

(13) DAVID-JOUGNEAU, Maryvonne. *La médiation familiale: un art de la dialectique in Médiation Familiale – regards croisés et perspectives*, Annie Babu et al., Editions Érès, França, 1997. Segundo a autora, para compreender e analisar a natureza da interação em uma demanda, pode-se distinguir 3 lógicas de comunicação, que são utilizadas no Judiciário. A lógica C ou consensual, em cada um coloca a priori que se deve chegar a um acordo em uma decisão comum, sem vislumbrar ou prevenir as causas de desacordos posteriores, muitas vezes latentes no momento da separação, mas que ninguém quer fazer emergir. A lógica F ou da relação de força: na qual um conflito está manifesto e cada um se esforça para ganhar aquilo que o outro deve perder. E, finalmente, a lógica da Mediação: mesmo que o acordo pareça difícil ou impossível, há uma tentativa de pesquisa, de exploração de possibilidades com a ajuda de um terceiro.

mutuamente exclusivas e a Mediação não é necessariamente a melhor para todos os casos, mas é a que possibilita a transformação do conflito prevenindo sua cronificação.

A Mediação Interdisciplinar permite uma escuta diferenciada das demandas que chegam ao Judiciário sem o compromisso de um referencial teórico-técnico já pré-estabelecido, como é o caso dos outros Operadores do Direito; escuta comprometida com o objetivo do restabelecimento da comunicação entre as pessoas, entre os membros de uma família. A função mediadora implica não só na imparcialidade em relação aos mediandos, mas também em um distanciamento no que diz respeito às profissões de origem que têm os Operadores do Direito e às teorias que fundamentam as ciências da qual derivam suas epistemologias.

Muitas vezes os profissionais, por força da necessidade de um enquadramento do conflito, acabam por exercer suas funções de modo que lhes é insatisfatório. Advogados que se vêem no papel de psicólogos e assistentes sociais; os peritos que se vêem cobrados de uma posição conclusiva; os juízes de terem de sentenciar, sabendo da distância entre a verdade dos autos, da verdade das relações e cientes das dificuldades de verem cumpridas suas sentenças - “Nossa impotência solapa a própria credibilidade de nossos julgamentos”¹⁴.

Pensamos que uma visão do conflito, como inerente à vida e evolução permite uma abordagem em que este seja utilizado, quando levado ao Judiciário, como momento de questionamento e redefinição, propiciando mudança. Mudança: momento ritual imprescindível para uma elaboração psicológica e social dos papéis, dos direitos e deveres que, tendo também valor subjetivo e simbólico, necessitam do referendamento do Judiciário para ganhar *status* social.

A FAMÍLIA HOJE

A família é um sistema e, como tal, um conjunto de elementos em interação, que evolui no tempo e se organiza em função de suas finalidades e do ambiente.¹⁵ Como fato social total ela é tanto uma relação privada quanto

(14) GANANCIA, Daniele. *Justiça e Mediação Familiar: uma parceria a serviço da co-parentalidade*. Revista do Advogado, da Associação dos Advogados de São Paulo, n. 62, Março/2001. trad. *Gazette du Palais*, n.188, 189, julho de 1999. França.

(15) AUSLOOS, G. Op. Cit..

uma instituição em que se estabelecem as ligações particulares, afetivas e econômicas. Há uma divisão de tarefas, responsabilidades e poderes. Cada família se estrutura de forma original, afetiva e econômica. É uma relação hierarquizada e, como instituição social, tem normas jurídicas que definem os direitos e os deveres de cada um, que a Sociedade deve garantir, seja qual for sua configuração.¹⁶

O modelo de família que emerge atualmente, cada vez com força maior, “é o modelo eudemonista, ou seja, aquele pelo qual cada um busca na própria família, ou por meio dela, a sua própria realização, seu próprio bem-estar.”¹⁷ E é a isto que a Mediação procura atender, aos interesses, em amplo sentido, de todos os integrantes de uma família.

Na família, distinguimos diversos níveis: do mais subjetivo ao mais objetivo. Há o nível psicológico, dos afetos, dos desejos e, acrescentamos, das funções; o nível psico-social, dos papéis; o nível econômico e o nível sócio-jurídico, da repartição dos direitos e deveres¹⁸.

As ligações entre seus membros ocorrem em diversos planos, que vão do consciente ao inconsciente. Importante é saber que o que apreendemos das ligações em uma família representa apenas a ponta de um *iceberg*. Cabe ao mediador ajudar a esclarecer e distinguir os níveis do conflito, fomentando a ampliação da interpretação que os mediandos têm deste.

A família, como sistema, é maior do que a soma das partes – seus vínculos se transformam, não se dissolvem.¹⁹ O Judiciário ajuda na sua reorganização e a Mediação auxilia nesta tarefa, levando em conta o contrato principal de constituição da família - o afetivo. “Quando a norma torna-se norma, na verdade ela está dando legitimidade ao que já existe psiquicamente”.²⁰

(16) DAVID-JOUGNEAU, M.. Op. cit..

(17) HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. *Direito Civil: estudos*. Belo Horizonte: Editora Del Rey. 2000.

(18) DAVID-JOUGNEAU, M.. Op. cit..

(19) BARBOSA, Águeda Arruda. *Mediação familiar; uma nova mentalidade em Direito de Família in Revista de Doutrina e Jurisprudência*. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Brasília, n. 58, set.-dez. 1988. “A separação e o divórcio não significam a dissolução da família, mas uma mudança que precisa ser reconhecida, sendo necessário interferir com recursos criativos e pedagógicos para ensinar os novos papéis que serão exercidos, sobretudo o da paternidade e da maternidade.”

(20) PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família – uma abordagem psicanalítica*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1999.

O LUGAR DA CRIANÇA – LUGAR INDEVIDO E LUGAR QUE LHE É DEVIDO

Na família é fundamental a possibilidade de realização de um projeto de construção e de atualização de identidade no exercício de papéis e de funções, quer enquanto homem, mulher, enquanto pai, mãe, e enquanto filhos que vêm nos adultos modelos acabados de seus ideais. A criança representa um projeto de futuro, aspirações, desejo de continuidade, fazendo parte, de certa forma, da auto-estima dos adultos. Os filhos são também amados na medida em que representam o que se é, o que se foi, o que se gostaria de ser e como aquele que foi uma parte de si próprio²¹.

Levando-se em conta os níveis inconscientes de ligação em uma família, vemos que a criança ocupa muitas vezes o lugar não de projeto mas da ‘projeção’ – mecanismo psíquico segundo o qual se atribui o que é de si próprio ao outro, como características, desejos, afetos. Assim assistimos, muitas vezes, a criança passando a ocupar lugar central em uma família em detrimento do lugar central do casal e das responsabilidades que lhes cabem. “Infelizmente, em um certo número de casos, os casais desaparecem dando lugar aos pais. Casais sem amor ou famílias monoparentais estão aí para testemunhá-lo.”²² Aparece, assim, a criança que acaba por importunar, não aquela com a qual devemos nos importar.

A família é lugar de possibilidade, também, de lidar com a mudança, modificando e corrigindo modelos herdados; é um sistema que evolui no tempo, e de geração em geração. O hoje vivido pelas crianças se refletirá na formação de suas futuras famílias. Por vezes, verificamos alguns padrões familiares repetidos através das gerações, de forma patológica. Daí a urgência na compreensão do melhor interesse da criança e o papel de fundamental importância dos profissionais que atendem famílias em conflito.

O lugar que é devido à criança remete inicialmente à função dos pais. A tarefa principal da função parental é a de definir os lugares

(21) FREUD, S., Op. cit..

(22) POUSSIN, Gérard. *La Fonction Parentale*. Paris: Ed. Dunod. 1999.

respectivos, de pai e de mãe na função genealógica²³. É a função parental que qualifica o humano. A compreensão trazida pela Psicanálise de que é a interdição do incesto o princípio universal que garante o acesso ao social, à exogamia²⁴, em um registro simbólico, dá a dimensão de que é a parentalidade que liga o indivíduo ao social. Em outras palavras, as leis primeiras que fazem a passagem da natureza para a cultura²⁵ e que diferenciam o humano, são dadas no seio da família. “O apego é uma propriedade inata dos seres vivos, mas é com a vivência triangular: pai, mãe e filho” - paradigma do ‘Complexo de Édipo’ utilizado pela Psicanálise para pensar o desenvolvimento do ser humano - “é que os pais saem de uma função geneticamente inscrita para entrar em uma ordem qualitativamente diferente.”²⁶

Portanto, a criança ocupa sim um lugar privilegiado, real e simbólico, que nos identifica como humanos. No entanto, se a parentalidade é uma etapa no desenvolvimento do sujeito, é porque ela significa uma das fontes de auto-estima, permitindo-lhe realizar-se por meio dela. O que não significa a realização através dos filhos. “A criança não é o espelho do adulto: é um interlocutor privilegiado que nos pressiona, se nós soubermos aceitar essa pressão naquilo que ela tem de boa para nos fazer crescer”²⁷. O estado parental significa o estado adulto, mas não se confunde com ele.

(23) LEGENDRE, Pierre. *O Poder Genealógico do Estado in Sujeito do Direito – Sujeito do Desejo*. Sônia Altoé. – org. Rio de Janeiro: Livraria e Editora Revinter, 1999. Segundo o autor, a função de mãe e pai são essencialmente funções simbólicas, além de serem o que são. Os pais estão em representação e em delegação de uma função mais geral, que ultrapassa tanto a mãe quanto o pai – é a função que consiste em fundar o sujeito humano para que este possa viver. O indivíduo da espécie humana só pode viver se alguém responder por ele. A responsabilidade de responder por, consiste no que ele chama de função genealógica. É um poder ligado à palavra, à garantia da palavra. O poder genealógico é, para uma sociedade, o poder de se reproduzir conforme à lei da espécie.

(24) FREUD, S. Totem and Taboo. *In The Standard Edition of the Complete Psychological Works of Sigmund Freud*. Londres: Hogarth Press, 1974. Vol. XIII.

(25) STRAUSS, Claude Levi. *Estruturas Elementares do Parentesco*. Rio de Janeiro: Ed. Vozes, 1982.

(26) Tradução livre. POUSSIN, G. Op. cit.

(27) POUSSIN, G. Op. cit.

Em todos os âmbitos sociais, observamos uma certa confusão quanto ao lugar da criança. Ela é alvo do mercado de consumo, dos meios de comunicação, das várias teorias psicológicas, de modernas técnicas de concepção, da preocupação dos legisladores, dos processos judiciais. Muito se faz, ou se diz fazer, em seu nome. Frequentemente, a criança tem sido alvo, indefeso, de uma ‘adultomorfização’, sendo vista a partir do conhecimento e interesses dos adultos e menos a partir de seu referencial, o que a violenta em sua condição²⁸. Objeto de uma preocupação que encerra os sentimentos dos adultos, ao invés de uma real ocupação com ela, com seus sentimentos e necessidades.²⁹

A Psicanálise nos alerta sobre os efeitos da confusão de linguagem entre os adultos e a criança. Estas se utilizam da ‘linguagem da ternura’ enquanto que os adultos usam, muitas vezes, a ‘linguagem da paixão’, que inclui a sexualidade e a agressividade. A criança, sob a égide da ‘linguagem da ternura’, não discrimina a ‘linguagem da paixão’³⁰ que pode vir de um adulto, exemplo a ser seguido e de quem ela é dependente em muitos sentidos. O resultado é a confusão entre necessidade de carinho e aceitação, com paixões e comportamentos próprios dos adultos. Essa confusão se torna ainda mais traumática quando a violência de confundir a criança com um pequeno adulto não é reconhecida como tal, sendo inclusive descaracterizada, na ilusão de ser esse seu melhor interesse. Esta criança, quando adulta, repetirá com outras crianças a confusão de que foi vítima, perpetuando-se, desta forma, a indiscriminação entre as linguagens, entre a criança e o adulto, entre a normalidade e a violência. Confusão que pode assim repetir-se patologicamente, de geração em geração.

Na Mediação, a busca da imparcialidade se traduz na equalização dos poderes de comunicação. O mediador deve manter uma relação

(28) GROENINGA, Giselle C. *A Visão Psicanalítica da Mulher, do Homem e da Família – e a Criança?* Trabalho apresentado na VIII Jornada de Psicanálise da Sociedade Psicanalítica de Campinas – A Psicanálise na Sociedade Contemporânea – Setembro, 1999.

(29) LEGENDRE, P. Op. cit. “Por detrás da genealogia encontra-se a questão da confusão de lugares e de gerações que é mortífera, pois resulta de uma forma, patológica, de onipotência.”

(30) FERENCZI, Sándor. *A Confusão de Línguas entre os Adultos e a Criança in Obras Completas – Psicanálise IV*. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1991.

equidistante com todos os membros da família, levando em conta suas diferenças. No caso das crianças é fundamental respeitar a sua vulnerabilidade e as etapas do seu desenvolvimento psicológico e sua forma de comunicação, não confundindo o que é estar atento à criança com, concretamente, ouvi-la e enxergá-la como se fosse um pequeno adulto.

O LUGAR DOS PAIS – LUGAR INDEVIDO E AJUDA QUE LHES É DEVIDA

Na civilização judaico-cristã, a culpa está na base do sistema educativo. Mas não é só. Com a compreensão psicanalítica a respeito do desenvolvimento da criança³¹, aprende-se que, basicamente, se constrói a forma de conhecer o mundo a partir de duas posições. Esquemáticamente, evolui-se de uma posição, em que a culpa e a persecutoriedade são a tônica principal, para outra posição em que se ressalta a consideração pelo outro, a consciência e a responsabilidade. E é a partir destas posições, conforme o nível evolutivo e a ansiedade da situação, que, muitas vezes, se vivem as relações e os conflitos. O mesmo se dá no que diz respeito à percepção, ideologia e tratamento que se pode ter, relativamente, aos conflitos. E os próprios pais podem ter uma posição mais culpada ou mais responsável em relação aos filhos.

A par da responsabilidade que cabe aos pais, tende-se a apontá-los como culpados quando surgem dificuldades. “Desde que o mundo é mundo, temos considerado os pais como responsáveis”, culpados, “de todos os defeitos de seus filhos. Espantosamente as correntes psicologisantes do século XX contribuíram para acentuar essa tendência”³²

Fundamental é que se possa passar de uma visão da culpa para uma visão da responsabilidade na maneira de enxergar as dificuldades e os conflitos, não só quanto às causas de uma separação³³ mas na relação entre os pais e destes com os filhos. Deste modo, pode-se ajudar a ampliar

(31) KLEIN, Melanie. *A Psicanálise das Crianças*. Rio de Janeiro: Imago Editora Ltda., 1997.

(32) Tradução livre. POUSSIN, G. Op. cit..

(33) PELUSO, Antonio Cezar. *Da Culpa na Separação e no Divórcio in Boletim de Atualidades do Instituto Brasileiro de Estudos Interdisciplinares de Direito de Família*, N° 3, agosto 1997.

a consciência dos pais da extensão de sua responsabilidade e a balizar o limite da interferência que o Estado possa ter e da ajuda que deva prestar na tarefa de cuidar e educar as crianças.

A CRIANÇA NO JUDICIÁRIO

“A crescente fragilização da ligação conjugal, tendo como corolário um super-investimento sobre os direitos das crianças: é a consagração do direito da criança de conservar seus dois pais além das eventualidades do par conjugal.”³⁴ Mas devem-se perguntar as causas e os resultados que podem advir desse super-investimento, sobretudo quando se soma ao paradigma da culpa (que não é exclusivo do Judiciário) em que a criança acaba ocupando também o lugar de ‘prova’ maior.

De um lado, todo o movimento de valorização da criança, da busca de seu melhor interesse, levou ao que seria o privilégio do que se acredita ser a sua ótica. Como se procura lidar com os aspectos objetivos do conflito no Judiciário, o que este tem de subjetivo acaba tendo representação, sendo colocado, projetado, nas crianças. A elas dirige-se, com mais facilidade, a empatia, o afeto, as preocupações. Mesmo o medo que naturalmente se tem das mudanças, muitas vezes, leva a usar a criança como escudo frente a estas. Facilmente a vulnerabilidade dos adultos é transferida para elas; esses acabam por invocar os direitos das crianças, escudando as próprias dificuldades, quando se vêem impelidos a usar a lógica da força. Como os afetos não têm lugar na moldura legal, acabam por aparecer na preocupação com as crianças. Assim, por vezes, fala-se em nome da criança devido à dificuldade em falar em nome próprio.

E, por outro lado, ouvir a criança e o adolescente, não é remédio para tal situação, pois, na maior parte das vezes, não se os leva efetivamente em consideração³⁵, sobretudo se utilizados, direta ou indiretamente, como ‘prova’. Ouvir uma criança como se faz com um adulto, por melhores que sejam as adaptações que se façam, é desconsiderá-la. Relembro, novamente

(34) GANACIA, D.. Op. cit..

(35) POUSSIN, G. Op. cit.. “Atualmente estamos menos preparados para o exercício da função parental, essencial. Preparado no inconsciente desde a infância até que se torne realidade, o estado parental é um fator dominante na vida emocional dos pais. Ele requer uma adaptação permanente dos pais à criança.” Tradução livre.

Da mesma forma o lugar da criança no judiciário requer uma adaptação deste ao que são suas necessidades e não o contrário – uma criança travestida de pequeno adulto.

aqui, o efeito traumático da confusão da ‘linguagem da ternura’, própria da criança, com a ‘linguagem da paixão’, própria dos adultos, o que leva uma criança a, precocemente, identificar-se com um adulto.

Este é o risco que ocorre nos processos judiciais – o de colocar-se a criança concretamente no centro das decisões. Adultos brigam pelo direito à criança que, paradoxalmente, não é parte no processo, e esta acaba arcando com uma relação jurídica que lhe é estranha³⁶, mas com importantes consequências psicológicas, atuais e futuras, e sociais. Quando o lugar simbólico que a criança ocupa aparece como quase a única realidade a ser levada em conta³⁷, acaba-se por brigar pela criança, pelo direito à criança. Sua ‘defesa’ pode, na verdade, mascarar a defesa dos adultos pelo direito de verem contemplados os aspectos afetivos, o direito de serem compreendidos em suas demandas e em sua fragilidade, o direito ao futuro, que o tempo dos processos parece impedir, futuro que, na pressão da desesperança, a criança pode estar sendo o único representante.

Assim, merece uma detida reflexão a expressão ‘no melhor interesse da criança’. O melhor interesse das crianças é de terem a proteção da Sociedade e dos pais, e que estes se entendam e se referendam mutuamente. Para que isto se dê, os pais devem ter a oportunidade de poder reorganizar suas identidades enquanto sujeitos, homem e mulher, das quais a paternidade e a maternidade são uma das funções. Penso que, sim, cabe ao Estado proteger aqueles que se encontram em uma posição de maior vulnerabilidade, não permitindo que se coloque na criança mais do que a ela cabe – ser tratada com paixão, alvo de litígios e de investigação, usada como ‘prova’. Merecem uma detida reflexão as disputas pela guarda e o quanto o Judiciário pode estar ajudando, sem o saber, a repetir a violência da ‘linguagem da paixão’.

(36) NEVES BATISTA, Silvio. *Guarda e Direito de Visita in Revista Brasileira de Direito de Família*, Ano II - n.5 – Abr-Mai-Jun 2000. Editora Síntese – IBDFAM. Porto Alegre.

(37) GANANCIA, D.. Op. cit.. “Estes conflitos ao redor da criança são, na maior parte do tempo, conflitos de casal não resolvidos: a criança torna-se este instrumento privilegiado permitindo aos pais, que não realizaram o luto de sua relação, de permanecerem juntos no conflito. Eles utilizam a criança como remédio para suas feridas narcísicas, e às vezes, como um verdadeiro projétil na guerra a que eles se entregaram. Recompôr-se, punir o outro, conduzem a comportamentos de “apropriação” da criança, tornada objeto, e a desvios, que vão da desqualificação do outro progenitor, à sua negação, para resultar, às vezes, em uma verdadeira erradicação.”

As crianças poderiam dar um indicativo de como está a saúde do sistema familiar, como ele está atendendo às suas finalidades e qual é seu projeto de futuro que encontra nelas uma de suas representações. Elas poderiam mostrar como está a temperatura afetiva, o quanto seus pais estão nelas depositando as emoções que não têm oportunidade, diríamos até o direito, de exteriorizar. As crianças poderiam indicar, sobretudo, como está a comunicação na família, fenômeno que denunciam como antenas parabólicas.

Mas cabe sempre perguntar qual é a necessidade, em uma demanda judicial, de efetivamente ver e ouvir uma criança. A intervenção na família só se justifica nos casos de violência às leis de sua constituição, cuida-se aqui em violência entendida em sentido amplo. Assim, embora em alguns casos, seja fundamental sua presença, devemos nos perguntar se não seria a utilização deste meio, muitas vezes, mais uma consequência de deficiências quer técnicas, quer de conhecimento? E ainda, não é essa, na maioria dos casos, uma violência para com a criança, justamente o que se pretende evitar?

É verdade que, nas famílias, em muitas ocasiões, os filhos acabam sendo colocados na posição de juízes, havendo uma competição entre os pais de quem é melhor, quem é pior. Outras vezes, são colocados no papel de testemunhas. Fatos que podem, indevidamente, se repetir nos processos e procedimentos judiciais, criando conflitos de lealdade. Quando os filhos são ouvidos, quer pelo juiz, quer em situações de perícia, pode-se acrescentar-lhes um peso indevido, que se soma à onipotência que a idade lhes confere. Ou seja, podem acabar por atribuir-se um lugar maior do que o que lhes cabe, ocupando precocemente o lugar de adultos, muitas vezes até para cuidar dos pais que estão em uma situação de fragilidade.

Escutar uma criança significa reconhecer o lugar que lhe é próprio, ou seja periférico, em um processo cujo centro é o par, que deve se transformar de conjugal em parental. Os filhos têm direito à convivência com os pais, e a guarda não pode ser confundida com qual dos pais ganhou uma batalha, assim como a convivência não pode ser confundida com fiscalização e com visita. Estes termos acabam sendo inadequados para o relacionamento humano entre pais e filhos. Escutar uma criança significa respeitar sua vulnerabilidade e sua necessidade de ter uma mãe e um pai, que sejam reconhecidos em suas competências e não desmoralizados.

Escutar uma criança é considerar que ela funciona como um sensível termômetro da temperatura familiar: o que seus pais fazem, enquanto pais, em uma demanda judicial, a afeta diretamente e a eles mesmos, e aos profissionais cabe conscientizá-los.

E ainda, se de um lado, tende-se a considerar a dependência dos filhos em relação aos pais, não tem sido a tendência de se fazer o inverso. “Sendo o pátrio poder um poder-dever, o único direito do titular (no caso os pais) seria o de cumprir o próprio dever. 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.”³⁸ Mas tal concepção merece algumas ponderações, pois não contempla uma dependência de outra ordem: a dos pais em relação aos filhos. Fundamental também é pensar no direito dos pais, seu reconhecimento sócio-jurídico, derivado do nível psicológico. O não-reconhecimento dessa necessidade, de tal direito, pode contribuir para o abandono da importante fonte de auto-estima que são os filhos.

Um pedido de guarda pode estar muitas vezes representando, além de outras coisas, não só a avalização do papel de pai e de mãe, mas a necessidade dos próprios pais de se verem reconhecidos como adultos. Necessário ajudar nesta discriminação, pois, como vimos, a parentalidade é apenas um dos componentes, que precisa ter seu lugar diferenciado.

Na medida em que se exige de uma mulher e de um homem em crise, que coloquem em primeiro lugar seus papéis de mãe e de pai e o bem estar dos filhos, sem considerar-lhes devidamente a contrapartida e dar-lhes a oportunidade de lidar com seus afetos, de reorganizar suas identidades de forma mais abrangente, o resultado poderá ser justamente o contrário do pretendido.

A MEDIAÇÃO E A CRIANÇA

As disputas pela guarda inscrevem-se na lógica de comunicação pela força, na ótica da culpa, em que um ganha e o outro perde, um visita e fiscaliza. O resultado é que grande parte dos pais, que não detém a guarda, acaba por não ver mais seus filhos. Pensamos que é fundamental que o Estado impeça a violência das disputas pela guarda. E a Mediação representa uma forma alternativa a essa violência (que, mesmo assim,

(38) NEVES BATISTA, S.. Op. cit..

nem sempre é possível evitar). A Mediação pode ser uma forma de dizer o Direito das crianças, sem expô-las ao funcionamento de um sistema que pode ajudar a cronificar o conflito, reduzindo ainda mais seu lugar. Em alguns países, a Mediação é fortemente recomendada nos casos de existência de filhos.

A Mediação Interdisciplinar tem sido difundida como forma de proteção às crianças, sendo freqüentemente invocada como método que ajuda na elaboração do luto da separação, de modo a que os pais possam manter o par parental depois de separado o par conjugal. Seus resultados têm sido animadores e sua utilização fortemente recomendada.³⁹

No entanto, utilizá-la, sobretudo, como forma de proteção às crianças, assim, de início, desqualificando os pais em suas competências e não contemplando suas necessidades de forma mais ampla, sendo a parentalidade uma delas, acaba por ferir seus princípios básicos. Há, ainda, correntes que pregam que a criança seja ouvida, e mesmo participe do procedimento da Mediação. Embora cada caso mereça um tratamento particular, e que a técnica se adapte à realidade e não o contrário, no nosso entendimento, pode-se incorrer no erro, anteriormente discutido, de hipervalorização e conseqüente desconsideração para com a criança.

Como dissemos, o ideal de neutralidade e a imparcialidade do mediador implicam na manutenção de uma posição eqüidistante com relação aos membros de uma família, o que significa examinar os pressupostos ideológicos, teóricos, práticos e pessoais da visão que se tem dos integrantes da família, quanto ao exercício das funções e papéis e, sobretudo, da criança.

Cabe sensibilizar, chamar à responsabilidade, e não à culpa, os pais em relação a seus filhos e os Operadores do Direito em relação a

(39) GANANCIA, D.. Op. cit..A autora cita a Recomendação do Conselho Europeu aos Estados Membros a respeito da Mediação Familiar (adotado pelo Comitê dos Ministros em 21 de janeiro de 1998): “As pesquisas realizadas na Europa, na América do Norte, na Austrália e na Nova Zelândia, sugerem que a Mediação Familiar é melhor adaptada, que os mecanismos jurídicos mais rígidos, para a regulação dos sensíveis problemas emocionais, que envolvem os conflitos familiares, e ela oferece uma abordagem mais construtiva..... A conclusão de acordos contribui de maneira determinante para a manutenção de relações de colaboração entre os pais que se divorciam: a Mediação reduz os conflitos e favorece a persistência dos contatos entre os filhos e seus dois pais. Reduzir os conflitos, e melhorar a comunicação, resulta em benefícios significativos que reduzem os custos sociais e psicológicos, e se refletem em um maior bem-estar conquistado, na saúde física e mental, no trabalho e nos resultados escolares.”

todos os membros das famílias. Assim como as crianças se encontram em período de vulnerabilidade, na emergência dos conflitos, também os adultos assim se encontram quando em crise. Mas isto não significa que sejam hiposuficientes. A mudança pode significar mudança e crescimento, dependendo do tratamento que lhe for dado. Na medida em que a Mediação Interdisciplinar procura desenvolver a responsabilidade dos envolvidos, realiza um caminho inverso, responsabilizando e sensibilizando os adultos para a importância de seus atos e decisões na reorganização do presente e do futuro. A Mediação Interdisciplinar busca passar do paradigma da culpa ao da responsabilidade.

Uma vez que a Mediação Interdisciplinar permite a elaboração dos níveis do conflito, que ela permite a reorganização das funções e dos papéis e da hierarquia, dizemos que ela é a tradução metodológica do direito a se ter uma família. O melhor interesse das crianças é entender suas prioridades, o que elas representam, e escutar a família, seus membros em suas diferenças. É escutar as necessidades e desejos, estando a serviço dos Sujeitos do Direito e não o contrário, utilizando a criança como alvo de paixões e ‘projeções’ adultas, sejam estas dos pais, dos profissionais ou das ideologias dominantes.

PAPEL E LUGAR DO JUDICIÁRIO

Em todos os regimes cabe ao Estado garantir os lugares estruturais, ele tem a função de colocar em cena, de maneira mitológica e ritual, aquilo que fundamenta a ordem social.⁴⁰ Devemos perguntar-nos que ordem é essa que, com certeza, tem se modificado; a Mediação Interdisciplinar vem no sentido de ampliar a compreensão das relações, das configurações familiares que têm se diversificado e se tornado mais complexas.

Relembrando a confusão de linguagens, o mais traumático é a interpretação que é dada ao fato. Assim, uma sentença tem um valor que tanto pode ser reorganizador, como pode ser traumático. Deslocar para os filhos o conflito que é do casal, pode ser impeditivo da reorganização. Fundamental que a sentença possa traduzir, na medida do possível, as necessidades e desejos de cada família em particular e de cada um de seus membros, e que não seja distante de sua realidade, acabando por ser mal utilizada, tendo seu uso pervertido. Em uma família, em que as relações

(40) LEGENDRE, P.. Op. cit..

são necessariamente interdependentes, todos os seus membros têm direitos e a perda do direito de um, necessariamente, representa perda para todos. Neste sentido, vem a colaboração da Mediação Interdisciplinar, fazendo a passagem do subjetivo ao objetivo, traduzindo direitos e deveres, reconhecendo e revalorizando lugares e competências.

Por outro lado, devemos estar alertas para uma visão romântica da parentalidade e da família. Atualmente, fala-se muito de responsabilidade parental conjunta, ou autoridade parental, ao invés de direitos e deveres, que acabavam por ter uma conotação da criança como propriedade. Mas, por outro lado, a responsabilidade parental conjunta traz a mensagem de que são os pais que decidem, e são estes que têm a responsabilidade pela criança e não o Estado.⁴¹ “Para o Direito, a família é o céu em um mundo sem coração e que em um mundo de desigualdades estruturadas devemos nos perguntar que liberdade e que dignidade a filosofia da responsabilidade parental conjunta sustenta.” E mais, “mesmo o princípio da mínima intervenção traz a idéia de que a família é um lugar livre de conflito e violência e que não há diferenças no exercício de poder, enfatizando a responsabilidade parental e a autonomia, vendo as intervenções do Judiciário com suspeita. Isto pode situar o bem-estar da criança na sombra do que se entende como o bem-estar da família.”⁴² Relembramos o que foi apontado com relação à questão das ideologias e a necessidade de questionar a serviço do que se encontram.

O conceito de ‘no melhor interesse da criança’ e o de responsabilidade parental conjunta tem sua força e sua fraqueza, na falta de conteúdo preciso, na medida em que permite ao Direito de Família adaptar-se e responder às mudanças sociais, mas, ao mesmo tempo, empresta das ideologias prevalentes o que se acredita ser ‘bom’ para a criança e o que deve ser ‘bons’ pais e ‘boas’ mães⁴³ Assim, embora sejam importantes as contribuições das outras disciplinas para o Direito, cabe estarmos atentos se o seu uso atende ao melhor interesse dos indivíduos que compõem as famílias, naquilo que as faz únicas. Pensamos que a utilização da Mediação Interdisciplinar em parceria com o Judiciário permite uma melhor objetivação destes conceitos.

(41) Tradução livre. FREEMAN, Michael. *The Moral Status of Children – essays on the Rights of the Child*. Martinus Nijhoff Publishers, Holanda, 1997.

(42) *Idem*.

(43) *What is a Parent – a Socio-Legal Analysis*, Op. cit..

Levando-se em conta essas ponderações, é que a Mediação Interdisciplinar pode vir em auxílio às famílias que buscam uma reorganização, funcionando como uma ‘Clínica de seus Direitos e Deveres’, entendidos de forma ampla.

Em vista do exposto, concluímos que a Mediação Interdisciplinar, como ferramenta de conhecimento, ajuda a conferir ao Judiciário e aos Operadores do Direito seu próprio papel, auxiliando no desempenho de suas funções. E, na medida em que busca uma escuta diferenciada dos Sujeitos do Direito, lhes dá uma oportunidade única de pensar na reorganização de suas vidas e identidades, em todos os seus aspectos. Fundamental é levar-se em conta, sobretudo, a base do contrato inicial de uma família – seu contrato afetivo. Contrato este que foi, e que só pode ser reescrito pela família. “Amplio é o espectro do afeto, mola propulsora do mundo e que fatalmente acaba por gerar conseqüências que necessitam se integrar ao sistema normativo legal.”⁴⁴

O melhor interesse da criança não pode ser conflitante com o melhor interesse de todos os indivíduos que compõem uma família, o que seria um contra-senso. Direitos, deveres, responsabilidades, são complementares e não excludentes nas relações familiares.

Pensamos ainda que a crescente mobilização e discussão em torno do chamado melhor interesse das crianças, naquilo que elas têm de simbólico para a cultura e na medida em que representam o futuro, possa ser um dos indicativos de que o Direito, e mesmo o Judiciário, assim como as outras Ciências, estejam se dirigindo para um caminho de repensar suas posições, seus papéis e suas funções.

PARA FINALIZAR

Porque a criança – porque gênese e mistério, ela nos dá a dimensão do humano e do futuro, brinda-nos com a dimensão da diferença, da continuidade, da preservação da vida para além da própria vida, invocando assim a generosidade na mais ampla acepção da palavra. E o seu melhor interesse é o nosso melhor interesse – o de nos fazer sujeitos, do Direito e do desejo, por justamente sermos inscritos no tempo das gerações.

(44) DIAS, Maria Berenice. *Efeitos Patrimoniais das Relações de Afeto*. Repertório IOB de Jurisprudência, n. 15/97, ago/97, e na Revista AJURIS, vol. 70, pp. 290/294, 1997. Do Interesse à Criança ao Melhor Interesse da Criança.

**INIMPUTABILIDADE PENAL E
RESPONSABILIDADE PENAL JUVENIL.
NEM DIREITO PENAL MÁXIMO, NEM
ABOLICIONISMO PENAL**

João Batista Costa Saraiva

Juiz da Infância e Juventude do Estado do Rio Grande do Sul,
Especialista em Direito e Professor Universitário.

INIMPUTABILIDADE PENAL E RESPONSABILIDADE PENAL JUVENIL. NEM DIREITO PENAL MÁXIMO, NEM ABOLICIONISMO PENAL.

João Batista Costa Saraiva

A violência urbana e a desconfortável sensação de insegurança que assolam os centros urbanos, em especial as maiores cidades brasileiras, com seus reflexos em todos os segmentos da Nação, inquietam e produzem um sem número de proposições visando o enfrentamento desta questão. Neste contexto, a questão da chamada delinquência juvenil também se mostra um tema angustiante, até porque, como ensina Emílio Garcia Mendez, é suficiente que um problema seja definido como um mal para passar a tornar-se mal.

Há um clamor por segurança, e soluções simplistas são encorajadas, até mesmo porque se estabelece um raciocínio não menos simplista: Enfocando um álibi estrutural, que seria a pobreza, apontada como causa da violência e, como esta (a pobreza) não pode ser resolvida (ao menos no imediato), também a violência não teria solução.

A discussão em torno da responsabilidade penal juvenil, da criminalidade juvenil e da delinquência na adolescência, costuma ser conduzida para que imediatamente o foco seja direcionado para a proposta do rebaixamento da idade penal, posicionando-se dois grupos em pontos opostos.

A discussão toma este rumo pela desconsideração de que, desde a ratificação da Convenção das Nações Unidas de Direito da Criança pelo Brasil, desde antes, com o advento da Constituição Federal e, especialmente, desde o Estatuto da Criança e do Adolescente, se estabeleceu no País um sistema de responsabilidade penal juvenil.¹

(1) Sobre o tema, ainda em 1993, publiquei o texto Inimputabilidade, não impunidade no Jornal Zero Hora, de Porto Alegre, em 12/5/1993. Este texto foi reproduzido em diversas publicações, como informativo INESC, de Brasília, junho-95, n. 58, p. 7; Relatório Azul, CDH da Assembléia Legislativa do RS, 1995, p. 33.

No debate, posicionam-se em um extremo os partidários da Doutrina do Direito Penal Máximo, idéia fundante do movimento Lei e Ordem, que imagina que com mais rigor, com mais pena, com mais cadeia, com mais repressão em todos os níveis, haverá mais segurança.²

No outro extremo, os seguidores da idéia do Abolicionismo Penal, para quem o Direito Penal com sua proposta retributiva faliu, que a sociedade deve construir novas alternativas para o enfrentamento da criminalidade, que a questão da segurança é essencialmente social e não penal. Resulta disso, que alguns grupos insistem em ressuscitar o discurso do velho direito tutelar na interpretação que pretendem dar às normas do Estatuto da Criança e do Adolescente, negando o caráter sancionatório do sistema socioeducativo e, com isso, subtraindo as garantias constitucionais que são asseguradas aos adolescentes em conflito com a Lei.

A razão nunca está nos extremos. Em meio a estes opostos, há a Doutrina do Direito Penal Mínimo, que reconhece a necessidade da privação de liberdade para determinadas situações, que propõe a construção de penas alternativas, reservando a medida extrema (de privação de liberdade) para os casos que representem um risco social efetivo. Busca nortear a privação de liberdade por princípios como o da brevidade e o da excepcionalidade, havendo clareza que existem circunstâncias em que esta alternativa se constitui em uma necessidade de retribuição e educação que o Estado deve impor a seus cidadãos que infringirem certas regras de conduta.

Pode incluir-se entre os direitos fundamentais o direito à punição, à possibilidade de expiação, tanto que é comum, na linguagem prisional, a expressão dos detentos de estar ali “pagando”.

De certa forma, parece insuportável a idéia do estar devendo, daí porque o “pagar” é encarado com acatamento. A condição para tanto,

(2) A propósito de Direito Penal Máximo cumpre lembrar que a chamada Lei de Crimes Hediondos, Lei n. 8.072/90, editada no mesmo mês e ano do Estatuto da Criança e do Adolescente, resultante na época de um “pacote anti-violência”, concebida sob os primados do Direito Penal Máximo, não deu conta em reduzir a criminalidade a que se propunha, haja vista que nenhum dos delitos chamados hediondos sofreu redução de incidência desde o advento daquela norma.

todavia, é que esta retribuição seja justa (dentro do estrito devido processo legal) e proporcional.

Dito tudo isso, há que se afirmar que a discussão da questão infracional na adolescência está mal focada.

Não se pode ignorar que o Estatuto da Criança e do Adolescente instituiu no Brasil um sistema de Direito Penal Juvenil. Estabelece um mecanismo de sancionamento, de caráter pedagógico em sua concepção e conteúdo, mas evidentemente retributivo em sua forma, articulado sob o fundamento do garantismo penal e de todos os princípios norteadores do sistema penal enquanto instrumento de cidadania, fundado nos princípios do Direito Penal Mínimo, até porque inegável que tem igualmente um caráter de defesa social.

Quando se faz tal afirmativa, não se está a inventar um Direito Penal Juvenil. Tal está ínsito ao sistema do Estatuto da Criança e do Adolescente, resultante da Convenção das Nações Unidas de Direitos da Criança e do conjunto desta normativa (Regras de *Benjing*, etc.) e seu aclaramento decorre de uma efetiva operação hermenêutica, incorporando as conquistas do garantismo penal e a condição de cidadania que se reconhece no adolescente em conflito com a Lei.

A crise no sistema de atendimento a adolescentes infratores privados de liberdade no Brasil só não é maior que a crise do sistema penitenciário, para onde se pretende transferir os jovens infratores de menos de dezoito anos.

Esta crise, do sistema dos adolescentes, se agudiza quando os arautos do catastrofismo, sob argumentos os mais variados, até mesmo de defesa dos direitos humanos, deixam de demonstrar uma série de experiências notáveis que se desenvolvem nesta área no País, passando uma falsa idéia de inviabilidade do sistema de privação de liberdade de adolescentes.

Este sistema, quer se goste, quer não se goste, tem um conteúdo aflitivo, pois é inegável que, do ponto de vista objetivo, a privação de liberdade decorrente do internamento se faz tão ou mais aflitiva que a pena de prisão do sistema penal. Basileu Garcia ensinava que o elemento fundante do conceito de pena seria seu caráter de aflitividade.

Do ponto de vista das sanções, há medidas socioeducativas que têm a mesma correspondência das penas alternativas, haja vista a prestação de serviços à comunidade (incorporada na legislação penal adulta do Brasil desde 1984), prevista em um e outro sistema, com praticamente o mesmo perfil.

O que pode ser mais aflitivo a um jovem de 16 anos do que a privação de liberdade, mesmo que em uma instituição que lhe assegure educação e uma série de atividades de caráter educacional e pedagógico, mas da qual não pode sair?

Mário Volpi, Oficial de Programas do UNICEF para o Brasil, analisando a questão da internação sob o ponto de vista da percepção dos adolescentes privados de liberdade, depois de ouvir 228 adolescentes em todo o Brasil (em Porto Alegre, São Paulo, Belo Horizonte, Brasília, Recife e Belém), constata:

A experiência da privação de liberdade, quando observada pela percepção de quem a sofreu, revela toda a sua ambigüidade e contradição, constituindo-se num misto de bem e de mal, castigo e oportunidade, alienação e reflexão, cujo balanço final está longe de ser alcançado, uma vez que as contradições da sociedade nunca serão isoladas no interior de qualquer sistema, por mais asséptico que ela seja.³

A dificuldade para o reconhecimento da implantação, pela Doutrina da Proteção Integral, de um conceito do que se tem chamado Direito Penal Juvenil, com sanções e sua respectiva carga retributiva e conteúdo pedagógico, resulta de um exacerbado pré-conceito de natureza hermenêutica, em face de uma cultura menorista presente e atuante em toda América Latina, do que já nos adverte Amaral e Silva em suas lições.⁴

(3) VOLPI, Mário. *Sem Liberdade, Sem Direitos*. Cortez: São Paulo, 2001, p. 56.

(4) AMARAL E SILVA, Antônio Fernando. *O Mito da Inimputabilidade Penal do adolescente*. Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina, v. 5. Florianópolis: AMC, 1998.

No dizer de Lênio Streck:

... o intérprete jamais chega ao texto sem um ter-que-ver-prévio com este: se o texto fala de poder, da justiça ou da vida, o leitor/intérprete entenderá o texto em função de suas próprias experiências sobre o poder, a justiça e a vida. Jamais haverá, pois, uma leitura ingênua, porque o intérprete leva consigo uma compreensão prévia daquilo que quer compreender. Entre essa compreensão prévia e o texto (fato, norma, etc.) se dá, pois, uma relação de circularidade típica, um círculo que pode frustrar a compreensão definitiva, porém que é certamente algo positivo, porque não há forma de entender uma coisa que não seja inserindo-a em uma bagagem de conhecimentos prévios que permitem que essa coisa desdobre todo o sentido que encerra. O círculo hermenêutico que se produz entre o texto e o leitor não é senão uma nova versão, uma versão extremada do círculo intelectual que a hermenêutica clássica havia observado que se dá entre a totalidade de uma obra literária e as partes que a compõem. Não se pode entender o sentido de um texto se não houver entendido o sentido de cada uma de suas partes, porém tampouco se entende plenamente o sentido de cada uma de suas partes até conseguir a compreensão da obra. O texto será, assim, um interlocutor, buscando nele um ensinamento que pode enriquecer o próprio acervo do intérprete.⁵

A conduta dos que não admitem a idéia de um Direito Penal Juvenil implica na conclusão de abandono dos conceitos introduzidos pelas normas do próprio Estatuto da Criança e do Adolescente (especialmente no que respeita à responsabilidade com sancionamento de medidas socioeducativas e de condição de sujeito de direitos ostentada pelo adolescente).

(5) STRECK, Lênio. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 246.

A não-admissão deste conceito resulta da desconsideração do conjunto de regras resultante da Normativa Internacional e, especialmente, a Ordem Constitucional estabelecida, que contamina o sistema como única forma de lhe emprestar legitimação e que afirma a condição cidadã do adolescente, não se construindo cidadania sem responsabilidade.

A propósito, afirmando o Direito Penal Juvenil, introduzido no sistema legal brasileiro desde o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, sentencia Emílio Garcia Mendez:

A construção jurídica da responsabilidade penal dos adolescentes no ECA (de modo que foram eventualmente sancionados somente os atos típicos, antijurídicos e culpáveis e não os atos “anti-sociais” definidos casuisticamente pelo Juiz de Menores), inspirada nos princípios do Direito Penal Mínimo constitui uma conquista e um avanço extraordinário normativamente consagrados no ECA. Sustentar a existência de uma suposta responsabilidade social em contraposição à responsabilidade penal não só contradiz a letra do ECA (art. 103) como também constitui - pelo menos objetivamente - uma posição funcional a políticas repressivas, demagógicas e irracionais. No contexto do sistema de administração da justiça juvenil proposta pelo ECA, que prevê expressamente a privação de liberdade para delitos de natureza grave, impugnar a existência de um Direito Penal Juvenil é tão absurdo como impugnar a Lei da Gravidade. Se em uma definição realista o Direito Penal se caracteriza pela capacidade afetiva - Legal e legítima - de produzir sofrimentos reais, sua impugnação ali onde a sanção de privação de liberdade existe e se aplica constitui uma manifestação intolerável de ingenuidade ou o regresso sem dissimulação ao festival de eufemismo que era o Direito de “Menores.”⁶

(6) Op. Cit. p. 16.

A não-admissão de um sistema penal juvenil, de natureza sancionatória reproduz o apego aos antigos dogmas do menorismo, que não reconhecia no “menor” a condição de sujeito. Ou significa um discurso de abolicionismo penal. Na questão do menorismo, o discurso tem sido de operação com os dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente, porém com a lógica da Doutrina da Situação Irregular. Na outra hipótese será o imaginar ingênuo de que apenas o debate sociológico poderá equacionar a questão da responsabilidade juvenil.

O DIREITO/DEVER DE VISITAS, CONVIVÊNCIA FAMILIAR E MULTAS COMINATÓRIAS

Raduan Miguel Filho

Juiz de Direito do Estado de Rondônia; Diretor Estadual do Instituto
Brasileiro de Direito de Família; Fundador do IBDFAM;
Mestrando em Poder Judiciário

O DIREITO/DEVER DE VISITAS, CONVIVÊNCIA FAMILIAR E MULTAS COMINATÓRIAS

Raduan Miguel Filho

Das relações de família, talvez a que traga o maior número de conflitos e certamente a mais difícil do operador do direito lidar são, seguramente, as questões ligadas à guarda e visita aos filhos, pois com o desfazimento da primitiva entidade familiar, e tomando corpo a desarmonia na convivência familiar, surgem as contendas pelos bens amealhados e principalmente pela posse e guarda dos filhos e o nunca compreendido direito de visitas dos pais aos filhos.

A disputa pela convivência com os filhos, notadamente nas questões de visita, surge de um direito/dever, uns ainda apontando como sendo dos genitores e outros, notadamente a partir da Constituição de 1988 e com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, apontando que tal direito/dever de visita é inerente aos filhos em relação a seus pais. Muito embora não seja nosso intuito abordar a legitimação de tal direito/dever, a questão pontual é o conflito que se cria, primeiramente entre os pais querendo ou não querendo estar com os filhos após o fim das relações afetivas que fez surgir a família, e em segunda análise, o conflito que, na grande maioria dos casos, transfere-se também aos filhos que acabam envolvendo-se na querela dos genitores e findam por tomar partido, ou para o lado da mãe ou para o lado do pai – ou até mesmo contra ambos os pais (querendo ou não querendo estar com os pais).

Não é nosso propósito, repito, nesta pequena exposição, defender ponto de vista sobre a melhor forma de se lidar com esse assunto, nem expor ou discutir posição e pensamento de qualquer doutrinador ou jurista.

Queremos apenas trazer a lume questão prática que enfrentamos no cotidiano forense ao operar o direito, notadamente no exercício da magistratura em Juízo de Família, e apresentar a questão para debate e análise dos ilustres leitores, com o fim precípuo de incentivar a discussão do tema diante de novas diretrizes processuais contempladas no Código de Processo Civil, nos arts. 461 e 461-A, por recentes alterações

legislativas; essas modificações trouxeram, sem sombra de dúvidas, sensíveis alterações na materialização do Direito de Família, com reflexos concretos na efetivação da justiça, que sempre ressentiu da falta de meios e mecanismos eficazes na solução ou na inibição dos conflitos familiares.

Nas relações familiares, a convivência familiar entre seus membros é por demais salutar, sendo desnecessário inclusive tecer maiores comentários.

A questão de solução pouco mais complexa de se lidar no cotidiano apresenta-se com o fim do casamento ou união estável, em manter uma boa convivência familiar, na busca de cumprir a vontade dos pais em estar com seus filhos, e destes de estar com os pais, exercendo o direito de visitas.

É bem verdade que encontramos casais resolvidos, esclarecidos, que procuram de todas as formas manter distantes os filhos dos dissabores conjugais. Mas, quando a questão chega aos tribunais, não é esse o quadro que se apresenta.

Quando nos deparamos com casais que não resolveram suas querelas, apegam-se eles a qualquer coisa, e qualquer fato é suficiente – é exatamente o que ficam buscando – para dar ensejo a uma batalha – judicial ou não, de proporções inmensuráveis.

Basta que um deles, por exemplo, inicie vida nova (ou o fato de um estar bem é que incomoda o outro cônjuge) para que o ciúme tome conta para “azedar” as relações com o outro companheiro; um desentendimento entre um casal seria simples de se administrar se ele ficasse apenas nas relações dos dois diretamente envolvidos; mas não é o que ocorre: inicia-se aí um jogo de força e poder de dimensões por vezes incontroláveis; os filhos passam a ser a moeda de troca.

O reflexo é imediato e notadamente nas questões de guarda e visita, dá ensejo às mais variadas reações conflituosas: (a) deixa-se sistematicamente de se cumprir as obrigações assumidas; (b) obrigações de fazer, de dar ou de pagar, e que foram assumidas quando disciplinaram sobre a separação, divórcio ou fim da união estável, ou quando romperam de fato a vida comum, deixam de ser honradas, com o objetivo precípua de atingir o outro cônjuge ou companheiro; (c) até (e principalmente) as obrigações advindas de decisões judiciais deixam de ser cumpridas ou começam a criar empecilhos para que não sejam elas adimplidas, etc.

Se for com o pai, ele deixa de pagar a obrigação alimentar devida à ex-esposa e aos filhos; não entrega os documentos ou os móveis que se obrigou a fazê-lo; não transfere a propriedade do bem que havia se comprometido; não faz a matrícula do filho na escola, na época própria, como tinha pactuado ou se obrigado; e principalmente deixa de visitar os filhos com a frequência costumeira ou simplesmente deixa de visitá-los; e se é ele que tem a posse e guarda dos filhos, passa a dificultar a visita da mãe, senão, em muitas vezes, impedi-la de ver os filhos.

Com a mãe não é diferente; deixa de cumprir com suas obrigações, como estava anteriormente acertado; é comum ela dificultar o exercício da visita aos filhos pelo pai, pensando que, impedindo a convivência dele com os filhos estará punindo-o por seus atos e atitudes.

Assim, a relação de boa convivência entre os membros da família, então harmoniosa, passa a ser conflituosa.

Nas questões de família, as partes interessadas, o Juiz e o Ministério Público possuíam pouquíssimos mecanismos judiciais que tornassem ou que dessem maior efetividade às obrigações assumidas. Ficavam na maioria das vezes à mercê de mecanismos processuais tosco, tal como o processo de execução de obrigação de fazer ou não fazer.

Já na reforma processual ocorrida em 1994, com a Lei n. 8.952 (13/12/94), o art. 461 recebeu nova redação para o fim de autorizar providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento nas obrigações de fazer ou não fazer.

Esses mecanismos de empreender uma tutela diferenciada começaram a ser implementados com bastante timidez, e sua utilização era restrita ao âmbito dos interesses pecuniários.

Essa providência prevista no art. 461 do CPC e aquela do art. 287 do Código de Processo Civil, tinham tímida aplicação fora das relações de cunho pecuniário porque a inadimplência levava à indenização, além de que era imperativo constar, na inicial, o pedido de condenação.

A reformulação empreendida no mencionado art. 461, em 2002, com o advento da Lei n. 10.444 (7/5/02), na busca de implementar mecanismos de uma tutela diferenciada deu ensejo à audaciosa e contundente alteração da processualística brasileira tendente à efetivação da justiça. Criaram-se mecanismos fortes, confiando no poder do juiz

medidas que levem ao cumprimento das obrigações assumidas pelas partes ou determinadas em decisão judicial. Essa tendência do Processo Civil Contemporâneo, já acentuada por vários doutrinadores, é a de resguardar àquele que se apresenta em juízo com plausibilidade de razão – mediante cognição sumária – o direito em espécie, relegando em segundo plano, sua reparabilidade patrimonial.

Ampliou a aplicação, antes restrita ao cumprimento das obrigações de fazer e não fazer, e agora também nas obrigações de dar e entregar; sempre na busca da efetivação da tutela específica e obtenção de resultado prático.

A questão que outrora necessitava de que o pedido de tal providência constasse do pedido inicial, como inserto do art. 287 do CPC, agora admite inclusive atuação de ofício por parte do Juiz (§§ 5 e 6 do art. 461 CPC).

No âmbito do Direito de Família, donde pela própria peculiaridade do litígio e da causa em disputa, confrontamos com querelas em que a indenização em pecúnia tem menos importância do que o adimplemento da obrigação assumida. A aplicação do disposto nos arts. 461 e 461-A representam de certa forma, se não a solução, pelo menos grande ajuda para a solução dos conflitos familiares.

A multa cominatória que ora nos referimos, tem e deve ter, no âmbito do Direito de Família, caráter desestimulador do inadimplemento das obrigações assumidas. Daí resulta a grande importância de ser ela utilizada nesses conflitos.

É importante não perder de vista que a sua má utilização, ou a utilização com fins desvirtuados, ao contrário da solução de um conflito familiar, tem a possibilidade de acirrar os ânimos dos contendores, passando a ser utilizado como mecanismo de vinganças e de extravasar ódio, fins estes que devem ser evitados a qualquer custo.

Como muito bem assinala o Ministro JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, em artigo de sua autoria¹, “se o processo constitui instrumento

(1) Temas de Direito Processual, Juruá, 1998, p 42.

para a realização do direito material, só se pode, a rigor, considerar plenamente eficaz a sua atuação, quando ele se mostre capaz de produzir resultado igual ao que se produziria se o direito material fosse espontaneamente observado.”

É importante deixar registrado que, a nosso juízo, a multa prevista no art. 461 do CPC é diversa daquela fixada extrajudicialmente, porque estas são medidas acessórias a um comando judicial, com o fim precípua de constranger o devedor a não inadimplir, ou seja, a cumprir a obrigação assumida. E não é de natureza punitiva do inadimplemento.

Veja inclusive que a lei processual permite até a modificação da multa, se ela se afigurar insuficiente ou excessiva aos fins colimados aplicando o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, pois dever guardar relação de adequação com o fim perseguido.

Por estar inserido na parte geral do Código de Processo Civil é que não resta dúvida alguma à permissibilidade de aplicação do art. 461 às causas de Direito de Família. E hoje aplicável tanto nas ações que visem à entrega de coisa certa, quanto incerta, como se depreende claramente da leitura do § 1º desse dispositivo legal.

E como mecanismo de efetivação de justiça, resta um ponto ainda controvertido na doutrina e na jurisprudência. Diz respeito ao momento em que é devida a multa estabelecida na forma do art. 461-A (§ 5º) do CPC.

Sobre esse assunto, o STJ acenou para a exigência de instauração de processo de execução regular, pois a multa somente é exigível a partir do descumprimento da sentença.

Embora havendo divergências doutrinárias a respeito, estamos convencidos de que a questão ficou pacificada com a alteração do art. 621 do CPC, que restringiu sua aplicação às execuções de títulos extrajudiciais, e a inclusão do art. 461-A, que eliminou o processo de execução autônomo para títulos judiciais que contenham obrigações de entregar (coisa certa ou incerta).

Isso foi muito importante no âmbito das lides de família, que não pode e não deve requerer rigor de formalismos, porquanto há variadas questões que não podem esperar para o momento de formação do processo de execução para se buscar a justiça efetiva.

A regra em comento veio para permitir uma efetivação célere do provimento judicial. Tal qual ocorre com a antecipação da tutela (art. 273 do CPC). Pensamos que obriga a instauração de processo de execução, para exigir a multa referida, é criar ônus excessivo que o legislador processual não quis impor ao credor. Aliás, por demais claro é a disposição legal. A discussão, a nosso ver, é apenas para incentivar a evolução do direito e reafirmar o avanço na processualística em dispensar processo próprio e autônomo; o provimento judicial atuará no mesmo processo em que é expedido, sem necessidade de se recorrer a outra ação.

O objetivo, e nunca devemos perder de vista, é operacionalizar de imediato o comando judicial ou permitir a obtenção do resultado prático equivalente, nas obrigações de fazer, não fazer, dar ou entregar coisa.

Aliás, se é possível a antecipação, mediante cognição sumária, dos efeitos da sentença, não há razão para não se admitir a antecipação, através de execução imediata da sentença e de cognição exauriente, de mesmos efeitos.

Bastante apregoadado por ROLF MADALENO, quando se refere ao “Calvário da Execução” a que se submete o credor ante a inadimplência do devedor, podemos agora afirmar que, nas obrigações de fazer, não fazer e de entregar, está nosso sistema processual civil provido de técnicas mais eficazes e mais céleres para a tutela desses direitos, outorgando maior poder de autoridade ao magistrado para alcançar a efetivação do provimento judicial e conseqüentemente para a efetivação da justiça, porque não há ilícito mais nefasto do que o descumprimento de ordens emanadas do Poder Judiciário.

Como afirma HUMBERTO THEODORO JUNIOR², “perder-se a confiança na Justiça é o último e pior mal que pode assolar o Estado Democrático de Direito.”

Nesse raciocínio, sobressaem as astreintes, como medida coercitiva destinada a resguardar a autoridade das decisões judiciais e, por conseqüência, a própria credibilidade do Poder Judiciário, que tem seus comandos constantemente aviltados, em nome de um princípio, hoje

(2) in Tutela Específica das Obrigações de Fazer e Não Fazer, Rev de Processo, 105, jan/mar/2002, p. 33.

bastante relativizado pelo Direito de Família, da inércia da jurisdição, previsto no art. 2º do CPC.

A multa cominatória possui ainda um sentido ético, no momento em que faz romper a resistência insana e ímproba do devedor, que além de causar, com seu ato, prejuízo ao credor, desrespeita o Estado-Juiz ao querer impor a perpetuação de sua inadimplência. Por isso, diz-se que não tem ela finalidade sancionatória ou reparatória, mas age como instrumento de coerção indireta, tendente a dar efetividade ao mandamento judicial.

Sob esta ótica, a multa cominatória, ou astreinte, prevista nos arts. 461 e 461-A do CPC, trouxe para o Direito de Família instrumento de efetivação do comando judicial que vem de encontro com os anseios dos operadores do direito, e, principalmente, dando efetividade a prestação jurisdicional esperada pelos jurisdicionados que acorrem às Varas de Família para a solução de seus conflitos, na busca de uma convivência familiar pacífica.

Deve, pois, essa prática ser incentivada, disseminada e adotada no meio jurídico, pois o temor à efetivação imediata do regramento judicial certamente constituirá em “fator desestimulador da inadimplência das obrigações advindas de acordos e decisões judiciais em causas de família.”

O AFETO COMO FATOR PREPONDERANTE PARA A MANUTENÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL

Ezequiel Paulo Zanellato

Bacharel em Direito pela Universidade de Passo Fundo,
Aluno da Escola Superior da Magistratura (AJURIS).

O AFETO COMO FATOR PREPONDERANTE PARA A MANUTENÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL

Ezequiel Paulo Zanellato

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 Perrot)

O seio familiar traduz-se como o marco inicial de desenvolvimento do ser humano, já que ele surge como fruto do relacionamento entre duas pessoas que, pelas mais variadas razões, se conheceram e tiveram a oportunidade de praticar o ato que origina a vida.

Dessa forma, forçoso é reconhecer que a família, assim como o ser, ao menos na sua forma originária de concepção, surge da relação afetiva entre homem e mulher, que se unem para objetivos em comum e resolvem ceder parcela de suas individualidades em favor dessa relação.

Sendo o núcleo familiar elemento de desenvolvimento do ser humano, deve-se vislumbrar que o arcabouço normativo, que se propõe a regular as relações familiares, deve ser analisado sob o enfoque do princípio constitucional que assegura a dignidade da pessoa humana, estando presente no ordenamento jurídico como fundamento da República Federativa do Brasil.

Diante disso, a conceituação de casamento deve se sobrepor ao disposto apenas na legislação civil e ser analisada sob a ótica constitucional, que preza pela valorização da pessoa. Nesse norte é a lição de LÔBO que, ao enfrentar a temática em questão, afirma:

O Estado social operou a constitucionalização das relações jurídicas privadas, em virtude da relevância do interesse social, e sua repersonalização (primazia da pessoa humana sobre a dimensão patrimonial e econômica). A Constituição de 1988 foi, é e continuará sendo o núcleo determinante do

direito civil, em torno do qual gravitarão o Código e os microssistemas normativos correspondentes. Na Constituição estão os fundamentos conformadores dos direitos da personalidade, da família, dos contratos, das propriedades, da responsabilidade civil.

A partir dessa idéia, ocorre a valorização da personalidade das pessoas envolvidas no liame conjugal, de maneira que o casamento possa ser visto não apenas como um mero contrato, com as partes vinculadas somente aos ditames e às regras positivados pelo Estado, mas também como um mecanismo que possibilita aos cônjuges o seu engrandecimento como pessoa, de modo a valorizar a busca pela felicidade do casal.

Cabe ressaltar, ainda, o aspecto afetivo que fundamenta a concepção de família atual. Nessa linha, ao destacar a crise da família patriarcal, assinala LÔBO que:

Como a crise é sempre a perda de fundamentos, a família atual está matizada em um fundamento que explica sua função atual: a afetividade e, pois, o espaço de sua realização. Assim, enquanto existir *affectio*, haverá família (princípio da liberdade), e desde que consolidada na simetria, na colaboração, na comunhão não hierarquizada (princípio da igualdade).

Tomando-se em consideração o disposto no art. 1.566 do novo Código Civil, que apresenta um rol de deveres conjugais, fica nítido perceber que, em todas as disposições elencadas, há a presença do vínculo afetivo. Ora, como conceber fidelidade recíproca, vida em comum, mútua assistência, respeito e consideração mútuos sem que exista uma relação afetiva entre o casal? E é realmente dentro dessa perspectiva afetiva que permeia as relações familiares que o operador jurídico deve fixar sua análise. Neste sentido, encontra-se a lição de PEREIRA, quando dispõe:

A partir da concepção de família como uma estruturação psíquica, podemos entendê-la como o núcleo básico, fundante e essencial de qualquer sociedade ou agrupamento humano.

O direito de família é essencialmente a ordenação, ou tentativa de normatização, das relações de afeto, da sexualidade, e das consequências patrimoniais decorrentes daí.

A autora CARBONERA traz em sua obra a demonstração do surgimento da valorização da afetividade em relação às entidades familiares, conforme se pode perceber na seguinte passagem:

Ora, se inicialmente afirmou-se que a família codificada tinha variados objetivos, dentre os quais a transmissão do patrimônio, poderia se pensar que sendo este um dos aspectos predominantes de tal modelo, ele persistiu até sua constitucionalização. Contudo, o próprio modelo jurídico se encarregou de dar maior importância a um valor em princípio externo à esfera jurídica, mesmo que de forma indireta, especialmente quando situações marginais passaram a ser acolhidas pelo jurídico. A proibição da formação de nova família matrimonializada acabou provocando a valorização dos motivos que levavam os sujeitos a constituir uma nova família, embora este não recebesse tutela específica. Valorizou-se a conduta do casal, aqui representada pela vontade de estar na posse de estado de casado, mesmo que sem vínculo jurídico.

Dessa forma, verifica-se que a presença dos contornos afetivos nas relações afluou de maneira natural, como refúgio aos que, apesar de impedidos de constituir uma união regulamentada pelo ordenamento civil, se viam imbuídos em um estado afetivo tamanho que resolveram estabelecer vida em comum, livres de tutela jurídica específica a disciplinar sua relação.

Essa situação fática demonstra claramente as razões precípua que levam o casal a se unir e a buscar objetivos em comum. Essa valorização do sentimento fez com que se passasse a questionar qual deveria ser o objeto da proteção jurídica tutelada nas relações familiares. Nessa seara, continua a lição de CARBONERA:

Também se transformou o objeto principal da proteção jurídica. A sociedade familiar deixou de ser o elemento central

de proteção, e os sujeitos que a compunham foram deslocados da periferia para o centro das atenções, provocando uma alteração do foco jurídico: não a família, mas seus integrantes é que deveriam receber maior parcela de tutela jurídica. E o afeto, embora não expressamente contemplado pelo ordenamento e sendo ignorado pela doutrina, ingressou no mundo jurídico exatamente pela exclusão, lá demarcando seu território.

Essa constatação faz evidenciar a presença e a necessidade de tutela da afetividade no enfrentamento das questões atinentes às relações familiares, porque os vínculos afetivos ligam-se intrinsecamente aos contornos familiares e, por consequência, conjugais.

Na lição de CANOTILHO, a dignidade da pessoa humana baseia-se na idéia “do indivíduo conformador de si próprio e da sua vida segundo o seu próprio projeto espiritual”. Diante disso, valendo-se do princípio da dignidade da pessoa humana, o indivíduo poderá buscar mecanismos para ver concretizada a sua vontade individual em face dos comandos normativos vigentes.

É na seara da dignidade da pessoa humana que reside a valorização do vínculo afetivo nas relações familiares. Traduzindo-se as relações afetivas como corolário do princípio da dignidade da pessoa humana, há de serem encontradas alternativas que visem a assegurar os reclames individuais em face à ingerência estatal na regulação das relações afetivas. Nessa linha, afirma LÔBO que “cresce, pois, no mundo inteiro a concepção de família como agência do amor, que deve ser garantida, para realização pessoal íntima da pessoa humana”.

Essa valorização afetiva fica bastante clara quando se vislumbram as relações familiares como mecanismo de concretização da felicidade de seus membros. O indivíduo inserido em uma relação calcada pelo afeto apresenta-se muito mais próximo do estado de felicidade por todos almejado. Essa proximidade se reflete na própria maneira de encarar o mundo e passa a delinear sua conduta no ambiente familiar e no próprio convívio social.

Nesse ponto fica presente o deslocamento da família tradicional, que se vê substituída pela família que apresenta como ideário a con-

quista e a manutenção da felicidade de seus membros. Isso pode ser constatado pelo que expõe BOEIRA, ao tecer as seguintes considerações em sua obra:

A família, ao transformar-se, valoriza as relações de sentimentos entre seus membros, numa comunhão de afetividade recíproca no seu interior. Assim, sob uma concepção eudemonista, a família e o casamento passam a existir para o desenvolvimento da pessoa, realizando os seus interesses afetivos e existenciais, como apoio indispensável para a sua formação e estabilidade na vida em sociedade.

É sob essa ótica que se vislumbram as relações familiares atuais, em que a construção da felicidade é elemento presente e norteador da própria gênese familiar. Em vista disso, o sistema jurídico deve receber e evidenciar tal transformação, no sentido de se adaptar aos princípios constitucionais que procuram resguardar a dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, pode-se constatar a importância do vínculo afetivo na consolidação da sociedade conjugal e do vínculo matrimonial, pois, em que pesem estar em jogo aspectos patrimoniais que decorrem dessa relação, o que impera para a consecução da união entre duas pessoas são os aspectos de cunho sentimental, de personalidade, nos quais está embutido o liame afetivo.

É o que se apresenta pelo exposto por BRAUNER, ao afirmar que, “no presente, um casal se une para buscar a felicidade por meio de relações de afeição e solidariedade, que significam os pilares de base para a existência da família moderna. Chega-se, assim, a uma concepção nuclear de família”.

Diante disso, fica evidente a presença da afetividade como impulso ao liame matrimonial, cabendo ao sistema jurídico incorporar essa caracterização no intuito de dar-lhe a proteção jurídica que merece.

Definido o vínculo afetivo como causa a dar ensejo à união entre duas pessoas, imperioso salientar a necessidade da manutenção desse estado para que se possa atingir os objetivos almejados quando

da constituição da conjugalidade, que se traduzem na busca pela realização e engrandecimento pessoal, em uma atmosfera de companheirismo e felicidade. Nessa órbita, cabe evidenciar a lição de BRAUNER, ao afirmar que:

Houve um processo de repersonalização das relações de família, pois o afeto e o direito à felicidade são invocados, sendo que os aspectos ligados ao sangue, ao nome e ao patrimônio cedem lugar, progressivamente, a esta nova concepção de família, talvez mais instável, em virtude das separações e divórcios, mas, certamente, mais autêntica, pois cada membro da família busca a sua realização, e, ao mesmo tempo, almeja-se a satisfação dos interesses do grupo familiar.

Dentro desse contexto familiar, o casal vê-se vinculado a uma relação que lhe permite o desenvolvimento pessoal e que possibilita para si e para os que o cercam a geração e a manutenção de um estado de bem-estar. Isso se apresenta pela atual conjuntura familiar, que tem na nuclearidade o mecanismo de satisfação de seus interesses afetivos e de valorização pessoal.

Por isso, os sentimentos de respeito e consideração mútua precisam estar presentes na conjugalidade, o que refletirá positivamente no ambiente familiar, fortalecendo ainda mais o vínculo afetivo que deu origem à união do casal.

Em vista disso, percebe-se que a sociedade conjugal se mantém atualmente por meio das relações recíprocas de afeto, o que reflete o estado atual de igualdade nas famílias. Essa igualdade permite que cada integrante do seio familiar se comporte com maior liberdade e sinceridade, fazendo com que possa estabelecer-se um estado de harmonia entre os membros da família, o que tende a possibilitar um convívio mais duradouro.

É por essas razões que se tem a comunhão de vida como atmosfera de realização pessoal, em que os cônjuges vivem seu ânimo afetivo de maneira que isso lhes proporcione bem-estar e alegria, da mesma forma que possam desenvolver sua personalidade e lutar com afinco para ver prosperar, no tempo, sua relação.

Por essa proposta, tem-se que a conservação da sociedade conjugal vincula-se intimamente à manutenção do estado afetivo e das relações recíprocas de afeto, fatores que dão abrigo a uma família despatrimonializada, que tem como escopo precípua a possibilidade de ver implementada efetivamente a dignidade de cada um de seus membros.

Embora esteja aberta a possibilidade de dissolução do vínculo conjugal, o quadro normativo apresentado pela legislação ainda impõe certos requisitos para sua efetiva concretização. São condições que precisam estar presentes para que o pedido de separação judicial possa ser aceito, o que irá possibilitar a extinção do vínculo conjugal, permitindo que os ex-cônjuges possam estabelecer uma nova união, devidamente regularizada sob a égide formal.

Considerando que a união entre duas pessoas fica condicionada a sua vontade individual, a legislação impondo limites apenas no que se refere aos impedimentos matrimoniais e à questão da idade núbil, em que imperam razões de cunho biológico e de proteção à integridade pessoal e patrimonial dos envolvidos, não se pode admitir que, nesse mesmo corpo normativo, estejam inseridos muitos entraves ao desfazimento da união matrimonial.

Essa constatação revela a equivocada preocupação do legislador em tentar manter unidas pessoas que assim não o querem, com o intuito de atender questões de “ordem moral”, em uma perspectiva de proteção da “instituição familiar”. Ora, em vez desse tipo de pensamento, deve prosperar a idéia de que as pessoas se unem em busca de sua felicidade individual, encontrando no seu parceiro a alternativa para seu intento.

Por essa razão, a verificação da presença e manutenção desses aspectos afetivos deve condicionar-se exclusivamente aos entes nela envolvidos, de modo que, ao ficar constatada a carência de afeto recíproco, cabe ao Estado assegurar meios menos turbulentos e mais eficazes a possibilitar a extinção do vínculo formal a que estão ligados. Nesse escopo está a lição de OLIVEIRA, ao deixar explícito que:

A manutenção do liame familiar é deixada ao livre arbítrio dos seus membros. O Estado não tem mais o poder, nem tampouco o direito, de impor (normativamente) a união familiar, como fazia anteriormente através de uma legislação

petrificada. Havendo no interior da família afetividade suficiente para vencer os embates e as divergências que naturalmente surgem da união de experiências distintas de cada membro, a família permanecerá unida. Caso contrário, dissolver-se-á, dando nova oportunidade aos seus ex-membros.

Como visto, não são normas jurídicas que irão determinar a manutenção do vínculo conjugal entre duas pessoas. Essa escolha recai tão-somente às partes envolvidas no liame afetivo, que nele se agarram para ver implementadas sua vontade íntima de crescimento e sua afirmação pessoal.

Nesses moldes, a função estatal deve assumir um papel protetor, não no sentido de invasão da órbita individual do ser humano, mas de imbuir-se na luta pela implementação de políticas públicas que irão refletir positivamente na questão social, e, por conseguinte, familiar.

Como visto, as relações familiares desenvolvem-se atualmente com o escopo de efetivação da felicidade de seus membros. Enquanto está presente a idéia de reciprocidade afetiva, o ambiente familiar possibilita aos seus participantes o amparo necessário para que a realização pessoal de cada membro do grupo fique mais próxima de sua concretização.

O núcleo familiar, assim, vincula-se à atitude dos consortes, que se encontram imbuídos em uma relação que poderá prosperar se cada um ceder parcela de sua liberdade em favor da conjugalidade. Nessa linha é o raciocínio desenvolvido por CARBONERA, ao assegurar:

Somente a existência do afeto faz com que pessoas restrinjam sua esfera de liberdade, renunciando a determinados desejos, para que outras também possam crescer e se desenvolver, pois o desenvolvimento de uma produz efeitos benéficos a todas. Em que pese soar estranho tratar de renúncia ou restrição à liberdade, ao mesmo tempo em que se fale da dignidade e igualdade, somente podem ser dignas e iguais as pessoas que respeitam as outras, e isto acontece de forma voluntária quando as pessoas se unem em virtude do afeto. Se assim não fosse, certamente não estaríamos falando de família, onde as pessoas decidem per-

manecer unidas por vontade própria, buscando a realização própria e dos demais, respeitando a esfera da dignidade e da liberdade de cada sujeito.

Percebe-se, dessa maneira, que os contornos dignificantes da relação estão calcados na manutenção do vínculo afetivo entre os cônjuges, na medida em que ambos, justamente pela presença dessa afetividade, lutam pelo projeto de uma vida a dois, sujeitando-se a eventuais intempéries próprias dessa modalidade de relacionamento.

Porém, ao se ver ruir o alicerce que dá sustentação ao enlace conjugal, em que a relação já não subsiste para a realização pessoal de ambos os cônjuges, não há como vislumbrar a continuidade da vida em comum do casal, justamente por faltar o elemento de afetividade recíproca que possibilita a dignificação pessoal dos envolvidos. É o que se percebe do exposto por OLIVEIRA, ao afirmar que, “certamente, se as preocupações destes integrantes forem outras que não a própria felicidade da família, relegando-a a segundo plano e passando a sua frente outras preocupações, este núcleo familiar estará, em pouco tempo, fadado à desintegração”.

Em face disso, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana vem resguardar a possibilidade de extinção da sociedade conjugal em face do desamor. Nessa linha é o pensamento de STOCKINGER, ao expor:

Em vista deste princípio, ninguém deve ser obrigado a permanecer unido ao vínculo matrimonial se acaso assim não desejar, atendendo unicamente aos anseios do outro, e não aos seus próprios. Caso contrário, o cônjuge que se encontra obrigado a permanecer no casamento, em razão da sentença que julgou improcedente a separação litigiosa, estará, em realidade, servindo como mero instrumento para a realização pessoal do outro, estando impedido de buscar fora do vínculo as necessidades que não foram atendidas por meio desta união.

Desse modo, a ausência do elemento afetivo afigura-se como entrave à realização pessoal dos envolvidos no liame conjugal, transparecendo que é indigno a cada um dos cônjuges permanecer atrelado a uma relação que já não lhe traz benefício na ordem sentimental.

No mais, a constatação de que o projeto conjugal, pela carência de reciprocidade afetiva, já não atende aos interesses de cada parceiro, traz consigo o sentimento de fracasso, visto que a almejada felicidade “a dois” dificilmente poderá ser concretizada.

Adotando-se o princípio da ruptura a fim de determinar a extinção da sociedade conjugal, resta afastada a busca de um culpado pelo término da relação. O que deve ser vislumbrado, a fim de se obter a separação judicial, é a impossibilidade de vida em comum apresentada pelo casal, levando-se em conta os aspectos afetivos que envolvem as relações conjugais, afinal, como explica OLIVEIRA, “a afetividade é instrumento ou de manutenção da união familiar ou de seu desfalecimento diante da constatação, pelos membros da família, de que entre eles já não existe mais força suficiente para manter unidos os laços da união”.

Nessa senda, observando o texto do novo Código Civil, percebe-se que o parágrafo único do art. 1.573 abre a possibilidade de o juiz considerar outros fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum. O legislador permite que não sejam apenas consideradas as hipóteses previstas nos incisos do citado artigo, a revelar motivos que podem fundamentar o pedido de separação judicial. Por esse prisma, a considerar-se o afeto como fator preponderante para a manutenção da sociedade conjugal, a ausência deste vínculo afetivo deve ser ponderada na impossibilidade da vida em comum do casal.

Esse entendimento encontra respaldo na atual conjuntura familiar, tendo em vista que os aspectos relacionados ao direito de família, hodiernamente, evidenciam o afeto como o elemento norteador das relações familiares.

Considerando que os direitos individuais, no que se refere às relações afetivas, devem sobrepor-se à vontade do legislador, cabe a ele analisar cada caso concreto sob a ótica dos direitos fundamentais dos envolvidos, com a prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana. Isto é, verificada a impossibilidade de vida em comum entre o casal,

motivada pela carência de reciprocidade afetiva, apesar de não haver previsão legal expressa para basear a extinção da sociedade conjugal, recorre-se ao princípio da dignidade da pessoa humana para ver-se possível tal intento, já que ninguém é obrigado a permanecer unido a outra pessoa somente por não haver possibilidade legal para o desfazimento da relação. Esse é o entendimento de CARBONERA, ao afirmar:

Quando duas pessoas põem fim a uma união, seja ou não em razão da existência de culpa, revela-se o fim da comunhão de vida. Significa que, embora tenham elas compartilhado, por algum tempo, o mesmo espaço e a mesma vida, isto não é mais possível. Desta forma, a presença do afeto, que não é perquirida no momento da celebração do casamento, e, tampouco, é requisito de sua existência, revela claramente sua anterior existência no momento da dissolução.

Nesse sentido também é a lição de STOCKINGER, quando expõe:

Todavia, não se trata de cancelar a dissolução do vínculo porque uma das partes em dado momento manifestou, simplesmente, não possuir mais amor pela outra. Os sentimentos humanos são muitas vezes incompreensíveis e não encontram razão aparente mesmo para a própria pessoa. Por isto, o que importa, em verdade, não é somente a mera declaração de desamor realizada em momento inesperado, pois esta declaração pode ser proferida em instante de tormento ou confusão, além de, talvez, ser injusta ao outro cônjuge. O importante sim é examinar se a vida do casal, por um precedente lapso de tempo, não possuía mais o liame necessário para a sua permanência. Trata-se, neste passo, como afirma a jurisprudência recente, de adotar o princípio da ruptura como causa para a separação litigiosa.

Nessa seara, vê-se que a carência de reciprocidade afetiva entre o casal afigura-se perfeitamente como uma causa a determinar a extinção da

sociedade conjugal, pois evidentemente ela acarreta a insuportabilidade de vida em comum. Esse entendimento vai ao encontro do princípio da dignidade da pessoa humana, porque duas pessoas não podem ser obrigadas a permanecer unidas sem que esteja presente o ânimo afetivo entre elas.

Não é outro o entendimento de CARBONERA, ao assinalar que “é possível novamente destacar a valorização dos sujeitos em relação ao vínculo jurídico que os une. Se chegou ao fim o afeto, e a infelicidade se aproxima assustadoramente, a solução jurídica é liberar as pessoas para que continuem procurando sua realização pessoal”.

Diante disso, cabe evidenciar a hipótese prevista no art. 1.573, parágrafo único, do novo Código Civil, enaltecendo que a quebra da reciprocidade afetiva pode dar ensejo à impossibilidade de vida em comum, o que poderá determinar a extinção da sociedade conjugal.

A inovação trazida pelo citado dispositivo legal, em que pese a alegação de que ele realmente está em desacordo com a sistemática adotada de enumeração dos casos que se moldam como definidores da impossibilidade de comunhão de vida, ao inserir uma proposição de cunho genérico, permite que sejam incorporados os aspectos atinentes à afetividade. Nesse aspecto é o que dispõe SANTOS, ao assinalar que o parágrafo, introduzido após o rol das hipóteses do art. 1.573, é:

[...] uma hipótese de extremada abertura, ensejando, na linha do que já vinha sendo até agora decidido, a viabilidade de ser decretada a separação judicial com fundamento exclusivo na impossibilidade de continuação da vida em comum, pela ausência da *affectio* que constitui a própria razão de ser do relacionamento conjugal.

Na mesma linha de raciocínio, cabe ressaltar o exposto por BRAUNER, quando afirma:

Consolidou-se a noção de afeto como suporte do casamento, sendo que, quando o sentimento de amor desaparece, torna-se plenamente aceitável o rompimento da sociedade conjugal e a possibilidade futura, dos ex-cônjuges, de vir a

recompor a vida familiar com outro par (famílias reconstituídas ou seqüenciais). Desdramatizou-se assim, paulatinamente, a ruptura do vínculo matrimonial garantindo-se maior autenticidade nas relações conjugais.

Essa orientação permite que se dê um tratamento fundamentado na dignidade dos envolvidos na relação conjugal, uma vez que permite aos cônjuges a libertação de um relacionamento que já não lhes traz felicidade, possibilitando a retomada de suas vidas e a busca por uma nova união.

A jurisprudência buscou apresentar os contornos necessários à evidenciação da insuportabilidade de vida em comum, a fim de que pudesse ser decretada extinta a sociedade conjugal.

No sentido de a ausência de reciprocidade afetiva poder dar ensejo à separação judicial, vê-se o disposto no seguinte acórdão expedido pela Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

SEPARAÇÃO JUDICIAL – CULPA – IDENTIFICAÇÃO DO RESPONSÁVEL PELO TÉRMINO DA RELAÇÃO CONJUGAL – DESNECESSIDADE – Segundo entendimento já sedimentado nesta Câmara, não se pode atribuir a responsabilidade pela falência da vida familiar a qualquer uma das partes, mas tão-somente à corrosão dos sentimentos, ao desamor que se instala no seio da relação. Afastada a imposição de culpa, mantém-se o decreto de separação judicial.

O Superior Tribunal de Justiça tem prestigiado as decisões gaúchas, decretando a separação judicial mesmo sem a prova da culpa, quando esta for alegada em ação e reconvenção. É o que se pode perceber pela ementa da decisão proferida pela sua Quarta Turma:

SEPARAÇÃO – AÇÃO E RECONVENÇÃO – IMPROCEDÊNCIA DE AMBOS OS PEDIDOS – POSSIBILIDADE DA DECRETAÇÃO DA SEPARAÇÃO – Evidenciada a insuportabilidade da vida em comum, e mani-

festado por ambos os cônjuges, pela ação e reconvenção, o propósito de se separarem, o mais conveniente é reconhecer esse fato e decretar a separação, sem imputação de causa a qualquer das partes.

Desse modo, valendo-se da disposição que permite a perquirição de outros fatos que denotem a impossibilidade de vida em comum, o julgador deve dar ênfase ao liame afetivo presente nas relações conjugais, de maneira que, ao se vislumbrar a insubsistência da reciprocidade afetiva que levou à união, o decreto de separação judicial poderá ser efetivado.

Esse entendimento, além de reforçar a idéia do afeto como norteador das relações familiares, explicita a aplicação do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana ao admitir o ser humano como o próprio condutor de seus objetivos, livre da vinculação estritamente ligada aos ditames normativos impostos pelo Estado.

Imperioso, ainda, assinalar que a pessoa deve ter preservada sua liberdade, não é lícito ao aparato judicial adentrar em sua intimidade na busca das razões definidas pela legislação para poder ter sucesso no seu intento de separação judicial. Nessa linha expõe PEREIRA, ao concluir que:

Não é possível pensar em liberdade se as pessoas não puderem ser sujeitos da própria vida e do próprio destino e desejo. A verdadeira liberdade é aquela em que os sujeitos de direito não estejam assujeitados aos ordenamentos jurídicos excludentes das diferentes e diversas formas de constituição de famílias, ou nos ordenamentos jurídicos que sobrepõem a forma à essência e ainda não consideram o afeto como norteador e condutor da organização jurídica sobre a família. A verdadeira liberdade e ideal de justiça estão naqueles ordenamentos jurídicos que asseguram um direito de família que compreenda a essência da vida: dar e receber amor.

Diante disso, a interpretação dos comandos normativos vigentes deve levar em consideração os aspectos relativos à afetividade que rodeiam as relações familiares, de modo que sejam enfatizados os direitos de personalidade e o princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim, ao se enaltecer o valor jurídico do afeto, dar-se-á ênfase aos direitos de liberdade e igualdade na constância da vida conjugal, que, recebendo proteção constitucional, passaram a constituir e refletir o estágio atual das relações familiares, calcadas muito mais no sentimento existente entre os envolvidos do que nos aspectos de cunho patrimonial decorrentes dessa relação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- _____. *De frente para a Constituição*. Boletim IBDFAM, n. 21, jul./ago. 2003.
- BOEIRA, José Bernardo Ramos. *Investigação de paternidade: posse de estado de filho – paternidade socioafetiva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n.467.184/SP*, 4ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, J. 5/12/2002.
- BRAUNER, Maria Claudia Crespo. *As novas orientações do direito de família*. In: _____ (org.). *O direito de família: descobrindo novos caminhos*. São Leopoldo: Edição da Autora, 2001.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- CARBONERA, Silvana Maria. *O papel jurídico do afeto nas relações de família*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.) *Repensando o direito de família: Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: IBDFAM, OAB/MG, 1999.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. *A repersonalização das relações de família*. In: BITTAR, Carlos Alberto (coord.). *O direito de família e a constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos constitucionais do direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A culpa no desenlace conjugal*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; LEITE, Eduardo de Oliveira (coords.). *Repertório de doutrina sobre direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 4, 1999.
- _____. *Família: direitos humanos, psicanálise e inclusão social*. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, v. 4, n. 16, jan./fev./mar. 2003. p.7.
- RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n. 70005842380*, 7ª Câmara Cível, Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, J. 18.06.2003.

SANTOS, Luiz Felipe Brasil. *A separação judicial e o divórcio no novo Código Civil*. In: SARLET, Ingo Wolfgang. O novo código civil e a constituição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

STOCKINGER, Francisco Tiago Duarte. *Família constitucional, separação litigiosa e culpa*. In: PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel (orgs.). Tendências constitucionais no direito de família. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

O DANO MORAL E SUA REPARABILIDADE NO DIREITO DE FAMÍLIA

Elizabete Alves de Aguiar

Juíza de Direito no Estado do Rio de Janeiro. Mestranda pela
UNESA.

O DANO MORAL E SUA REPARABILIDADE NO DIREITO DE FAMÍLIA

Elizabete Alves de Aguiar

SUMÁRIO: Resumo; 1. Introdução; 2. Considerações gerais sobre o dano moral; 3. Responsabilidade civil por danos decorrentes do rompimento da promessa de casamento; 4. Reparação civil por danos morais decorrentes da ruptura e violação dos deveres do casamento; 5. Reparação civil por danos morais decorrentes do rompimento e violação dos deveres da união estável; 6. Conclusão; 7. Bibliografia.

RESUMO

Aborda este trabalho, de maneira sucinta, a problemática da reparação do dano moral decorrente da dissolução do casamento e da violação dos deveres matrimoniais e dos oriundos do concubinato puro erigido em união estável, norteado a partir de análises e estudos de observações advindas da realidade e da prática. As novas tendências do Direito de Família, colocando ao lado do matrimônio a união estável como entidade familiar, obrigam-nos a reflexões sobre a responsabilidade civil na esfera jurídico-familiar, haja vista a timidez no campo prático da postulação de indenização por danos morais, inobstante tenha a Constituição da República, no inc. X, do art. 5º, consagrado de forma ampla e sem quaisquer restrições a reparação por dano moral.

1. INTRODUÇÃO

A família, como base da sociedade, pela nova ordem constitucional, passou a abranger nos termos do art. 226, §§ 1º e 2º, o casamento civil, o casamento religioso, com efeito civil, nos termos da lei. Inclui-se também dentro do conceito de família a figura da união estável, alçada à categoria de entidade familiar para efeito de proteção estatal, traçadas suas linhas gerais no § 3º do mesmo artigo.

O casamento, tido por CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, CLÓVIS BEVILÁQUA e outros, como um contrato de direito de família, sendo um ato complexo que reúne o elemento volitivo (contratual) ao elemento institucional, é concebido como uma instituição em que os nubentes ingressam manifestando suas vontades de acordo com a lei. O casamento civil foi estabelecido pelo Decreto n. 181/1990, e tratado no CCB, nos arts. 180/228, tem seus efeitos jurídicos disciplinados pelos arts. 229 a 255, cuidando os arts. 256 a 314 dos regimes de bens. Já o casamento religioso com efeitos civis, foi regulamentado pela Lei n. 379/37, reestruturada pela Lei n. 1.110/50, também reconhecido pelo § 2.º do art. 226 da Constituição de 1988.

A união estável constitui instituição jurídica ao lado do casamento, exigindo, como este, pressupostos para a sua constituição, elementos de conteúdo consubstanciados em deveres e direitos a serem observados pelos conviventes, a regulamentação em relação a patrimônio porventura existente, normas sobre a administração da sociedade dos conviventes, e ainda regras atinentes a direitos e deveres de ordem pessoal, moral e patrimonial, e também as formas de extinção da união estável e o destino do acervo patrimonial a título sucessório.

Não obstante possa se igualar ao matrimônio civil legalmente constituído, a união estável em muito se aproxima desta instituição, tanto que, mesmo não havendo sua conversão em casamento, produz vários e relevantes efeitos jurídicos. Disciplinada pela Lei n.9.278, de 10/5/96, constitui uma instituição caracterizada por uma união de fato, cujos pressupostos são de três ordens: a) convivência *more uxório*, em regra, sob o mesmo teto, com *affectio maritalis* (como se houvesse casamento); b) publicidade e continuidade da convivência; c) serem os conviventes livres (solteiros, viúvos, divorciados ou separados de fato), pois a união estável (concubinato puro) pode ser convertida em casamento.

Tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei n. 2.686/96, dispondo sobre o Estatuto da União Estável, em substituição à legislação vigente, sendo que ab-rogará expressamente as Leis ns. 8971/94 e 9.278/96, dando nova definição de união estável, exigindo para a sua configuração o prazo mínimo de cinco anos de vida em comum sob o mesmo teto ou dois anos se resultar prole.

Quanto ao estado civil dos conviventes, há exigência de desimpedimento matrimonial ou que os companheiros sejam separados judicialmente ou de fato, estabelecendo como direitos e deveres a serem observados por ambos os companheiros, um em relação ao outro, a lealdade (correspondente ao dever de fidelidade entre os casados - art. 231 do Código Civil), respeito e consideração, e a assistência material e moral, com o conseqüente dever da prestação alimentícia na hipótese da dissolução da vida em comum.

2. CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE DANO MORAL

A reparação civil pelo dano moral tem causado grande polêmica, notadamente no que se refere ao Direito de Família.

É inconteste que todo o dano oriundo de um ato praticado em desacordo com a ordem legal e lesivo ao direito de outrem importando na violação do ordenamento jurídico, deve ser indenizado. Havendo violação de um direito que configure ofensa à sociedade por infração de preceito indispensável, tem-se um ilícito penal, e ao reverso, se a violação for a um direito subjetivo privado, estar-se-á diante de um ilícito civil, acarretando a responsabilidade civil.

Para a configuração do ato ilícito a ensejar a responsabilidade civil, mister a existência de um fato lesivo voluntário comissivo ou omissivo, a ocorrência de um dano patrimonial ou moral, o nexo causal entre o dano e o comportamento do causador deste, e ainda, se subjetiva a responsabilidade, a existência da culpa.

Em relação ao dano sofrido por aquele que é atingido em um bem jurídico, pode ser este patrimonial ou material, quando atinge a pessoa ou a coisa objetivamente, causando-lhe prejuízos de ordem econômica, moral ou pessoal, quando atinge a pessoa ou a coisa pelo lado subjetivo, no que respeita a personalidade ou lado afetivo que a coisa possa representar, abrangendo abalo dos sentimentos e lesão a todos e quaisquer bens ou interesses pessoais, com exceção dos econômicos. Enquadra também no dano pessoal o chamado dano estético, desde que cause humilhação e desgostos de molde a originar uma dor moral. É a responsabilidade civil subjetiva, quando fundada na culpa, bipartindo-

se em contratual e extracontratual, nominada também de aquiliana ou delitual, decorrendo a primeira de quebra de normas contratuais e a segunda, de ilícito civil.

Apesar de não consignar explicitamente a expressão dano moral, o CCB/1916 admite e prevê o dano moral puro ou em conjunto com o dano patrimonial, em vários de seus dispositivos, a saber:

Art. 1.537 – Homicídio – indenização à família da vítima de homicídio, bem como aos dependentes destas, em forma de prestação de alimentos, com o pagamento de verbas do tratamento médico da vítima, de seu funeral e do luto da família;

Art. 1.538, *caput* – Lesão corporal – indenização em caso de ferimento ou outra ofensa a saúde. § 1º – aleijão ou deformidade. § 2º – aleijão ou deformidade em mulher solteira ou viúva – indenização consistente no pagamento de um dote de acordo com as posses do ofensor, as circunstâncias da ofendida e a gravidade do defeito, se a pessoa lesionada for mulher solteira ou viúva ainda capaz de se casar;

Art. 1.539 – perda ou diminuição permanente da capacidade de trabalho que possa resultar defeito;

Art. 1.547 – Crimes contra a honra (injúria, calúnia e difamação)- No caso a norma só prevê a reparação em havendo reflexos patrimoniais do dano moral, deixando este sem nenhum ressarcimento. Entretanto, em não sendo possível a prova dos prejuízos materiais, o ofensor pagará o dobro da multa no grau máximo da pena criminal respectiva, o que equivale na realidade a danos morais.

Art. 1.548 – A mulher agravada em sua honra por crimes contra os costumes (estupro, atentado violento ao pudor, sedução e rapto) terá direito a exigir do ofensor se este não puder ou não quiser reparar o mal pelo casamento, um dote correspondente a sua própria condição e estado.

Art. 1.550 – ofensa à liberdade pessoal – casos de cárcere privado, prisão por queixa ou denúncia falsa e de má-fé, ou prisão ilegal – a reparação baseada em multa criminal, consiste em ressarcibilidade dos danos morais.

No atinente aos critérios adotados para fixação do dano moral, convém fazer menção ao previsto no art.1538 do CCB, o qual prevê o pagamento da indenização e importância da multa no grau médio da pena criminal correspondente, devendo-se levar em consideração os critérios estabelecidos no art. 49 do Código Penal para a fixação da pena de multa, mínimo de 10 e máximo de 360 dias multa, a ser o valor do dia multa fixado pelo juiz, não podendo ser inferior a 1/30 avos do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, atendendo o julgador à situação econômica do réu, poderá triplicar a multa se entender que esta é ineficaz, embora aplicada ao máximo. O art. 1.547, parágrafo único, prevê o pagamento da indenização em quantia equivalente ao dobro da multa no grau máximo da pena criminal respectiva, devendo-se levar em consideração os critérios estabelecidos no art. 49 do Código Penal para a fixação da pena de multa. A Lei n. 4.117/62 (Lei de Telecomunicações), em seu art. 84, prevê a variação de 5 a 100 salários mínimos, como valores indenizatórios. A Lei n. 5.250/67 (Lei de Imprensa) prevê o *quantum* remuneratório em até 200 salários-mínimos, entretanto, tais critérios passaram a ser paulatinamente abandonados pelo Tribunais pátrios após a vigência da CRFB/88.

A indenização pelos danos morais começou a ser fixada por meio de arbitramento, cabe ao juiz avaliar a reparação em consonância com a intensidade do sofrimento, sobretudo temporal e de acordo com as condições pessoais do ofendido, notadamente, sua idade, seu estado civil, sua condição econômico-financeira, suas atividades preponderantes, etc, não havendo óbice que as indenizações, por dano material e moral oriundos do mesmo fato, sejam cumuladas, conforme entendimento do Enunciado n. 37 da Súmula do STJ, e seus respectivos precedentes.

No campo do Direito de Família, entendendo-se que o casamento civil, e a união estável são instituições, a responsabilidade civil oriunda da violação dos deveres matrimoniais ou dos decorrentes da união estável, insere-se no campo da responsabilidade civil subjetiva extracontratual ou aquiliana, podendo ensejar a reparação por danos morais.

3. RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS DECORRENTES DO ROMPIMENTO DA PROMESSA DE CASAMENTO

No pertinente ao cabimento de reparação de danos morais em decorrência da ruptura da promessa de casamento, controvertida é a doutrina. Há os que negam cabimento à reparação por danos morais em tal caso, sob o argumento de que um noivado ou namoro sólidos e duradouros que fossem rompidos abruptamente e sem motivos não faz nascer a responsabilidade civil por danos morais, pois esses “compromissos” não induzem início de execução por não se traduzir em um contrato, importando o rompimento da “promessa de casamento” tão- só na possibilidade de ressarcimento por danos materiais, porque o desfazimento de tal “compromisso amoroso” fica na dependência de motivos de ordem subjetiva e afetiva, inerentes ao ser humano.

Ao discorrer sobre a matéria, Yussef Said CAHALI, referindo-se ao direito francês, citando DEMOGUE, o qual salienta que a ruptura, sem motivo, da promessa de casamento, pode dar lugar a uma indenização, em face às suspeitas que ela fará pesar sobre a pessoa abandonada; e CARBONNIER ajunta que, se a reparação pode concernir a um prejuízo de ordem material, é mais comum invocar-se o dano moral causado à noiva, uma vez que atingindo a sua reputação. Anota ainda o mesmo autor que:

... como é sabido, o nosso legislador houve por bem não disciplinar os esponsais como instituto autônomo; preferiu-se, conforme assinala uníssona doutrina, deixar a responsabilidade civil pelo rompimento da promessa sujeita à regra geral do ato ilícito. Daí concluir-se que o silêncio do Código Civil não obsta a que os esponsais possam dar causa a indenização de danos. Assim, não ficando comprovados motivos ponderáveis ao desfazimento do noivado, assiste ao prejudicado o direito de ser ressarcido dos prejuízos.

... o instituto dos esponsais é disciplinado em várias legislações modernas, havendo algumas que o consideram verdadeiro contrato, cujo inadimplemento produz a obrigação plena de indenizar (Códigos Civis alemão e suíço, leis escandinavas e

direito anglo-americano). Outras não o tratam como um contrato, mas atribuem à parte repudiada uma indenização (Códigos Civis austríaco, espanhol, holandês, italiano, grego, mexicano, peruano, português venezuelano). Os Códigos Civis brasileiro, francês e romeno silenciam completamente a respeito, enquanto outros, como o argentino, o chileno, o colombiano e o uruguaio, expressamente negam-lhe qualquer efeito.¹

Consoante Wladimir VALLER:

... a ruptura da promessa de casamento sem justa causa sempre produz dano moral, especialmente em relação à noiva, citando o exemplo, da mulher que, diante do noivado, com a promessa de casamento imediato, passa a coabitar com o noivo, assumindo com isso uma condição de vida que certamente lhe acarretará um prejuízo moral, se o noivado for desfeito.

Não obstante entendimentos doutrinários e jurisprudenciais contrários que negam a reparação pelos danos morais em decorrência do rompimento unilateral de noivado, admitindo tão-só o ressarcimento pelos danos patrimoniais, há que se salientar que, restando comprovado que o rompimento foi abusivo e injustificado e que houve violação do princípio da boa-fé, nada impede que seja pleiteada e concedida a reparação pelos danos morais, notadamente havendo prejuízos em decorrência de ofensa à honra, à imagem, ao nome da pessoa ofendida, haja vista que a Constituição da República, no inc. X de seu art. 5º, consagra expressamente a indenização pelo dano moral pela violação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas. Com efeito, em casos tais, vai ganhando espaço o entendimento de que a indenização deve ser a mais ampla possível, abarcando tanto os danos patrimoniais oriundos de quaisquer despesas, bem como os danos de ordem moral, com âncora no art. 159 do CCB.

A respeito da matéria, o TJSP em atualíssima decisão, constante da RT 639/58, concedeu indenização de forma cumulativa por dano material e moral em caso de rompimento imotivado de noivado às vésperas de casamento.

(1) ESPÍNOLA, Eduardo. *Apud*. Antônio Chaves, Lições de Direito Civil São Paulo: Ed. RT, 1974, p.74.

4. REPARAÇÃO CIVIL POR DANOS MORAIS DECORRENTES DA RUPTURA E VIOLAÇÃO DOS DEVERES DO CASAMENTO

Prestigiando a família como base da sociedade e com especial proteção estatal, a Constituição da República Federativa do Brasil consigna, no § 5º do art. 226, que “ Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

Com efeito, com o matrimônio nasce a família legítima, impondo-se deveres para ambos os consortes, merecendo especial relevo os atinentes à fidelidade recíproca, a coabitação no domicílio conjugal e a mútua assistência, elencados no art. 231 do CCB.

Há grande resistência quanto ao cabimento da reparação pelos danos morais oriundos do rompimento do matrimônio e da violação dos deveres deste.

Argumentam aqueles que são contrários à reparabilidade dos danos morais nestas hipóteses, sustentando que, por mais que repugne à moral e aos bons costumes, o rompimento do casamento por atos ilícitos praticados por um dos cônjuges contra o outro ou de um terceiro em conjunto com um dos consortes na “hipótese de adultério”, incabível é a reparação por danos morais em decorrência de tais atos, ficando a censura destes por conta das normas de direito de família que acarretam a perda do direito a alimentos e à guarda dos filhos menores, as possíveis restrições ao direito de visita a estes, a proibição à manutenção do apelido do marido, etc.

No revogado art. 317, o CCB discriminava os motivos para o desquite: adultério, tentativa de morte, sevícia ou injúria grave e abandono voluntário do lar conjugal durante dois anos contínuos. Na mesma esteira trata a matéria, o art. 1577 do Projeto de Lei n. 634, do Código Civil recentemente aprovado no Senado:

Art. 1577 – Considerar-se-á impossível a comunhão de vida tão-somente se ocorrer algum dos seguintes motivos:

I– Adultério.

II – Tentativa de morte.

III – Sevícia ou injúria grave.

IV – Abandono voluntário do lar conjugal, durante um ano contínuo.

V – Conduta desonrosa.

No atinente ao rompimento culposo do casamento, a importar reparação por danos morais, vislumbra-se abalizados entendimentos favoráveis ao cabimento de indenização.

Wladimir VALLER expõe:

A violação dos deveres explícitos ou implícitos do casamento, constituindo ofensa à honra e a dignidade do consorte, caracteriza injúria grave, e, por conseguinte, pressuposto autorizador da separação judicial. A separação judicial ou o divórcio importam em um dano para o cônjuge atingido pela conduta antijurídica do outro, violadora dos valores conjugais que sustentam as relações familiares, ensejando a reparação dos danos meramente patrimoniais, como também dos danos morais. Absolutamente inaceitável o entendimento de que pela ruptura do casamento, o cônjuge culpado deve responder apenas pela obrigação alimentar e pela possível perda da guarda dos filhos. A nulidade ou a anulação do casamento (arts. 207 e 224 do CCB) também ensejaram a reparação do dano moral por parte do cônjuge que deu causa à nulidade ou à anulação, pois estas importam em um dano para o cônjuge inocente ou enganado, provocado pela conduta antijurídica do contraente de má-fé.

Traz-se a lume também o escólio de Mário Moacyr PORTO:

A concessão judicial da pensão não tira do cônjuge abandonado a faculdade de demandar o cônjuge culpado para obter uma indenização por outro prejuízo que porventura tenha sofrido ou advindo do comportamento reprovável do outro cônjuge, de acordo com o disposto no art. 159 do Código Civil.

Continua o mesmo autor:

A pensão a que alude o art. 19 da Lei do Divórcio repara tão-somente o prejuízo que sofre o cônjuge inocente com a injusta supressão do dever de socorro. Outros prejuízos que resultarem da separação litigiosa ou do divórcio poderão ser ressarcidos com apoio nas regras do direito comum, isto é, na conformidade do art. 159 do Código Civil. Não ocorre, assim, uma dupla indenização pelo mesmo dano, mas indenizações diversas de prejuízos diferentes.

Sustenta ainda o escoliasta a possibilidade de ação de indenização, a ser promovida pelo cônjuge inocente contra o cônjuge culpado, na hipótese de anulação do casamento putativo, expondo: “... no caso de a boa – fé limitar-se a um dos cônjuges (parágrafo único do art. 221 do CC), afigura-se-nos fora de dúvida que o cônjuge inocente poderá promover uma ação de indenização do dano que sofreu contra o cônjuge culpado, com apoio no art. 159 do Código Civil.”

Constituindo o adultério violação do dever de fidelidade conjugal, questiona-se se esse pode acarretar reparação civil. Respondendo tal questão, leciona Aguiar DIAS:

À luz dos princípios expostos, não se pode senão sustentar a afirmativa. Sem cogitar do dano moral que incontestavelmente acarreta, o adultério pode produzir dano material e, em presença dele a admissibilidade da ação reparatória não pode sofrer objeção, ainda por parte dos que se negam a reconhecer a reparabilidade do dano moral.

Recentemente, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro negou o cabimento de danos morais em decorrência da dissolução do casamento pelo divórcio, conforme a Ementa do acórdão, *in expressis*:

Emenda n. 16 Divórcio Direto – art. 40 da Lei Divórcio. Divórcio. Dano Material. Dano Moral. Indeferimento. Divórcio. Danos Morais. Reparação. Inadmissibilidade. 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 apor 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 as regras próprias das obrigações. Recurso improvido (JCR). (Apelação Cível n. 14.156/1998 – Reg. e, 15/6/1999 – Capital – 14.^a Câmara Cível – Unânime. Des. Marlan Marinho – julg.: 13/5/1999).

A par de não se ter notícia de jurisprudência pátria em caso de reparação por dano moral ou material que tenha se originado do adultério, convém salientar que os pretórios franceses já se manifestaram a respeito concedendo ao cônjuge traído ação de reparação contra o cônjuge adúltero e seu cúmplice (cf. Lalou., ob.cit., n. 710, p. 367; Savatier, ob. cit., n. 9, p. 13).²

É oportuno fazer referência que, no vizinho Uruguai, houve decisão datada de 6/3/89 que admitiu reparação por dano moral que teve como fato causador o adultério praticado pelo marido que gerou como conseqüências danos à esposa que teve que se submeter a tratamentos médicos, a qual teve como seqüelas problemas sérios em face ao ato ilícito praticado pelo cônjuge, sendo arbitrada indenização pelo dano moral sofrido.

Também na Argentina, com fundamento nas regras gerais de responsabilidade civil insertas no Código Civil Argentino (arts. 1.077/1.109), já houve decisão admitindo indenização por danos morais, a ser suportado pelo cônjuge causador do rompimento do casamento.

(2) Mazeaud et Mazeaud, t.2.n.1494, p.546 e Lalou, ob.cit. n.915, nota 1, p. 430.

Importa trazer à colação o voto vencido do Ministro Athos Gusmão Carneiro, quando Desembargador da 1ª Câmara Cível do TJRS, no Ac. 36.016, em 17-3-81, que, discordando do eminente Yussef Said CAHALI, em Ação de Responsabilidade Civil intentada pela esposa após separação judicial, a que deu causa o marido a sevícias e injúrias contra ela perpetradas, e acolhendo a pretensão, admitia a reparação por danos morais, mediante liquidação por arbitramento com amparo no art. 1.553 do CCB, asseverou o seguinte:

... quer-me parecer encontram origem completamente diferente a pensão alimentícia que o cônjuge culpado deve ao cônjuge inocente e pobre, pensão que substitui o dever de assistência, e a indenização por danos morais sofridos pelo cônjuge inocente. Caio Mário da Silva Pereira ('Instituições do Direito Civil', t. V, Forense, n. 408), em tratando dos efeitos do desquite, afirmou: 'Afora os alimentos, que suprem a perda de assistência direta, poderá ainda ocorrer a indenização por perdas e danos (dano patrimonial e dano moral), em face do prejuízo sofrido pelo cônjuge inocente' (ob. cit., ed. 1972, p. 155). (RT, 560: 178-86).

Considerando que a violação dos deveres do casamento, a par das vezes, se caracteriza por atos ilícitos e crimes perpetrados por um cônjuge contra o outro, deve-se interpretar o inc. X do art. 5º da CRFB/88 e o art. 159 do CCB com o maior alargamento possível, admitindo-se como possível a reparabilidade do dano moral injustamente causado pelo cônjuge culpado ao cônjuge inocente.

5. REPARAÇÃO CIVIL POR DANOS MORAIS DECORRENTES DO ROMPIMENTO E VIOLAÇÃO DOS DEVERES DA UNIÃO ESTÁVEL

O art. 226 da CRFB, apenas para a proteção do Estado, reconheceu, em seu § 3º, a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar. Regulamentado o § 3º do art. 226 da CRFB/

88, pela Lei n. 9.278, de 10/5/96, a qual deu novos contornos a união estável que não haviam sido objeto de disciplina pela anterior Lei n. 8971, de 29/12/94, não estabeleceu tal diploma legal igualdade de direitos entre a sociedade matrimonial e as uniões de fato, procurando equipará-la com temperamentos, como instituição jurídica que é, ao casamento, apesar de não igualá-la a este.

A união estável não exige formalidades como se dá no casamento, pelo processo de habilitação, não obstante venha surgindo na prática convenções escritas, rotuladas de “contratos de convivência ou de união estável”, constando nestes, direitos e deveres, sendo que tais compromissos não equiparam a união estável ao casamento, nem os transformam em processo de habilitação ou de pacto antenupcial. O direito nacional em decorrência da realidade fática, atendendo aos reclamos sociais institui, em substituição à anterior figura do concubinato, a união estável, caracterizando-se esta por uma relação informal e união de fato pública, notória e duradoura, como se os conviventes casados fossem, erigindo-a à condição de entidade familiar, e inserindo-a no campo do Direito de Família ao lado do casamento.

Pela Lei n.9.278/96 restaram assegurados aos conviventes, deveres e direitos relacionados nos arts. 2º e 7º, dentre os quais, destacam-se em especial os de respeito e consideração, assistência material (alimentos) e assistência moral.

Em relação à extinção ou dissolução da união estável, esta se dá por duas formas: a) por morte de um dos conviventes – art. 7º, § 1º; b) por rescisão (violação dos deveres da união previstos nos incisos I a III do art. 2º e art. 7º, *caput*). Cabem alimentos (dissolução sanção).

A questão que se apresenta diz respeito ao cabimento da responsabilidade civil em decorrência do desaparecimento da união estável por rescisão, tendo como causa a violação dos deveres previstos na lei regulamentadora.

No que diz respeito à ruptura do concubinato, consoante o escólio de Aguiar DIAS, “A doutrina e a jurisprudência esclarecem, sem discrepância, que o estado de concubinato pode ser rompido a qualquer instante, qualquer que seja o tempo de sua duração, sem que ao concubino abandonado assista direito à indenização pelo simples fato da ruptura”.

Afastado o problema da sedução, que complica o do que estamos tratando, não há senão concordar com a orientação que não reconhece direito à reparação com fundamento no mero fato do concubinato “... reconhecendo, contudo, nessa orientação, ‘um critério masculino e imoral de ver as coisas’”.³

Anota SAVATIER, citado por AGUIAR DIAS, “... Sem nenhuma dúvida, é um miserável o homem que, depois de ter vivido longos anos com uma mulher, a atire repentinamente à sarjeta. De forma que, em certas circunstâncias, é possível reconhecer a sua responsabilidade, principalmente se se trata de ligação a que precedeu sedução; se o concubinato não resultou de sedução, nem é, em face das circunstâncias, abusivo, não tem lugar qualquer reparação).”

Não obstante, os pretórios franceses negarem reparação, ainda quando o concubinato seja prolongado e quando haja de parte do autor do rompimento uma promessa de casamento, tanto a anterior como concomitante às relações sexuais, sustenta José de Aguiar DIAS que não sufraga tal ponto de vista, uma vez que se deve atentar para o peso das circunstâncias, salientando que a jovem da cidade, melhor instruída não pode ser equiparada à operária analfabeta, impressionada com a riqueza do sedutor; que a união prolongada de que resulte prole, não pode ser considerada nos mesmos termos em que se aprecia o concubinato estéril; que a ruptura da união livre, quando a mulher seja capaz de conseguir uma colocação, tem as mesmas conseqüências do rompimento em época em que a mulher, já velha, nada mais possa conseguir e tenha de enfrentar a miséria; que o indivíduo que, induzindo a mulher honesta a viver com ele, determine perda de sua situação social ou do seu emprego, possa fazê-lo impunemente, e com essa espécie de aprovação dos tribunais. Em se tratando de responsabilidade civil quando ocorre a ruptura da união estável é por oportuno trazer à colação a explanação de Rainer CZAJKOWSKI:

“A união estável entre um homem e uma mulher, não se explica pura e simplesmente como um contrato. Quando

(3) Dias, Aguiar, ob.cit. , n. 74 p. 167

há rompimento da relação, por isso, não se cogita meramente de descumprimento de contrato. Existem inúmeras causas para a dissolução das uniões, e em cada caso há detalhes e circunstâncias peculiares que passam, geralmente, pela perda do interesse afetivo, pela infidelidade, pela incompatibilidade de comportamentos e por problemas econômicos e profissionais.

Continua o referido autor:

A dissolução de uma união estável pode ser mais ou menos dolorosa, mas sempre afeta os parceiros no lado emocional e psicológico. A frustração da perspectiva familiar, o malogro da comunhão de vida tentada; a dor de se sentir traído ou enganado em seus propósitos, fazem do rompimento uma experiência desagradável e negativa. Tudo isso, porém, não é a princípio indenizável. Mesmo que definida a responsabilidade preponderante de um dos parceiros pela extinção da união, o desencanto e o sofrimento do outro via de regra não são indenizáveis. E assim ocorre porque a união é livre; é absolutamente voluntária para os parceiros, ainda que um se pretenda, depois, induzido em erro ou vítima de má-fé. Ao encetar a relação, cada um assumiu o risco de ser mal sucedido. Mas este não pode ser levado ao extremo de negar, terminantemente, qualquer possibilidade de perdas e danos entre os parceiros por ocasião da ruptura do relacionamento. Vale repetir: cuida-se aqui da admissibilidade de indenização, ou ainda reparação de danos morais, não de alimentos propriamente ditos. Há casos que extrapolam os limites usuais de um rompimento: atentados contra a vida, a integridade física, o patrimônio do outro parceiro; a difamação pela imprensa; os constrangimentos públicos movidos por vingança; as ofensas à honra; o dolo de encenar uma união para tirar proveito escuso, etc. São hipóteses nas quais, em face do ilícito, o sofrimento e o desconforto moral da dissolução, para um dos parceiros, ultrapassa em muito os padrões de dificuldade psicológica e emocional típicos destes momentos. Aí, é cabível a pretensão reparatória ou indenizatória de danos entre ex-parceiros.

Embora se possa admitir a reparação por danos morais em decorrência de rompimento e infidelidade na união estável, a jurisprudência pátria posicionou-se contrariamente a respeito do assunto, como se observa dos seguintes julgados:

Indenização por dano moral – Concubinato de curta duração – Ajuizamento contra ex-concubina – Alegação de ter sido seduzido pela ré, o que implicou na desestruturação da família do varão – Prova dos autos que desautorizam tal conclusão – Demandante, ademais, que refez sua vida conjugal (JTJ 204/372).

Infidelidade – Indenização por dano moral – Infidelidade no curso de união estável – 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 integra o contrato existente e que é, em relação a este, parte alheia (TJRS, RT 752/344).

6. CONCLUSÃO

A CRFB/88, em seu art. 5º, inc. X, garante a indenização pelo dano moral, em decorrência de violação da intimidade da vida privada, da honra e da imagem das pessoas.

Constituindo-se o casamento civil, o casamento religioso com efeito civil e a união estável, família em sentido *lato*, como base da sociedade e gozando de proteção estatal, assim como se admite a reparação por danos morais em decorrência de violação de promessa de casamento, é possível admitir-se e reconhecer-se a responsabilidade civil a ensejar reparação por danos morais em decorrência de ilícitos penais e/ou civis praticados pelos cônjuges ou pelos conviventes que importem em infringência dos deveres do matrimônio e violação dos deveres atinentes à união estável. Destarte, pode haver reparação por danos morais, em decorrência de comportamento ilícito ou reprovável, comportando a cumulatividade dos prejuízos materiais e morais, exemplificativamente, nas seguintes hipóteses:

a) fatos decorrentes da prática de ilícitos penais, notadamente os previstos no Código Penal, art. 121 (Homicídio doloso, nas formas simples

e qualificada), art. 122 (Induzimento, Instigação ou Auxílio ao Suicídio), art. 129 (Lesões corporais dolosa, simples e qualificada), art. 131 (Perigo de contágio de moléstia grave) art. 138 (Calúnia), art. 139 (Difamação), art. 140 (Injúria), art. 146 (Constrangimento ilegal), art. 147 (Ameaça), art. 213 (Estupro), art. 214 (Atentado violento ao pudor), art. 217 (Sedução), art. 228 (Favorecimento da prostituição), art. 230 (Rufianismo), art. 235 (Bigamia), art. 236 (Induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento), art. 240 (Adulterio), art. 249 (Subtração de incapazes), art. 339 (Denunciação caluniosa), art. 345 (Exercício arbitrário das próprias razões), etc, e na Lei de Contravenções Penais, art. 21 (Vias de fato);

b) imputação de homossexualidade ao homem ou a mulher, que embora não possuam tal característica, ou mesmo a possuindo parcial ou totalmente, não desejam “assumi-la” publicamente;

c) tornar público a *impotentia coeundi* do homem ou a frigidez da mulher, ou ainda, o sadomasoquismo ou outros fatos que importem em irregularidades na conduta sexual dos mesmos;

d) tornar público a mulher o fato de que o marido não é o verdadeiro pai de seus filhos;

e) desobedecer decisão judicial que deferiu o direito de visitação aos filhos para um dos cônjuges ou para um dos conviventes, proibindo-o de vê-los, praticando atentado e opondo-se à execução do ato legal mediante violência ou ameaça;

f) o parceiro que der causa ao rompimento injustificado da união, infringindo quaisquer dos deveres itemizados no art. 2º da Lei n. 9.278/96, operando a solução de continuidade do dever da convivência *more uxorio*, rompendo com os deveres de respeito e consideração, e de assistência moral, pode ser demandado e responsabilizado civilmente pelos danos morais que vier a causar ao outro convivente;

g) em circunstâncias que restem comprovados fatos que configurem o abuso de direito, a malícia, a má-fé, ensejadores do rompimento injustificado e culposos da sociedade conjugal e da união estável.

O critério a ser observado para a fixação da indenização na ação de reparação por danos morais, é o arbitramento judicial com suporte no art. 1.553 do CCB, que deverá jungir-se a padrões de prudência e equidade com análise equilibrada, levando-se em consideração as condições sociais e econômicas do ofendido e do ofensor, não devendo ser fixada de forma exagerada, para que o primeiro não se locuplete à custa do segundo ou ser arbitrada em valor inexpressivo para que este não se sinta impune, não se podendo, destarte, aceitar os entendimentos adversos a tal tipo de reparação, sob o argumento de que este infringiria a moral e aos bons costumes, e que tais danos não seriam reparáveis com pecúnia, haja vista que o ordenamento jurídico pátrio ampara a pretensão consoante se extrai dos arts. 76, parágrafo único, e 159, ambos do CCB.

7. BIBLIOGRAFIA

AGUIAR, João Carlos Pestana. *União Estável – O fato social e as novas tendências do Direito de Família* – Lei n. 8.971, de 30 dezembro de 1994. Rio de Janeiro: Editora Espaço Jurídico, 1994.

AMORIM, Sebastião Luiz e OLIVEIRA, Benedito de. *Separação e Divórcio*. 5ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária Ltda., 1999.

CAHALI, Yussef Said. *Dano e Indenização*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, p. 103 e 104.

_____ et al. *Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Direito de Família – Aspectos constitucionais, civis e processuais*, volumes 1 e 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

CARVALHO Neto, Inácio. *Separação e Divórcio, teoria e prática*, 1ª ed., 2ª tir. Curitiba: Juruá, 1999.

CIOTOLA, Kátia Regina da Costa S. *O Concubinato e as inovações introduzidas pelas Leis 8.971/94 e 9.278/96*, 2.ª edição, revista e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

CZAJKOWISKI, Rainer. *União Livre, à luz das leis 8.971/94 e 9.278/96*, 1ª edição, 3ª tiragem. Curitiba: Juruá, 1997.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*, volumes 1 e 2, 8ª edição, revista e aumentada. Rio de Janeiro: Forense, 1987. – *Ibidem*, n. 160, p. 442.

DAIBERT, Jefferson. *Dos Contratos parte especial das obrigações*, 3ª edição. Rio de Janeiro: 1980, Forense.

FELIPE, J. Franklin Alves. *Adoção, Guarda, Investigação de Paternidade e Concubinato*. 9.ª edição, revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

FREITAS, Paulo Roberto de Azevedo. *O Novo regime jurídico da União Estável* – ab-rogação da Lei n. 8971/94 pela lei n. 9278/96. Rio de Janeiro, BES Biblioteca Universidade Estácio de Sá, 1996.

GILISSEN. *Introdução Histórica ao Direito*, 2ª edição, Trad. A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1995.

GOMES, Orlando. *Obrigações*, 8ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*, 6ª edição, atualizada e ampliada, São Paulo: Saraiva, 1995.

LOUREIRO Filho, Lair da Silva. Loureiro, Cláudia Regina Magalhães. *Direito de Família: A lei nos Tribunais* (Direito de Família – Alimentos, Divórcio e União Estável anotações jurisprudenciais, bibliografia). São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1999.

MONTEIRO, Washigton de Barros. *Curso de Direito Civil*, 5º Vol., 2ª parte Direito das Obrigações, 15ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 1980.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, Vol. III, 7ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

PEDROTTI, Irineu Antonio. *Concubinato e União Estável*, 3ª Edição, atualizada e ampliada Lei n. 8.971, de 29 de dezembro de 1994 – Lei n. 9.278, de 10 de maio de 1998. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito Ltda., 1997.

PORTO, Mário Moacyr. *Temas de responsabilidade Civil*, SP, Ed. Revista Tribunais, 1989. – Reis, Clayton. *Dano Moral*, 4.ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil – Responsabilidade Civil*, vol. 4, 9ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 1985.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 13ª edição, revista e atualizada nos termos da reforma Constitucional. São Paulo: Malheiros, 1997.

THEODORO Júnior, Humberto. *Dano moral*, 2ª edição, aumentada, São Paulo: editora Juarez de Oliveira, 1999.

VALLER, Wladimir. *A reparação do dano moral no direito Brasileiro*, 2ª edição, Campinas/S. Paulo: E. V. Editora LTDA, 1994, p. 159/160.

WALD, Arnoldo. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, Vol. II, Obrigações e Contratos, 12ª edição, revista ampliada e atualizada, com colaboração de Semy Glanz. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995.

ZENUN, Augusto. *Dano moral e sua reparação*, 6ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

O FIM DO FIM SEM FIM

Maria Berenice Dias

Desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul,
Vice-Presidente Nacional do Instituto Brasileiro de
Direito de Família – IBDFAM

O FIM DO FIM SEM FIM

Maria Berenice Dias

SÚMULA: 1. Da indissolubilidade ao rompimento; 2. Do rompimento à dissolução; 3. Dupla via; 4. Vontade comum; 5. A farsa; 6. A vontade de um; 7. As (des)semelhanças; 8. A (des)vantagem; 9. O tempo; 10. A palavra; 11. O obstáculo; 12. Estágio fugaz; 13. Duplicidade inócua; 14. A pergunta que não quer calar; 15. O desuso.

1. DA INDISSOLUBILIDADE AO ROMPIMENTO

O conservadorismo da sociedade do início do século passado, sujeita à forte influência da Igreja, fez do casamento uma instituição indissolúvel até por preceito constitucional.¹

O casamento, no entanto, sempre conviveu, no Brasil, com outras situações de fato: a união não matrimonializada entre casais, freqüente desde o período colonial, e a família monoparental socialmente caracterizada pela figura da mãe solteira e da mulher que foi abandonada pelo companheiro. 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.²

A possibilidade do desquite admitida pelo Código Civil, em 1916, nada mais foi do que uma tentativa de contornar a perpetuação de situações de fato insustentáveis frente a ordem jurídica. Como somente a morte

(1) CF de 1934, art. 144; CF de 1947, art. 124; CF de 1946, art. 163; CF de 1967, art. 167 e redação originária da Emenda Constitucional n. 1 de 1969, art. 175.

(2) RAMOS, Carmen Lucia Silveira. *Família constitucionalizada e pluralismo jurídico*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. A família na travessia do milênio*. Belo Horizonte: IBDFAM; OAB-MG e Del Rey, 2000. p. 63.

de um dos cônjuges possuía o condão de “dissolver”³ o casamento, foi criada a possibilidade de a sociedade conjugal “terminar”⁴ pelo desquite, para evitar rotulações como bigamia, infidelidade e adultério a quem buscava outros vínculos afetivos.

Mas, apesar da proibição legal, casamentos terminavam. Faz parte da natureza da pessoa humana buscar novas chances de felicidade, pois, conforme bem diz Rodrigo da Cunha PEREIRA, enquanto houver desejo, ele sempre escapará ao normatizável.⁵

2. DO ROMPIMENTO À DISSOLUÇÃO

A evolução dos costumes, fruto principalmente da emancipação feminina e do surgimento dos métodos contraceptivos, ensejou uma verdadeira revolução do próprio conceito de família. Ainda assim, grande foi a resistência de alguns segmentos quando da instituição do divórcio no Brasil. A Emenda Constitucional n. 9/77, ao dar nova redação ao art. 175⁶ da Emenda Constitucional n. 1/69, introduziu a dissolubilidade do vínculo do casamento, após prévia separação judicial por mais de três anos ou se decorrido o prazo de cinco anos da separação de fato, antes de 28 de junho de 1977.

Para viabilizar a aprovação da lei regulamentadora do divórcio (Lei n. 6.515, de 26/12/1977), alguns abrandamentos se fizeram necessários, restrições, limitações e concessões foram feitas para obter a chance-legislativa. Assim, a Lei em sua versão primeira autorizava o pedido de divórcio uma única vez⁷. Somente em uma hipótese era possível o chama-

(3) Parágrafo único do art. 315 do CC de 1916: “O casamento válido só se dissolve pela morte de um dos cônjuges (...)”

(4) Art. 315 do CC de 1916: “A sociedade conjugal termina: (...) III. Pelo desquite amigável ou judicial.”

(5) PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família: uma abordagem psicanalítica*. 2^a ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 30.

(6) Art. 175, § 1º da Emenda Constitucional n. 1/69: “O casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos.” “Art. 2º da Emenda Constitucional 9/77: A separação, de que tratado o § 1º do art. 175 da Constituição, poderá ser de fato, devidamente, comprovada em Juízo, e pelo prazo de cinco anos, se for anterior à data desta Emenda.”

(7) Art. 38 da Lei n. 6515/77: “O pedido de divórcio, em qualquer dos seus casos, somente poderá ser formulado uma vez.”

do “divórcio direto”, e isso em caráter emergencial, tanto que previsto nas disposições finais e transitórias da Lei.⁸ A concessão do divórcio, portanto, estava condicionada ao atendimento cumulativo de três pressupostos: a) estarem as partes separadas de fato há cinco anos; b) que esse prazo estivesse implementado antes da data da alteração constitucional; e c) ser comprovada a causa da separação.

Nítida a intenção do legislador de autorizar a imediata dissolução do casamento somente para atender à especial circunstância de quem já se encontrava separado de fato há mais de cinco anos quando da constitucionalização do divórcio. Assim, hipoteticamente, quando houvessem se divorciado todos os que preenchiam os requisitos legais, desaparecería a possibilidade de obter o divórcio de forma direta. Exauridas tais ações, somente após a prévia separação judicial, é que seria possível o divórcio, por meio do procedimento de conversão.

Após alguns anos de vigência da lei divorcista, quando situações novas aportaram nos tribunais, a jurisprudência emprestou interpretação mais elástica a esse dispositivo legal. Passou a admitir-se que era insuficiente a cessação da convivência antes da data indicada na lei para a decretação do divórcio, mesmo que o período de cinco anos se implementasse em momento posterior. Começou a ser autorizado o divórcio direto, quando decorrido o lapso quinquenal, bastando que a separação de fato tivesse iniciado antes da data da vigência da Emenda Constitucional que chancelou o divórcio.

Quando a sociedade se convenceu de que o divórcio não destruiu a família nem acabou com a instituição do casamento, mais uma vez o vanguardismo de algumas decisões judiciais impôs reformulações constitucionais e legais.

No entanto, a Constituição Federal de 1988, de maneira injustificável, manteve a dupla via para sacramentar o fim do casamento, limitando-se a operar singela redução de prazos. Para a concessão

(8) O art. 40 da Lei n. 6.515/77 possuía a seguinte redação: “No caso de separação de fato com início anterior a 28 de junho de 1977, e desde que completados 5 (cinco) anos, poderá ser promovida ação de divórcio, na qual se deverão provar o decurso do prazo da separação e sua causa. § 1º: O divórcio, com base nesse artigo, poderá ser fundado nas mesmas causas previstas nos arts. 4º e 5º e seus parágrafos.”

da separação judicial, diminui o tempo de separação de fato de três para um ano. Para o divórcio direto, o período da separação fática foi reduzido de cinco para dois anos.⁹

Profunda a transformação operada pela Lei n. 7.841/89, ao dar nova redação ao art. 40 da Lei do Divórcio,¹⁰ institucionalizou o divórcio direto no momento em que possibilitou sua decretação mediante a mera comprovação da ruptura da vida em comum por dois anos consecutivos. Além de haver perdido a característica de modalidade temporária de dissolução da sociedade conjugal, também se tornou despicienda a dupla via procedimental para sua obtenção. Superado o obstáculo que condicionava sua concessão a um termo inicial em data determinada, consolidou-se o divórcio como instituto autônomo, afastando a necessidade de prévia separação judicial como pressuposto para ser deferido o divórcio por meio do procedimento de conversão.

A nova sistemática legal, além de subtrair o caráter de transitoriedade do divórcio direto, afastou a exigência de identificação de um responsável para a sua concessão, ao revogar o § 1º do art. 40, que fazia expressa remissão aos dispositivos legais indicativos das causas da separação: imputação ao réu de culpa ou doença mental (arts. 4º e 5º e seus parágrafos).

Diante desses significativos avanços, não há como não lastimar a manutenção do instituto da separação, bem como a imposição de prazos para ser decretada a dissolução do casamento.

Além de dispensável, a separação, como modalidade de terminar o casamento, traz em suas entranhas a marca de um conservadorismo que não mais se justifica no atual estágio de desenvolvimento da sociedade. O alargamento conceitual dos vínculos afetivos, iniciado pela jurisprudência e chancelado pela nova ordem jurídica instituída constitucio-

(9) O Art. 226, § 6º, da Constituição Federal: “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada a separação de fato por mais de dois anos.”

(10) Art. 40 da Lei n. 6.515/77: “No caso de separação de fato, e desde que completados 2 (dois) anos consecutivos, poderá ser promovida ação de divórcio, na qual deverá ser comprovado o decurso do tempo da separação.”

nalmente, redimensionou as relações interpessoais. Agora não é mais exclusivamente ao casamento que o Estado empresta juridicidade. Relacionamentos outros se encontram enlaçados no conceito de família e passaram a merecer a especial proteção do Estado.¹¹

3. DUPLA VIA

A Lei n. 6.515/77, que passou a ser chamada de Lei do Divórcio foi editada para dar efetividade à reforma constitucional que instituiu a dissolubilidade do vínculo matrimonial. Mas não se limitou a lei a cumprir sua função, já que deveria tão-só regulamentar as formas e os procedimentos à concessão do divórcio. Não fosse a resistência de segmentos conservadores para a sua aprovação, suficiente seria mera normatização de natureza processual. Quiçá algumas regras sobre alimentos e proteção aos filhos, se tanto. Porém, a Lei acabou, praticamente, por manter o desquite, cingindo-se a proceder a mera substituição de palavras, singela alteração terminológica. O que anteriormente era nominado de “desquite” passou a ser chamado de “separação judicial”, com idênticas características: “termina” a sociedade conjugal e “põe termo aos deveres de coabitação, fidelidade recíproca e ao regime matrimonial de bens, como se o casamento fosse dissolvido” (art. 3º). Tanto quanto o desquite, a separação judicial “solve” o casamento, mas não o “dissolve”, atributo de que só a morte e o divórcio dispõem (parágrafo único do art. 2º).

A Lei do Divórcio nada mais fez do que exaustivamente regulamentar a separação (arts. 3º a 24, 34, 39 e 41 a 49) e a conversão da separação em divórcio (arts. 35 a 37). Do divórcio, tratava só em um artigo das disposições transitórias, pois o art. 38, que restringia o pedido a uma única vez, foi revogado pela Lei n. 7.841/89.

A tentativa não muito feliz de o legislador estabelecer a distinção entre separação e divórcio, por si só, seria suficiente para evidenciar a total inutilidade da manutenção de uma dupla via para pôr termo ao casamento. Duplicidade que se poderia chamar de verdadeiro “pleonismo jurídico”.¹²

(11) - DIAS, Maria Berenice. *Da Separação e do divórcio*. in: ____; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (coord.) *Direito de Família e o Novo Código Civil*. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p.78.

(12) - *Ibid.* p. 74.

O atual Código Civil, por ter sido gestado antes mesmo da introdução do divórcio,¹³ também disciplina o instituto de forma bastante tímida. O divórcio está previsto no § 2º do art. 1.580: “O divórcio poderá ser requerido, por um ou ambos os cônjuges, no caso de comprovada separação de fato por mais de dois anos”. Dispositivo outro (art. 1.571) limita-se a dizer que o divórcio “termina” a sociedade conjugal, além de ter o condão de “dissolver” o casamento (art. 1.571, § 1º). As outras referências que existem na lei são a identificação dos legitimados para a ação de divórcio (art. 1.582) e a dispensa da partilha de bens para sua decretação (art. 1.581). O art. 1.597 proclama a inalterabilidade do poder familiar quando do divórcio dos pais, dispositivo de todo despciendo, em face da obviedade de seu enunciado.

Mudou a sociedade, mas acanhou-se a lei em acompanhar os avanços que transformaram a estrutura familiar. O legislador constituinte teve coragem de alargar o conceito de família, verdadeiro dogma que gozava de um significativo sentido sacralizado. Como afirma Euclides Benedito de OLIVEIRA: “Caíram por terra, em boa hora, as antigas discriminações que nosso vetusto ordenamento civil aplicava às uniões concubinárias e aos filhos havidos fora do casamento”¹⁴ No entanto, a Constituição não teve a mesma ousadia ao tratar da dissolução do casamento. Olvidou-se de acabar com a separação judicial. Trata-se de instituto inútil que dispõe de limitado período de vigência, impõe a identificação de causas ou o decurso de tempo, até para sua concessão de maneira consensual.

Todavia, é de todo despcienda a tentativa de manter o vínculo matrimonial. Não mais se justifica a exacerbada interferência estatal obstaculizando a vontade das partes. A norma configura verdadeira afronta ao princípio da liberdade além de negar vigência à regra maior da Constituição Federal: a preservação da dignidade da pessoa humana. Evidente o conflito entre o cânone maior do sistema jurídico e as limitações postas no § 6º do art. 226 da Constituição Federal, ao manter a separação e impor limites para a concessão do divórcio. Entre princípios fundamentais e regras de caráter disciplinar, há que prevalecer aqueles, subtraindo-se eficácia à norma menor.

(13) O projeto original, de n. 634, data de 1975.

(14) OLIVEIRA, Euclides Benedito de. *Impedimentos matrimoniais na união estável*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Família e Cidadania. O novo CCB e a Vacatio Legis*. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002. p. 174.

Configurando esse aparente conflito, ou seja, mostrando-se uma norma constitucional contrária a um princípio constitucional ou apresentando ela incompatibilidade com um direito supralegal consagrador das garantias e dos direitos individuais, o dispositivo carece de legitimidade.¹⁵

4. VONTADE COMUM

Quando por mútuo acordo, o casal busca a separação, a única exigência é estarem os cônjuges casados há mais de um ano (art. 1.574). A redução do lapso de tempo levada a efeito pela nova lei civil decorreu da tendência jurisprudencial que já havia dividido ao meio o prazo de dois anos estipulado na Lei do Divórcio.¹⁶ O fundamento era dos mais lógicos: a partir do momento em que a lei viabilizou a separação judicial litigiosa mediante a comprovação da ruptura da vida em comum por tempo superior a um ano,¹⁷ “idêntico requisito deve bastar para que se defira a separação na modalidade consensual, sob pena de consagrar-se interpretação atentatória aos princípios maiores do direito”.¹⁸

Agora, após o prazo de um ano da vigência do casamento, sem necessidade de apontar qualquer motivação, o par pode consensualmente buscar a separação. No entanto, se antes desse prazo acabar o vínculo afetivo, embora não mais convivam os cônjuges sob o mesmo teto, o Estado, de forma arbitrária, impõe a manutenção do matrimônio, sem que se possa identificar o motivo da negativa de cancelar a vontade do casal ante um fato já consumado: o casamento acabou. Parece tratar-se diante de verdadeiro “estágio probatório”, durante o qual o desejo dos cônjuges não possui o mínimo significado. Antes desse interstício, mesmo que os cônjuges tenham desistido do casamento, resiste a Justiça em cristalizar a

(15) VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*. Belém: Cejup, 1999.

(16) Art. 4º 6515/77: “Dar-se-á a separação judicial por mútuo consentimento dos cônjuges se forem casados há mais de 2 (dois) anos, manifestado perante o juiz e devidamente homologado.”

(17) Redução levada a efeito pela Lei n. 8.408/92, ao dar nova redação ao § 1º do art. 5º da Lei n. 6.515/77: “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.”

(18) SANTOS, Luiz Felipe Brasil. *A separação consensual e o prazo para obtê-la*. Revista do Instituto dos Advogados do RS – COAD. Ed. especial. out./nov. 1996. p. 79.

manifestação de vontade das partes, o que, na ausência de outra justificativa, parece ser imposição de um “prazo de purgação”. Quem sabe melhor é identificar esse interregno como um verdadeiro lombo. Nítido o caráter punitivo à liberdade dos cônjuges. Será a determinação de um período de reflexão? Ou não é admissível que o amor acabe antes desse prazo?

Imperioso questionar a legitimidade do Estado em se opor à vontade de pessoas maiores, capazes e no pleno exercício de seus direitos. Não se pode olvidar que o cânone maior da ordem constitucional é o respeito à dignidade da pessoa humana, que se cristaliza no princípio da liberdade. Dizer que o bem maior a ser preservado são os sagrados laços do matrimônio é proceder a uma inversão valorativa não chancelada pelos direitos humanos, que dão prevalência ao indivíduo, até porque o casamento não mais existe. Se livremente casaram, inquestionável que deveriam dispor da mesma liberdade para pôr fim ao casamento. Portanto, no que a lei chama de separação consensual, o “consenso” não é respeitado, nem é tão livre assim a vontade das partes.

5. A FARSA

Para contornar essa injustificável vedação legal e abreviar o prazo para obter a separação, antes de festejar um ano de casados, acabam os cônjuges protagonizando verdadeira farsa. Simulam uma separação litigiosa. Um dos cônjuges, dizendo-se inocente, ingressa com ação de separação imputando ao outro a responsabilidade pela ruptura do vínculo matrimonial. Ao pedido não se opõe o demandado, que acaba revel, surgindo a presunção de veracidade do que está dito na inicial. Tem-se por confessada a culpa, o que torna desnecessária a produção de provas. Ainda que não haja a dispensa da fase instrutória, por óbvio que não é difícil arrolar testemunhas que robarem o afirmado. Mas, forjar litigiosidade tão-só para obter a separação é postura desleal e inconcebível, é usar o Poder Judiciário de modo fraudulento. Essa prática, porém, decorre da rigidez da própria lei, não se podendo recriminar a tentativa do casal de se libertar de um casamento que já acabou.

Outra modalidade indevida de contornar a intransigência legal, de largo uso, é a busca consensual da separação de corpos, ainda que se trate de procedimento que não dispõe de referendo na lei. Como inexistente pretensão resistida, trata-se de demanda de jurisdição voluntária, não guar-

dando nenhuma identidade com a medida provisional de afastamento de um dos cônjuges da morada do casal, prevista no inc. VI do art. 888 do CPC, nem com a possibilidade assegurada pelo art. 1.562 do C.C. Também já é consagrada a prática de o cônjuge que se afastou do lar conjugal pedir a separação de corpos. Acaba o juiz concedendo singelo “alvará de separação de corpos”, artifício que pode mascarar a verdadeira causa da separação: o abandono do lar.

Em qualquer dessas hipóteses, o Poder Judiciário é utilizado para fins meramente certificatórios do término da vida em comum, com a só finalidade de fixar o termo *a quo* para a conversão da separação em divórcio. Mister reconhecer o absoluto descabimento de tais posturas, que somente encontram justificativa na vedação da separação, ou mesmo do divórcio, pela simples manifestação de vontade de um ou de ambos os cônjuges. O divórcio deve ser concedido independente de uma causa ou do implemento de prazos, quer da celebração do casamento quer da cessação da vida em comum. Toda a separação tem uma única causa: o fim do amor. Isso é o quanto basta para se por fim ao casamento.

6. A VONTADE DE UM

O art. 1.563 prevê a separação chamada litigiosa. A iniciativa da ação é de um dos cônjuges, mas o pedido precisa ser motivado, ou seja, há necessidade da indicação de uma causa de pedir: ou o decurso do prazo de um ano da separação de fato ou a existência de uma postura culposa imputável ao demandado.

Já o § 1º do art. 1.572 autoriza o pedido de separação por qualquer dos cônjuges mediante a prova da ruptura da vida em comum há mais de um ano. Basta um único pressuposto de ordem objetiva, qual seja, o adimplemento do prazo temporal, sem necessidade de ser apontada a causa da separação ou identificado o responsável pelo fim da relação. Porém, se a intenção é de buscar a desconstituição do casamento antes desse prazo, imperioso que o autor responsabilize o réu pelo fim do relacionamento. Só depois de um ano do término do

período de convívio, é que o Estado deixa de se preocupar com os motivos da falência do casamento e se desinteressa em identificar e punir o culpado.

Assim, para ser buscada a separação judicial, antes do prazo de um ano da separação de fato, é imposto ao autor o ônus de alegar e provar motivos. A causa de pedir da ação é complexa: além de atribuir ao réu uma das condutas elencadas no art. 1.563, deve o autor demonstrar que tais posturas tornaram insuportável a vida em comum. Portanto, duplo é o requisito para a sua concessão: um imputável ao réu (adultério, tentativa de morte, sevícia ou injúria grave, abandono voluntário do lar conjugal durante um ano contínuo, condenação por um crime infamante, conduta desonrosa ou fatos outros assim considerados pelo juiz, segundo o parágrafo único do art. 1.573) e outro de ordem subjetiva, referente ao próprio autor, isto é, alegar e provar que tais comportamentos tornaram insuportável a manutenção da vida a dois.

Talvez o mais paradoxal seja que, não provada a culpa de quem figura no pólo passivo, a ação é julgada improcedente, criando-se uma situação no mínimo esdrúxula: o juiz, por não ter ficado convencido da culpa do réu, mantém casados aqueles que se digladiaram durante a tramitação de uma demanda em que foram desvendadas mágoas e confessados ressentimentos, o que, por óbvio, aumenta o estado de beligerância do casal, a inviabilizar a permanência do casamento.

A perquirição da causa da separação já vinha sendo abandonada pela jurisprudência. A partir da constitucionalização da primazia da dignidade da pessoa humana, tendo merecido significativo realce o direito à privacidade e à intimidade, deixou-se de investigar a culpa ou apontar responsabilidades para ser decretada a separação.¹⁹ Ainda que tenha sido revitalizado o instituto da culpa no atual Código Civil, inclusive com mais forte colorido, continua sua identificação perdendo prestígio e sendo

(19) - “Separação. Culpa. Não tem mais justificativa a atribuição da culpa pelo rompimento da vida em comum, quando nenhuma consequência pode advir dessa declaração, bastando, para a decretação da separação, o reconhecimento do fim do vínculo afetivo. Embargos rejeitados.” (Embargos Infringentes n. 70001797711, 4º Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relatora Desembargadora Maria Berenice Dias, julgado em 9/3/2001).

desprezada pela Justiça,²⁰ seja porque é difícil atribuir a um só dos cônjuges a responsabilidade pelo fim do vínculo afetivo, seja porque é indevido obrigar a um cônjuge que revele a intimidade e invada a auréola de privacidade do outro. Mesmo reprimada a culpa, mister reconhecer a inconstitucionalidade dessa imposição legal. Refoge ao âmbito de atuação do Estado impor a alguém a violação ao direito à privacidade de outrem, para que o juiz, de forma estéril e desnecessária, lhe atribua a pecha de culpado, uma vez que “não tem sentido averiguar a culpa com motivação de ordem íntima, psíquica”, conforme assevera Luiz Edson Fachin, concluindo que a conduta pode ser apenas sintoma do fim.²¹

7. AS (DES)SEMELHANÇAS

A grande diferença que se pode vislumbrar entre a separação e o divórcio é que, para se obter a separação, basta o fim da vida conjugal pelo período de um ano (§ 1º do art. 1.572), enquanto para a concessão do divórcio, quer de forma consensual, quer por iniciativa de somente um dos cônjuges, é necessário que a ruptura da vida em comum tenha completado dois anos consecutivos (§ 2º do art. 1.580). Porém, como a separação não põe fim ao casamento, e o processo de conversão certamente levará tempo superior a este, só então se dará fim ao fim sem fim.

(20) - “Apelação cível. Separação litigiosa cumulada com alimentos. Preliminar. Ausência do exame da culpa pelo juízo de origem. Conforme entendimento das Câmaras de Família deste Tribunal, descabe perquirir sobre culpa nas relações afetivas, haja vista ser consequência e não causa da separação. Nulidade afastada. Intempestividade do recurso do recorrido não configurada. Recurso do réu desprovido - unânime. Recurso da autora provido, em parte - voto vencido.” (Apelação Cível n. 70005481742, 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator Desembargador Alfredo Guilherme Englert, julgado em 3/4/2003).

“Separação Judicial. Culpa. Identificação do responsável pelo término da relação conjugal. Desnecessidade. Segundo entendimento já sedimentado nesta Câmara, não se pode atribuir a qualquer uma das partes, mas tão-somente à corrosão dos sentimentos, ao desamor que se instala no seio da relação. Afastada a imposição de culpa, mantém-se o decreto da separação judicial. Apelos desprovidos. (Apelação Cível n. 70005842380, 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator Desembargador José Carlos Teixeira Giorgis, julgado em 18/6/2003).

21 - FACHIN, Luiz Edson. *Elementos Críticos do Direito de Família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 179.

Injustificáveis tais paradoxos. Quando a separação decorre do mútuo acordo de vontades, a única exigência é estarem os cônjuges casados há mais de um ano (art. 1.524). Não há necessidade de apontar nenhuma motivação nem o implemento de prazo da separação de fato para a busca do término da relação. No entanto, para alcançar o divórcio, ainda que de forma consensual, mister estarem os cônjuges separados de fato há mais de dois anos.

Quando apenas um do par quiser a separação, somente tem legitimidade para a ação o “inocente”, sendo imprescindível que o autor comprove a culpa do réu pelo desenlace do relacionamento (art. 1.572). Por consequência, o cônjuge “responsável” pela separação não pode pedir a chancela judicial para pôr fim ao vínculo matrimonial antes de estar o casal separado por um ano. Igualmente, inexistindo causa que permita identificar o infrator pela falência do casamento, nenhum dos consortes pode tomar a iniciativa de pedir a separação, sendo necessária a espera do escoamento de um ano da ruptura da vida em comum para qualquer deles buscar o que se chama de separação “remédio”. Mas, se em vez de esperarem um ano, aguardarem o decurso de dois anos, é possível a qualquer dos cônjuges pedir o divórcio. Antes desse prazo é incabível o pedido, fazendo-se necessário usar previamente a via da separação e depois sua conversão em divórcio.

Também aqui se flagra uma certa incongruência do legislador. Depois de um ano do rompimento da vida conjugal, torna-se despidiendi a invocação de alguma causa, e qualquer dos cônjuges, tanto o “culpado” como o “inocente”, pode buscar a separação, independente da identificação de um responsável (art. 1.572, § 1º). Mas para isso é preciso esperar que decorra o período de um ano, como se o tempo tivesse o condão de gerar inimizabilidades. Poder-se-ia, quem sabe, fazer uma espécie de analogia com o Direito Penal e reconhecer a “prescrição” do crime, e o “delinqüente” – isto é, aquele que praticou o delito de deixar de amar – acaba reabilitado, podendo, então, dar um fim ao casamento.

É de ser nominado no mínimo de estranho que, em se tratando de separação, não implementado o prazo de um ano de ruptura da vida em comum, a culpa é elemento indispensável para sua concessão. A expressa vedação a qualquer referência aos motivos que ensejaram o decreto da separação quando de sua conversão em divórcio (§ 1º do art. 1.580) mostra a absoluta desnecessidade de tais perquirições e apenações. No divórcio, por outro lado, o elemento culpa é absoluta-

mente descabido. Somente o decurso do prazo de separação de fato por dois anos autoriza sua concessão, quer seja divórcio consensual, quer seja litigioso (art. 1580, § 2º). A causa de pedir é unicamente a questão temporal do fim da vida em comum.

8. A (DES)VANTAGEM

Nem só desvantagens decorrem da separação. Ao menos um benefício parece trazer, qual seja, a possibilidade de os separados se reconciliarem. Se houver o casal se divorciado, o restabelecimento da união conjugal só poderá ocorrer mediante novo casamento. Era o que dizia o art. 33 da Lei do Divórcio.²² Ainda que esse dispositivo não tenha sido reproduzido no Código Civil, persiste a vedação, que não é afirmada de modo expresse. A separação só “rompe” o casamento, que pode ser reconstituído, e o divórcio “dissolve” o vínculo matrimonial, que deixa de existir e não pode ser refeito.

É até enfático o art. 1.577 ao proclamar: “Seja qual for a causa da separação judicial e o modo como esta se faça, é lícito aos cônjuges restabelecer, a todo tempo, a sociedade conjugal” (...). Considera a lei “lícita” a reconciliação, apontando-a quase como uma medida redentora. No entanto, para que isso ocorra, é necessária a intervenção judicial. Assim, se os separados, ao fazerem as pazes, resolverem desfazer a separação, terão que contratar advogado, que irá requerer o desarquivamento do processo de separação. Além do tempo que tal busca despende, o pedido deverá ser apreciado pelo juiz que, necessariamente, dará vista ao Ministério Público. Mesmo que não seja necessária a realização de audiência, é preciso aguardar o trânsito em julgado da sentença, só após será expedida certidão ao Registro Civil. Não se pode olvidar que todos esses procedimentos envolvem o desembolso de emolumentos, custas e honorários advocatícios.

Ao comparar esse processo com o casamento, que, além de gratuito (art. 226, § 1º, da C.F.), é muito mais romântico e rápido, não se pode dizer que a manutenção do instituto da separação se justifique pela sua reversibilidade.

22 - Art. 33 da Lei n. 6515/77: “Se os cônjuges divorciados quiserem restabelecer a união conjugal só poderão fazê-lo mediante novo casamento..”

9. O TEMPO

Como a lei impõe o decurso do prazo de dois anos de separação de fato para a obtenção do divórcio, a comprovação desse interstício vem sendo alvo de abrandamentos, o que tem levado os cônjuges a não mais fazer uso da ação de separação. É que no divórcio consensual, apesar da exigência do inc. III do art. 40 da Lei do Divórcio,²³ a coleta da prova testemunhal e a realização de audiência de ratificação estão sendo dispensadas.

Para alcançar o divórcio, independente do tempo de cessação da vida em comum, as partes arrolavam duas testemunhas que eram ouvidas, em conjunto, pelo juiz e se limitavam a singelamente afirmar que o casal estava separado há mais de dois anos. Não precisou grande esforço para se flagrar que o Judiciário se tornara palco de uma verdadeira encenação.

Em momento posterior, passaram a acompanhar a inicial da ação de divórcio simples declarações das testemunhas dizendo estar o casal separado pelo lapso legal. Aos poucos deixaram os juízes de proceder à oitiva em audiência dos firmatários dos indigitados documentos. Começaram a ser aceitas as declarações trazidas pelas partes, dispensando-se o que antes se tinha por indispensável: a ouvida das testemunhas em juízo.²⁴

No divórcio consensual, não há sequer a necessidade de apresentação de declarações de testemunhas, que se limitam a confirmar o

23 - Inc. III do art. 40 da Lei n. 6515/77: “se houver prova testemunhal, ela será produzida na audiência de ratificação do pedido de divórcio, a qual será obrigatoriamente realizada. Este dispositivo da Lei do Divórcio permanece em vigor face ao seu conteúdo processual.”

24 - “Divórcio consensual. Prova testemunhal. Ante a afirmativa dos cônjuges de estarem separados de fato há dois anos, desnecessária declaração ou ouvida de testemunhas, pois não há outro motivo para emprestar maior credibilidade à palavra de terceiros do que à das próprias partes. Apelo improvido. (Apelação Cível n. 70003153350, 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relatora Desembargadora Maria Berenice Dias, julgado em 31/10/2001).

“Divórcio litigioso. Audiência. Prova testemunhal. Mostra-se viável a comprovação do lapso temporal exigido para a decretação do divórcio mediante declaração prestada por testemunhas com firma reconhecida, sem a necessidade de realização de audiência de instrução. (...) Apelo provido em parte.” (Apelação Cível n. 70006857429, 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relatora Desembargadora Maria Berenice Dias, julgado em 3/9/2003).

que as partes já declararam, ou seja, que estão separadas há mais de dois anos. De todo injustificável emprestar maior credibilidade à manifestação de duas pessoas e não aceitar a assertiva dos cônjuges como verdadeira. Por que a palavra dos divorciandos não basta para se ter por atendido o encargo probatório exigido pela lei? Se há convergência de vontades sobre o fim do casamento, a declaração dos divorciandos na inicial é mais do que suficiente para se ter por adimplida a comprovação do requisito temporal.

10. A PALAVRA

Apesar do que determina o inc. III do art. 40 da Lei do Divórcio, quando o divórcio é buscado consensualmente, sequer se faz obrigatória a realização de audiência de ratificação, principalmente quando inexistem prole e bens a partilhar. Deve ser suficiente a afirmativa constante da petição inicial de que o casamento acabou, sendo livre a intenção de ambos de se divorciar. Despicienda a imposição a pessoas maiores, capazes e em pleno gozo de seus direitos civis de ratificar, na presença do juiz, a manifestação livre da vontade já externada de forma escrita. Ao depois, a audiência de ratificação também se tornou um ato meramente formal, muitas vezes, limitando-se as partes a firmar um termo impresso no balcão dos cartórios.

Mas outros questionamentos se impõem. Para que tentará o juiz reconciliar as partes que não vivem juntas há mais de dois anos e não querem mais ficar casadas? Procuraram um advogado e intentaram uma ação buscando simplesmente a chancela judicial – que até dispensável seria – para desfazer um vínculo que foi firmado espontaneamente, inclusive sem a interferência judicial.

É de atentar-se em que, na conversão da separação em divórcio, quer por mútuo acordo, quer por ausência de contestação, o juiz conhecerá diretamente do pedido sem a ouvida das partes, conforme dispõe o art. 37 da Lei do Divórcio.²⁵ Igualmente quando a partilha

25 - Art. 37 da Lei n. 6.515/77: O juiz conhecerá diretamente do pedido, quando não houver contestação ou necessidade de produzir prova em audiência, e proferirá sentença dentro de 10 (dez) dias (...). Dispositivo ainda em vigor em face ao seu conteúdo processual.

de bens é relegada a momento posterior ao decreto da separação ou do divórcio, não há necessidade da audiência para saber se a partilha proposta corresponde à vontade livre das partes.

Essas exceções à ouvida das partes mostram não ser imperiosa a audiência de ratificação para a concessão do divórcio. Aliás, de forma freqüente vem sendo dispensada essa solenidade.²⁶

11. O OBSTÁCULO

Outro ponto merece atenção, a evidenciar o descabimento da manutenção desta figura híbrida da separação depois do advento do divórcio.

Decretada a separação judicial, resta afastada a possibilidade de se atender ao aparente interesse do Estado de as pessoas se vincularem pelo casamento. Cabe lembrar que as pessoas separadas judicialmente não podem casar, mas podem viver em união estável, sendo pertinente a reflexão de Zeno Veloso:

Uma coisa é não poder a união estável, num caso concreto, converter-se em casamento, e outra, muito diferente, é garantir-se que, por isto, não há união estável. Aliás, se um ou ambos os conviventes são separados judicialmente, também não pode haver a conversão, e ninguém ousaria negar a existência da união estável, se os requisitos legais estão sendo atendidos.²⁷

(26) - “Divórcio consensual. Prova testemunhal. Ante a afirmativa dos cônjuges de estejam separados de fato há dois anos, desnecessária declaração ou ouvida de testemunhas, pois não há motivo para emprestar maior credibilidade à palavra de terceiros do que à das próprias partes. Audiência de ratificação. Dispensável a realização da audiência de ratificação quando nada há a ser estipulado, seja sobre filhos, alimentos ou partilha de bens. Basta a assertiva da inicial da livre intenção das partes para que seja chancelado o divórcio, uma vez que alegam eles que a separação já perdura por mais de dois anos. Apelo desprovido.” (Apelação Cível n. 70003044567, 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relatora Desembargadora Maria Berenice Dias, julgado em 28/9/2001).

“Divórcio consensual. Audiência de ratificação. Ainda que a ouvida dos divorciandos se revele útil, *in casu*, inexistindo filhos, bens a partilhar ou obrigação alimentar, é de todo desnecessária a formalidade da audiência para a ouvida das partes. Apelo desprovido, por maioria.” (Apelação Cível n.70005525779, 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relatora Desembargadora Maria Berenice Dias, julgado em 19/3/2003).

(27) - VELOSO, Zeno. *União estável*. Belém: Editora Cejup, 1997. p. 75.

Assim, a condição de separado de um ou ambos os conviventes impede que cumpra o Estado o compromisso – diga-se, o mais inútil de todas as inutilidades²⁸ – de facilitar a conversão da união estável em casamento. Portanto, estando um dos conviventes impedido de casar, por ser separado de fato ou judicialmente, tal situação veda a transformação da união estável em casamento. Ora, se o aparato estatal assumiu o encargo de facilitar aos unidos de fato a formalização de sua união, nada justifica a sobrevivência de um instituto que, mesmo levando ao fim do casamento, é um fim sem fim, pois impede a constituição de nova relação formalizada pelo casamento.

12. ESTÁGIO FUGAZ

Depois de uma demanda litigiosa, normalmente demorada e desgastante, em face da imprescindível identificação de um culpado, a vitória é pífia. As severas sanções impostas a quem deu causa ao fim do relacionamento, além de cruéis e injustificáveis, são flagrantemente inconstitucionais. Descabida a limitação do direito a alimentos a quem não tem condições de prover o próprio sustento (arts. 1.694, § 2º, e 1702, parágrafo único), pois se trata de obrigação que tem por parâmetro exclusivamente o critério da proporcionalidade, ou seja, mensuram-se as possibilidades do alimentante e as necessidades do alimentando. Também descabida a perda de um dos direitos personalíssimos de alguém por sede de vingança de outrem. É que fica ao alvedrio do “dono” do nome subtrair a identidade de quem o adotou (art. 1.578) por ter sido o “culpado” pelo fim do amor. Além de indevida, deve-se qualificar de atentória à dignidade a interferência de terceiro na identidade de alguém, pois o nome é um “bem jurídico que tutela a intimidade, atributo ínsito da personalidade humana”.²⁹ Assim, de todo descabi-

(28) - Conforme HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. *Família e casamento em evolução*. In *Direito Civil: Estudos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 27.

29 - ALMEIDA, Silmara Juny de Chinelato e. *Do nome da mulher casada*. São Paulo: Forense Universitária. 2001. p. 66.

do deixar em mãos do “inocente”, sem que haja sequer necessidade de justificar tal desejo, a imposição da penalidade da perda do nome. Dita faculdade tem nítido caráter punitivo e vingativo.³⁰

A indispensável comprovação da culpa para a obtenção da separação perde completamente o sentido quando da sua conversão em divórcio, pois é vedado que conste da sentença a causa que o determinou.

Assim, a “pecha” de culpado dura, no máximo, um ano, já que o prazo para a conversão flui, não da data da sentença que imputou a culpa ao réu, mas retroage à data da decisão judicial que faça presumir a separação dos cônjuges (art. 1.580).

Há mais um motivo que subtrai qualquer justificativa à manutenção da separação judicial. Normalmente, como a demanda exige dilação probatória, sua tramitação se estende no tempo, e dificilmente o processo chega à sentença ou o recurso, é julgado antes de um ano da propositura da ação. Determinando o art. 462 do CPC a qualquer dos graus de jurisdição que considere os fatos supervenientes que possam alterar o resultado da ação, implementado o prazo legal durante a tramitação da ação ou do recurso, imperativo que seja decretada a separação chamada remédio tão-só pelo fundamento temporal.³¹ Independente do requerimento de

30 - “Divórcio. (...) Nome. Direito de personalidade. Descabe impor na sentença do divórcio o retorno ao nome de solteira, contra expressa vontade da mulher. A partir da adoção do apelido do marido esse integra o direito à identidade. Rejeitada a preliminar de nulidade de citação, proveram o apelo em parte, por maioria.” (Apelação Cível n. 599400298, 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relatora Desembargadora Maria Berenice Dias, julgado em 08/9/1999).

(31) - “Separação. Decurso do prazo. Decorrido o prazo para a concessão da separação por implemento do prazo legal, despiendo perquirir o elemento subjetivo para a identificação do responsável pelo fim do vínculo afetivo, por incidência do art. 462 do CPC. Agravo desprovido.” (Apelação Cível n. 70006347769, 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relatora Desembargadora Maria Berenice Dias, julgado em 21/5/2003). “Razoável decretar-se o divórcio quando durante o curso da demanda de separação se exaure o prazo detonado com a separação de fato.” (Apelação Cível n. 70003263142, 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator Desembargador José Carlos Teixeira Giorgs, julgado em 27/3/2003).

“Superveniência de fato novo deve ser levada em consideração de ofício, em qualquer grau de jurisdição. Princípio da economia processual que impõe o aproveitamento do processo.” (Apelação Cível n. 70000026708, 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos, julgado em 27-3-2003).

qualquer das partes, e mesmo havendo eventual discordância de algum dos cônjuges, impositivo que o julgador considere o novo fato e atente exclusivamente no decurso do prazo para decretar a separação.

Igualmente não se pode pela mesma linha de raciocínio descartar a possibilidade de se decretar o divórcio nos autos da ação de separação. Nada obsta a concessão do divórcio na própria ação de separação tão logo adimplido o prazo de dois anos da separação de fato. Trata-se de salutar providência, pois se está atendendo ao pedido da parte que é dar por findo o casamento. Como em face da ausência do requisito temporal não podia ser pleiteado o divórcio, o autor propõe ação de separação. Atendido o pressuposto temporal durante a tramitação da ação, é de ser decretado desde logo o divórcio. Com isso, estará-se-á evitando a imediata propositura de nova ação para obter a conversão da separação em divórcio.

13. DUPLICIDADE INÓCUA

Diante de todas essas incongruências, uma certeza salta aos olhos. A partir do momento em que a lei assegurou a possibilidade do divórcio direto, mediante o só implemento do prazo de dois anos do término da união, perdeu utilidade a manutenção do instituto da separação judicial. Inclusive cabe questionar a vantagem de alguém se socorrer da ação de separação, depois de decorrido um ano da separação de fato, quando o transcurso de mais um ano autoriza o divórcio direto. Como após o decurso do biênio da data da separação de corpos ou do prazo de um ano do decreto da separação judicial, necessitam as partes retornar a juízo para a conversão da separação em divórcio, essa duplicidade procedimental, além de inócua, é desgastante e onerosa. Certamente acaba por ser mais demorado obter o rompimento do casamento se forem usados os dois expedientes legais em vez de se buscar diretamente o divórcio, ainda que seja necessária a espera de dois anos para sua propositura. Não se pode desprezar um outro dado: como essa duplicidade de ações congestiona os foros e onera o Poder Judiciário. Em época em que tanto se reclama da morosidade e aparente ineficiência da Justiça, mister eliminar demandas inúteis e desnecessárias, duplicidade procedimental para atender a uma única vontade, a uma só pretensão, que é a de desconstituir o vínculo matrimonial, por um fim a um casamento já findo.

14. A PERGUNTA QUE NÃO QUER CALAR

Ao atentar-se em todos esses pontos, é surpreendente constatar a total inversão valorativa que a superposição de leis e o descaso do legislador deu ensejo. Para formar uma família, que é “a base da sociedade e merece a especial proteção do Estado” (art. 226 da C.F.), sendo entidade responsável por garantir, com absoluta prioridade, todos os direitos assegurados à criança e ao adolescente (art. 227 da C.F.), é suficiente um mero procedimento de habilitação. Depois, basta dizer “sim” ao Juiz de Paz (que sequer serventuário da Justiça é) e a solenidade é chancelada por um oficial cartorário.

Para desfazer esse vínculo, no entanto, é necessário o aparato do Poder Judiciário, que impõe a implementação de prazos, a identificação de culpas e se arvora o direito de aplicar sanções. É de se perguntar o porquê de tais entraves. Esses limites e obstáculos afrontam o princípio da liberdade, sem falar no direito à privacidade e no próprio direito à felicidade. Pelo alargamento dos direitos e garantias fundamentais, cada vez mais se questiona a legitimidade de o Estado imiscuir-se na vida do cidadão. Lapidar a lição de Rodrigo da Cunha PEREIRA: “é preciso demarcar o limite de intervenção do Direito na organização familiar para que as normas estabelecidas por ele não interfiram em prejuízo da liberdade do ‘ser’ sujeito”.³²

Será que o Poder Judiciário pode negar-se a chancelar a vontade das partes, que manifestam de forma livre o desejo de romper o vínculo do matrimônio? Que interesse maior se estaria tentando proteger? Se, para a realização do casamento, basta a manifestação de vontade dos nubentes, para sua extinção é despidendo exigir mais do que a assertiva do casal de que o casamento ruiu e de que eles não mais querem seguir unidos pelos laços do matrimônio.

Talvez, de forma singela, até se devesse transpor para o campo do Direito de Família o princípio insculpido no art. 472 do CC, que diz: “O distrato faz-se pela mesma forma exigida para o contrato.” O pedido

(32) - PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família: uma abordagem psicanalítica*. 2^a ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 3.

de divórcio, ao menos quando consensual, poderia ser formulado mediante mero requerimento dirigido ao Cartório do Registro Civil em que ocorreu o casamento, que fará a devida averbação à margem do registro de casamento, solução que, com certeza, melhor atenderia ao atual momento da sociedade, que está a exigir soluções rápidas, eficientes e inteligentes.

15. O DESUSO

Tanto a Constituição Federal como o Código Civil perderam uma bela oportunidade de expungir do sistema jurídico o procedimento da separação. Impositivo que se conceda o divórcio pelo simples desejo dos cônjuges, independente do lapso de vigência do casamento ou do implemento de prazo da separação. Não há mais como exigir a identificação de nenhum motivo para que o Estado dê por findo o casamento.

“A proteção da família é proteção mediata, ou seja, no interesse da realização existencial e afetiva das pessoas. Não é a família per se que é constitucionalmente protegida, mas o *locus* indispensável de realização e desenvolvimento da pessoa humana”.³³

Para casar, é suficiente manifestar a vontade de fazê-lo, o que pode ocorrer até por procuração. Para romper o casamento, não se pode exigir formalidades maiores, concedendo somente aos cônjuges legitimidade para pedir a separação³⁴ ou o divórcio³⁵. Assim, bastaria a afirmativa dos cônjuges de que não mais desejam manter a união, para que o Estado chame a vontade do par, decretando, sem maiores delongas, o divórcio.

Com certeza é a jurisprudência que deve dar mais um passo: deixar cair em desuso a separação, simplesmente não decretá-la, passando a conceder diretamente o divórcio na própria ação de separação. Aliás, não é uma novidade para a Justiça adequar o pedido ao posicionamento jurisprudencial. Foi abandonado o reconhecimento do vínculo laboral entre os parceiros, quando passou a se ver na relação extramatrimonial uma sociedade de fato, sem atentar no que havia sido pedido pela autora. Ainda hoje, quando é proposta ação de dissolução de

(33) - LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Entidades familiares constitucionalizadas*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Família e Cidadania. O novo CCB e a Vacatio Legis*. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002. p. 96.

(34) - Art. 1576, parágrafo único, do CC.

(35) - Art. 1582 do CC.

sociedade de fato, é reconhecida judicialmente a união estável. Busca da indenização por serviços prestados, acabam sendo deferidos alimentos ou determinada partilha de bens. Assim, nada impede que, intentada ação de separação, o juiz decrete o divórcio, pois as partes nada mais querem do que o fim do casamento. Igual poderá ser o resultado até nas ações de separação de corpos, pois a pretensão é romper a vida em comum, em face do fim do casamento, o que justifica sua desconstituição imediata pela decretação do divórcio.

Cabe invocar o velho adágio *damihi factum dabo tibi jus*, isto é, a parte denuncia o desfazimento do laço de afetividade e pede a separação porque sua pretensão é a dissolução do casamento. Como o desfazimento do vínculo matrimonial pode ocorrer pela separação ou pelo divórcio, é muito mais vantajoso, tanto para as partes como para a Justiça, a imediata decretação do divórcio, tão logo decorrido o lapso temporal. Nominar a ação de separação ou divórcio é de todo indiferente, pois o que quer a parte é a desconstituição do casamento. Ainda que nomine o autor a demanda de ação de separação, nada impede a decretação do divórcio, não só pelo princípio de economia processual, mas até para economia das partes.

Como sempre vem ocorrendo, são os juízes que, trabalhando mais rente ao fato social, acabam por mostrar o norte e levar o legislador a cancelar, por meio da lei, o que a Justiça já reconheceu como a solução mais acertada e coerente.

É chegada a hora de, mais uma vez, assumir o Judiciário uma postura de vanguarda, pois o juiz tem o compromisso de fazer justiça, assegurar o direito às partes que, afinal, nada mais querem do que se livrar do casamento para enfim buscar a felicidade sem fim.

O DESDOBRAMENTO DOS DIREITOS HUMANOS DA FAMÍLIA

Sérgio Resende de Barros

Mestre, doutor e livre-docente em Direito pela
Universidade de São Paulo.

Professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Professor do Curso de Mestrado em Direito da Universidade
Metodista de Piracicaba – UNIMEP.

Vice-Presidente do Instituto Pimenta Bueno – Associação
Brasileira dos Constitucionalistas.

Presidente da Comissão de Estudos Constitucionais da Família do
Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM.

E-mail: profsrbarros@uol.com.br

Site: www.srbarros.com.br

O DESDOBRAMENTO DOS DIREITOS HUMANOS DA FAMÍLIA

Sérgio Resende de Barros

O direito de família não tem sido correlacionado com os direitos humanos, embora seja ele o mais humano dos direitos. Para essa omissão deve haver uma justificação. Algo dificulta enxergar como direitos humanos os direitos subjetivos relativos à família. É preciso remover esse empecilho. Mas, onde encontrá-lo? Na linguagem. Pois, como a linguagem condiciona o pensamento, é para ela que se deve voltar de pronto a atenção. De fato, o que se exprime melhor num idioma é entendido melhor por quem o fala. A língua portuguesa fornece um exemplo clássico: o termo “saúde” traduz um sentimento que, embora universal, não é bem compreendido senão por quem fala português.

Desse modo, é na lingüística jurídica que se depara com um fato: há uma dificuldade de expressão afetando o direito de família. Noutros campos, como no direito constitucional e no direito de autor, a linguagem facilita perceber os direitos subjetivos agasalhados no direito objetivo. Fludentemente se fala em “direitos constitucionais” e “direitos autorais” para designar os direitos subjetivos. O mesmo não se passa com o direito de família. Como designar os direitos subjetivos referidos à família? Seriam “direitos de família”, “direitos familiares”, ou “direitos familiares”? Nenhuma dessas expressões soa adequada. “Direitos de família” poderia também se referir a “diversos direitos de família”, como o brasileiro, o português, o espanhol, o francês, etc. “Direitos familiares” evoca uma indesejável idéia de intimidade. E “direitos familiares” é um dizer ainda estranho ao uso comum.

Sem dúvida, falta um nome geral para os direitos reconhecidos pela legislação da família. Isso embaraça sua percepção. Mas não deve embaraçar o intuito de relacioná-los com os direitos humanos. Com esse intuito, proponho chamá-los “direitos humanos familiares”. É preciso insistir em dizer “direitos familiares” para designar os direitos subjetivos próprios do direito de família. Essa locução há de deixar de ser estranha. Ela faz falta ao direito de família. Diga-se, pois, “direitos humanos familiares” para designar os direitos humanos que derivam do direito fundamental à família, a fim de concretizá-lo.

Há quem separe direitos humanos de direitos fundamentais. Mas, vistos pelo prisma da realização do ser humano em todos os indivíduos humanos, ou seja, vistos como direitos destinados a concretizar a essência humana em toda a existência humana, segundo o padrão de dignidade alcançado no momento histórico da civilização, os direitos humanos e os direitos fundamentais não constituem institutos jurídicos distintos. Sob esse critério, uma tal separação retiraria humanidade ao fundamental e fundamentalidade ao humano. Contra isso se opõem a teoria e a prática dos direitos humanos, os quais constituem um todo dialético, formado de direitos mais gerais, principais ou principiais, que interagem com direitos mais particulares, instrumentais ou operacionais. Ou seja, o princípio e a sua atuação se apóiam reciprocamente, sem separar-se um do outro, formando um todo fundamental para a eficácia dos direitos humanos.

Dessa maneira, conjugando direitos principais com direitos operacionais, entra em ação um só e mesmo instituto jurídico – os direitos humanos – para um só e mesmo fim: realizar toda a essência humana em toda a existência humana, ou seja, realizar o ser humano nos indivíduos humanos, nas condições de dignidade condizentes com o momento presente da história da civilização. Em verdade, não só realizar, mas também garantir a humanidade assim realizada.

Foi no início da era contemporânea que se começou a falar em “direitos fundamentais do homem e do cidadão”. Então eles surgiram de forma absoluta para combater a monarquia absoluta. Absoluto contra absoluto. Eram direitos absolutos do indivíduo opondo-se a poderes absolutos do rei. Para tanto, as revoluções liberais declararam direitos naturais e universais, imprescritíveis e inalienáveis, ou seja, direitos absolutamente genéricos: de todo indivíduo humano, de todo o gênero humano. Tais como o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à fraternidade, à felicidade, à segurança e outros igualmente abstratos e gerais. A eles, convém chamar direitos humanos principiais, porque são princípios de outros direitos mais particulares, que neles vão se fundamentar para lhes dar concretude, operacionalizando-os em situações mais determinadas. A estes direitos mais concretos e particulares, instrumentos de realização daqueles mais abstratos e gerais, convém chamar direitos humanos operacionais.

Ocorre assim um desdobramento muito próprio dos direitos humanos, em que o mais fundamental ganha operacionalidade na mesma proporção em que o mais operacional ganha fundamentalidade, ambos se com-

pletando: um dando o princípio ao qual o outro dá o acabamento. A operação realiza o princípio na mesma proporção em que o princípio instrui a operação. Nessa exata proporção – sem perder a humanidade do fundamental, nem a fundamentalidade do humano – os direitos humanos são ponderados numa escala de fundamentalidade, ao longo da qual tanto se vai de principiais para operacionais, quanto se volta destes para aqueles, em graus sucessivos, mas contínuos, de modo que nessa interação todo o humano continua a ser fundamental, como todo o fundamental continua a ser humano, sem separar direitos humanos de direitos fundamentais.

Há situações em que o direito operacional brilha de per si. Sua fundamentalidade se torna evidente. Por exemplo, de noite, perto do Aeroporto de Congonhas, basta a fundamentalidade do direito ao sono para justificar a proibição de pousos e decolagens. Em verdade, por ser operacional dos direitos à vida e à saúde, aos quais se liga, necessariamente, o direito ao sono nem sequer precisa ser declarado na Constituição. Mesmo sem autorização específica da lei ou da Constituição, basta a evidência de sua fundamentalidade como direito humano ligado a um direito fundamental declarado na Constituição para legitimar uma resolução administrativa que restrinja outros direitos, como o de propriedade, o de locomoção, o de livre empresa, etc., com o fim de garantir o sono.

Outras vezes, convém declarar. Exemplo: o direito de amamentar, também operacional do direito à vida e à saúde, era obstruído em presídios brasileiros. Foi conveniente incluí-lo entre os direitos individuais declarados pela Constituição de 88. Desta, portanto, o art. 5º, inciso L, determina que “às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação”. Enquanto o Brasil for um país de carandirus, continuará conveniente declarar na sua Constituição esse direito de amamentação. Isso não é banalizar os direitos fundamentais, mas sim garanti-los na proporção do necessário.

Dos exemplos se vê que, como os direitos operacionais implementam os fundamentais, eles são igualmente fundamentais, porque sem eles os fundamentais seriam meros ideais, sem eficácia prática. Ocorre, pois, um condicionamento mútuo em que o operacional e o principal interagem como indispensáveis para a eficácia dos direitos humanos. Tanto isso é verdadeiro, que se verifica e se comprova na prática histórica.

De fato, desde as primeiras declarações, no fim do século XVIII, nos Estados Unidos e na França, os direitos mais principiais já vieram acompanhados de outros mais operacionais. Assim, o direito à liberdade

já apareceu implementado pelos direitos de manifestar opiniões pela imprensa, de promover reuniões pacíficas, de exercer livremente os cultos e por outros direitos, até operacionais políticos, como o direito de reformar a Constituição e o de resistir à opressão. No curso do século XIX, o capitalismo selvagem, propiciado pela revolução liberal acoplada com a revolução industrial, desencadeou uma desmedida exploração das massas sociais pelo poder econômico. A miséria e a revolta dos operários desencadearam uma enorme questão social. Os direitos humanos individuais foram questionados em sua eficácia social. Era preciso melhorar a condição social de exercer concretamente os direitos individuais que haviam sido declarados abstratamente pelo Estado liberal, tão alienados do meio social, que acabaram constituindo privilégios da burguesia capitalista. Assim, começando pelo operariado, vieram surgindo direitos de cunho social para proteger as categorias mais fracas em face das mais fortes nas relações sociais que mantinham.

No direito de postura liberal, todos os indivíduos são tratados igualmente pela lei, sem levar em conta sua condição social e até sua condição física. Mas, tentando resolver a questão social propiciada pelo direito liberal, o direito social surge integrado por direitos subjetivos de teor econômico, social e cultural, sucintamente ditos direitos sociais, nos quais se tratam desigualmente os desiguais na proporção em que se desigalam. Embora fossem novos, tais direitos gerados pelo Estado Social eram consecutivos: visavam à consecução dos direitos individuais. Ou seja, conseguir meios materiais para dar aos indivíduos igualdade de condições de gozar os direitos individuais gerados pelo Estado Liberal.

Têm sido vistas aí duas gerações de direitos humanos: os direitos individuais e os direitos sociais. Mas facilmente se vê que foram declarados no Estado Social direitos operacionais dos direitos principais declarados no Estado Liberal. Houve uma continuação em busca da concreção. Historicamente, os direitos sociais continuam os direitos individuais, dos quais são conseqüentes e instrumentais. Em vez de gerações, há uma continuidade de geração de direitos subjetivos, para dar sempre mais eficácia a direitos individuais mediante direitos sociais que – crescendo em sua aplicação social – hoje tendem a ser direitos de todos, direitos difusos, gerando solidariedade entre todos os indivíduos humanos para construir e defender a sua humanidade. Assim se vai inovando – passando de absolutamente individual para relativamente

social – a função em que os direitos subjetivos são considerados no direito objetivo. Não só a propriedade, mas todos os objetos do direito – até mesmo a liberdade – vão sendo cada vez mais postos e relativizados em função social, moderadora de sua função individual. Essa inovação social dos direitos começou na relação de trabalho. Mas se espalhou por outras relações sociais, alcançando as relações de família.

Também no direito de família se verifica o desdobrar contínuo e conseqüente dos direitos em principais e operacionais. Cada qual, a seu modo, como princípios ou como meios, os direitos familiares são fundamentais para a eficácia dos direitos humanos. Mas isso leva a perguntar: qual é no direito de família o direito humano fundamental de todos os outros? A resposta é: o próprio direito à família.

Ao falar de direitos humanos, logo vem à mente o direito à vida. Mas não se pode pensar na vida humana sem pensar na família. O direito à vida implica e funda o direito à família como o primeiro na ordem jurídica da família, o mais fundamental dos direitos familiares. Mas também outros direitos humanos levam a pensar na família. Liberdade, igualdade, fraternidade, felicidade, segurança, saúde, educação e outros valores humanos fundamentais se relacionam com o direito à família e remetem ao recinto familiar – o lar – onde eles se realizam em e como direitos familiares. Mas, a principiar do próprio direito à família, somente se realizarão plenamente, se estiverem envolvidos e amparados pelo afeto.

Da família, o lar é o teto, cuja base é o afeto. Lar sem afeto desmorona. Por isso, na escala da fundamentalidade, no desdobramento dos direitos humanos da família, o direito ao afeto está entre os primeiros direitos operacionais da família. Nesses termos, os direitos ao afeto e ao lar se associam entre si e aos demais direitos operacionais da família, pelos quais devem ser assegurados em seus vários aspectos: o físico, o social, o econômico e o psíquico.

Há direitos que garantem a infra-estrutura física, como o direito à moradia e ao bem de família. Há direitos que promovem a estrutura social, como o direito a contrair casamento ou a permanecer em união estável, o direito à igualdade entre os cônjuges, o direito ao planejamento familiar, o direito ao poder familiar, o direito à obediência filial, o direito à paternidade, à maternidade e à adoção. Há direitos cujos objetos cuidam da estrutura econômica, como o condomínio patrimonial, a herança, a sucessão, os alimentos, as pensões. Há direitos referentes à superestrutura cultural e

psíquica, como o direito à vivência doméstica e à convivência familiar, o direito ao apoio da família, o direito a conhecer o pai ou a mãe, o direito ao parentesco, o direito ao respeito entre os familiares.

Eis aí um elenco – um desdobramento – de direitos humanos familiares. Todos eles se ligam à solidariedade humana e têm por base a dignidade humana. A humanidade se constrói dignamente pela força maior da solidariedade humana, em cuja origem está a solidariedade familiar, incrementada pelo afeto culminando no amor. O amor faz do indivíduo humano um ser humano. Identifica uns com os outros e gera em todos a solidariedade entre todos. A solidariedade é a força motriz dos direitos humanos. É a única força capaz de construir dignamente a humanidade em toda a sociedade humana, a partir de seu núcleo inicial: a família. Nesses termos, o direito à família se liga ao maior dos direitos humanos: o direito à humanidade.

Essa macrovisão situa os direitos familiares como direitos difusos, que não podem ser negados a nenhum sujeito humano a respeito de nenhum objeto humano, sem nenhuma exclusão desumana. Por isso, é inconstitucional o inc. II do art. 1.641 do novo Código Civil, ao vedar aos maiores de sessenta anos a liberdade de fixar o regime de bens. Por ferir a isonomia, igualmente é inconstitucional o ‘*caput*’ do art. 1.790 do mesmo Código, ao limitar a sucessão aos bens adquiridos onerosamente durante a união estável. Se a Constituição inclui a união estável entre as formas de entidade familiar que considera igualmente válidas, não é constitucional desigualar o que ela igualou. A frase “devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”, no § 3º do art. 226 da Constituição, tem sido mal interpretada. “Facilitar” não quer dizer “incentivar”. Apenas significa “não dificultar”. Apenas põe uma cautela, para evitar a obstrução do casamento e assim, em vez de desigualar, mantém a igualdade entre o casamento e a união estável.

Já muitos familiaristas, como Maria Berenice Dias e Zeno Veloso, têm apontado tais inconstitucionalidades. O art. 226 da Constituição não fixa ‘*numerus clausus*’ para fechar a evolução do direito de família. Pelo que, todas as entidades familiares – mesmo se esquecidas pela lei – podem ser acolhidas pela jurisprudência e pela doutrina. Essa mentalidade aberta aceitou a união estável (CF art. 226, § 3º) e a família monoparental (CF art. 226, § 4º). O fato de não ter enumerado não significa que vedou outras entidades, como a família homoafetiva, que se lastreia no afeto

familiar, mesmo sem conjugar homem com mulher, e a família anaparental, que se baseia no afeto familiar, mesmo sem contar com pai, nem mãe. De origem grega, o prefixo “ana” traduz idéia de privação. Por exemplo, “anarquia” significa “sem governo”. Esse prefixo me permite criar o termo “anaparental” para designar a família sem pais.

Os direitos humanos desfraldam a bandeira da universalidade, mas não de forma abstrata, porém de forma historicamente condicionada. Por isso, excluir famílias historicamente existentes é negar o direito de família no seu núcleo fundamental: o direito à família, do qual dimanam todos os direitos humanos familiares. Mas, por fim, cabe perguntar: o que são direitos humanos?

O discurso dos direitos humanos tem sido crivado de ideologia e demagogia. Não há sequer a preocupação de dizer o que são “direitos humanos”. Por isso, há que defini-los: são poderes-deveres de todos para com cada um e de cada um para com todos, visando a realizar a essência humana em todas as existências humanas, concretizar o ser humano em todos os indivíduos humanos, segundo os padrões de dignidade do momento histórico.

Muitos desses poderes-deveres se exercem no seio da família. A família é o lar dos direitos humanos. Por isso, o direito fundamental à família e os seus direitos operacionais devem ser garantidos sem discriminação alguma, a fim de que o direito de família seja não só o mais humano dos direitos, como também o mais humano dos direitos humanos.

**PODER FAMILIAR
DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR E
DÚVIDAS SOBRE A FILIAÇÃO**

Leila Maria Torraca de Brito

Prof^a Adja. do Instituto de Psicologia da Universidade do
Estado do Rio de Janeiro;
Doutora em Psicologia pela PUCRJ.

Lygia Santa Maria Ayres

Psicóloga do Serviço de Psicologia Aplicada da Universidade
Federal Fluminense;
Doutoranda em Psicologia Social na UERJ.

PODER FAMILIAR DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR E DÚVIDAS SOBRE A FILIAÇÃO

*Leila Maria Torraca de Brito
Lygia Santa Maria Ayres*

SUMÁRIO: Introdução; 1- Construções do Sistema Genealógico; 2- A Destituição do Poder Familiar, 2.1- Primeiro caminho: desqualificação do critério biológico e valorização do socio-afetivo, 2.2- Segundo caminho: desqualificação do critério socio-afetivo e valorização do biológico; Considerações Finais; Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

Alguns profissionais apontam que vem aumentando, consideravelmente, o número de pessoas que se candidatam a adotar uma criança (DARLAN *in* BRITO, 2000, p. 109-117). No Rio de Janeiro, as cifras demonstram que o percentual mais elevado de sentenças se refere a processos das denominadas “adoções-prontas” ou “adoções de fato”. Justifica-se comumente o pedido alegando-se que o exercício da parentalidade está sendo cumprido por aqueles que se ocupam cotidianamente da criança, sendo admitido que os pais biológicos a abandonaram aos cuidados dos que, agora, solicitam a adoção. Por esse motivo, concorda-se com a destituição do poder familiar dos genitores para que seja possível a concretização da ação. Nesses casos, nota-se que, no encaminhamento para a destituição do poder familiar, o argumento de filiação natural, biológica, perde força perante o discurso do “abandono” e o da paternidade socio-afetiva. A “verdadeira” paternidade/maternidade é enaltecida pelos laços de afeto estabelecidos entre o(s) guardião(ões) e a criança.

Ao mesmo tempo, constata-se, nas varas de família, um acréscimo do número de solicitações de destituição do poder familiar de homens que, por alguns anos, exerceram a paternidade de uma criança, mas em certo momento de suas vidas foram surpreendidos pela espo-

sa, familiares ou amigos com a declaração de que não eram pais biológicos de seus filhos. Desconfiados, revoltados, magoados, esses homens encaminham – ou são conduzidos á solicitação para a investigação de paternidade por meio do exame de DNA, com vistas à destituição do seu poder familiar. Essa situação tem sido observada, por vezes, após a separação de um casal, quando o pai, ao ter a sua convivência com o filho obstruída, recorre à Justiça – momento em que a mãe da criança, ou outro familiar, alega que aquele não é o genitor do menor de idade. Nesse contexto, mesmo quando não há abandono e quando a paternidade socio-afetiva se expressa, o argumento da filiação biológica parece impor-se. Como esclarece LÔBO (2003):

Na tradição do direito de família brasileiro, o conflito entre a filiação biológica e a filiação socio-afetiva sempre se resolveu em benefício da primeira. Em verdade, apenas recentemente a segunda passou a ser cogitada seriamente pelos juristas, como categoria própria, merecedora de construção adequada. (p. 133)

Apesar do entendimento corrente de que, com o grau de desenvolvimento científico-tecnológico alcançado, as provas biológicas resolveriam qualquer incerteza desta ordem, diversos autores (LEGENDRE, 1996; KOZICKI, 1990) questionam a pertinência desta afirmação. Compreendem que as mudanças presenciadas nas relações familiares, aliadas ao advento dos métodos de reprodução assistida, remetem, constantemente, à dúvida sobre quem são os pais das crianças.

Nesse debate, surge a pergunta sobre os critérios utilizados para definir a paternidade e a filiação. Será que a prova genética poderá apontar a “verdade real” sobre a filiação? A paternidade genética e a paternidade legal se equivalem?

Como destaca Pierre LEGENDRE (1996, p. 91), “a filiação é a pergunta das perguntas”. O autor sugere o estudo da casuística jurídica, por meio do qual se podem descortinar as interrogações dirigidas ao Poder Judiciário, bem como as dificuldades e os impasses com que se depa-ram os que lidam com o tema.

Assim, questiona-se, neste trabalho, se nas situações destacadas estaríamos operando, simultaneamente, com parâmetros distintos para conceder a destituição do poder familiar e a conseqüente “troca de filiação”. O primeiro – utilizado como justificativa para adoções – permite e privilegia a alteração da filiação a partir do viés socio-afetivo da parentalidade, conjugado à alegação de abandono familiar dos pais biológicos. O segundo encontra respaldo no critério biológico, quando o grau de certeza do exame genético é equiparado ao grau de veracidade da filiação, mesmo havendo o vínculo sócio-afetivo. A partir de tais suposições, propõe-se, no texto, uma análise das questões apresentadas, conjugadas ao exame referente aos princípios da paternidade e da filiação.

1 - CONSTRUÇÕES DO SISTEMA GENEALÓGICO

KOZICKI (1990, p. 2), no debate acerca dos estudos genéticos utilizados como prova de filiação, lembra-nos o conhecido adágio *mater certissima, pater semper incertus*, presente no direito romano, mostrando que o princípio da paternidade, edificado em nossa cultura, está assentado em um sistema de presunções. Não podemos desconsiderar que, para o direito romano “o pai é aquele que designam as núpcias”, ou seja, o matrimônio atribui ao homem uma presunção de paternidade. Como recorda HURSTEL (1999): “No direito romano, (...) a paternidade era inicialmente obra da lei, pouco importava que a ligação jurídica fosse distante ou próxima da verdade biológica, pouco importava sua probabilidade.” (p. 132)

Corroborando esse entendimento, LEGENDRE (1992) enfatiza que a nossa cultura civilista aponta a paternidade como um princípio jurídico e não biológico. No entanto, se durante muito tempo o casamento tradicional foi o esteio para a definição dos vínculos de filiação, hoje, com as alterações presenciadas nas relações conjugais e com a possibilidade de distintas formas de procriação, deparamo-nos com a constante interrogação sobre conceitos e exames que possibilitem tal averiguação. Aparentemente, o critério biológico opõe-se à presunção da paternidade, já que alguns entendem esta última como enfraquecida ou sem significado diante do advento dos exames de DNA.

Estudos antropológicos demonstram a importância dos conceitos de família, filiação e parentalidade como criações especificamente humanas que não se apresentam como fenômenos naturais, esclarecem que a designação dos pais não encontra seu determinante no contexto biológico, mas, sim, na cultura. São as montagens normativas de cada sociedade que vão instituir o sujeito no seio da ordem genealógica, marcando o lugar único, singular, de cada um, necessidade vital para a diferenciação do ser humano. Recordando os estudos desenvolvidos por LEGENDRE e KOZICKI (1990) afirmam: “O elemento biológico só resulta relevante se tem suporte institucional. *Vitam instituere*, diziam os romanos. Não basta que a carne nasça, deve ser instituída, ‘nascer’ por uma segunda vez, à lei e ao poder.” (p. 2)

Por meio desta afirmação, observamos que a designação da paternidade não pode ser interpretada apenas por intermédio de elementos que comprovem a procriação, mas sim a criação de um ser humano. Na nossa sociedade, o vínculo de filiação é expresso por meio do reconhecimento no registro civil. Institui-se, nesse momento, perante a sociedade, não só as crianças no lugar de filhos, mas também os que vão ocupar os lugares de pais. É também por meio deste instrumento que se processa a “permutação de lugares”, conforme destaca LEGENDRE (1996), quando um filho ascende ao lugar de pai ao registrar sua criança, com todo o significado simbólico do fato. THÉRY (1996) destaca, ainda, que a perenidade da filiação se acha relacionada a um amor incondicional pelos filhos, independente do aspecto físico destes ou do comportamento que apresentem. (p. 72)

HAMAD (2002) denomina de hereditariedade familiar as transmissões e o patrimônio cultural passado pelos responsáveis à criança, lembrando-nos de que “somos, afinal de contas, a imagem daqueles que nos criam” (p. 140). Diferencia, portanto, hereditariedade genética de hereditariedade familiar.

Argumentam diversos estudiosos do tema (HURSTEL, 1992; NÖEL, 1992) sobre a importância de três eixos, que se conjugam no estabelecimento da paternidade: o jurídico, o biológico e o afetivo. Na clássica designação jurídica, identifica-se aquele que transmite o nome, garantindo as regras de aliança e de filiação. Já o eixo afetivo engloba as

modalidades de educador e provedor, enquanto o biológico está relacionado à procriação. THÉRY (1995) opta pela classificação “genealógico, biológico e doméstico”, justificando que “o genealógico é aquele que o Direito designa como tal” (p. 11). A autora explica que, em nossa cultura, o Estado encarrega-se de identificar os pais, assim como as regras sobre o exercício da parentalidade, cujo sistema simbólico o Direito é responsável por garantir. Esclarece THÉRY (in DORTIER, 2002) que, isoladamente, o componente biológico e o doméstico não designam a filiação (p. 213), dependem da construção cultural que inscreve cada indivíduo na corrente genealógica. Expõe, ainda, que, atualmente, ao analisar cada um desses eixos, podemos nos deparar com avaliações contraditórias, quando notamos, por exemplo, que o componente biológico da filiação é valorizado quando se alude à designação da origem genética, mas desvalorizado em procedimentos de reprodução assistida. Neste item, citamos trabalho publicado por HOCKING & RYRSTEDT (2004) que, ao avaliar o impacto das novas tecnologias genéticas, aponta o desmembramento necessário entre a parentalidade biológica e a genética. Nos casos de doação de óvulos, a mãe que deu à luz não possui similaridade genômica com a criança.

Em nossa sociedade, até há pouco tempo, os três eixos referiam-se à mesma pessoa. Atualmente, podemos verificar o que HURSTEL (1999, p. 21) denomina de “fragmentação da paternidade”, quando diversos homens e mulheres podem se encontrar na posição de pais de uma mesma criança, sendo um deles o genitor, o outro o pai jurídico ou legal e um terceiro o pai educador – fato que contribui com a polêmica a respeito dos critérios de designação da parentalidade.

LEGENDRE (1996) entende que o conhecimento do sujeito a respeito de sua inserção na corrente genealógica é essencial para o seu desenvolvimento enquanto ser social. Enfatiza esse autor que as regras que estabelecem a paternidade são de ordem pública, logo a filiação não pode ser tratada como uma questão puramente privada, ou submetida a uma incerteza constante. Neste rumo, o autor defende que, apesar dos denominados avanços científicos empreendidos ultimamente pela engenharia genética, as montagens fundadoras dos direitos das pessoas devem ser fornecidas pelo direito civil, e não pela ciência biológica ou médi-

ca. É de se preocupar com o fato de que, na atualidade, discorremos a maneira efusiva sobre o desenvolvimento da ciência, em especial das biológicas, desprezando o estudo dos princípios jurídicos e de sua importância para a humanidade. Nessa perspectiva, a noção de limite encontra-se determinada pela ciência, além de o efeito normativo também ser por esta disposto.

LABRUSSE-RIOU (1996, p. 95) percebe uma série de termos que considera estranhos à Justiça, mas que passaram a ser usados nos processos que envolvem a discussão sobre a paternidade, como, por exemplo, “filhos biológicos”, “lei do sangue”, “filiações artificiais”, entre outros. Como apontam diversos autores (HUSTEL, 1999; THÉRY, 1996), a indefinição e o uso concomitante de múltiplos critérios para a designação da paternidade/maternidade podem fragilizá-las ao serem desprezados os pontos de referência que sempre sustentaram as linhagens na corrente genealógica e, conseqüentemente, o lugar do sujeito na filiação. Como expõe HURSTEL (1999):

Enfim, o critério de verdade biológica, que se tornou preponderante no direito – e, portanto, o apelo à ciência para designar o pai – ao assimilar pai e genitor, todos esses fatos jurídicos permitem afirmar que a filiação está fragilizada e que nós não sabemos mais quem é o pai. (p. 137)

Como nos alerta LEGENDRE (1996), “o trabalho jurídico é destinado a dar, literalmente, ao biológico, forma humana” (p. 316), ou seja, refere-se o autor ao entendimento de que cabe às montagens normativas de nossa cultura definir e instituir os lugares, interditos, direitos e deveres de cada um. Conclui-se que não se pode delegar ao sujeito a escolha de quem irá ocupar tais lugares, deixando ao encargo deste a construção das referências que fundam a filiação, ou, ainda, sugerindo-se acordos privados. Nesta situação, o sujeito corre o risco de se tornar um sistema que faz lei, quando, a partir de uma inflação de vontades e de supostos direitos, alça ao *status* de um “mini-estado”, rumo a uma “escalada para a onipotência” (p. 329). Estimularíamos, dessa maneira, o que LEGENDRE denomina de “*self-service* normativo”, permitido por um “direito para consumidores”, quando este último se afasta de sua função de civilização.

2 - A DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR

2.1 Primeiro caminho: desqualificação do critério biológico e valorização do sócio-afetivo

Entende-se por “adoção-pronta” a solicitação de adoção que aporta aos Juizados da Infância e da Juventude na qual os autores da ação já possuem, de fato, a guarda da criança que desejam adotar. Tal condição, também descrita por MARIANO (2003) como adoção direta, e por LÔBO (2003) como adoção de fato, aparece em processos da 1ª Vara da Comarca da Capital do Rio de Janeiro, como a modalidade mais freqüente de colocação em famílias substitutas. Observamos que, em sua maioria, os processos de “adoção-pronta” retratam histórias e contextos de famílias pobres, quase sempre conduzidas por mulheres – mães, solteiras, semi-alfabetizadas, domésticas ou subempregadas – que entregam os filhos devido à ausência de condições materiais e econômicas para criá-los e à desesperança quanto à eficácia das políticas públicas.

Procuramos, então, partindo do estudo de alguns processos de “adoção-pronta”, analisar os relatos que serviram de suporte, ou explicação em prol da destituição do poder familiar.

Vejamos, a título de ilustração, fragmentos de um processo deste tipo de adoção.

Ano: 1992

Requerente: casal sem filhos, casados há nove anos.

Criança: sexo feminino, dois anos.

Situação geradora: a mãe não possui condições financeiras para manter sua filha, pois não trabalha nem tem outra fonte de renda e está grávida, além de já ter outro filho.

(...) os requerentes gozam de perfeita sanidade física e mental, sendo excelente a sua conduta social e moral. A menor já vive em companhia dos requerentes e já os tem como se fossem seus pais.

Parecer social: A genitora disse que foi abandonada pelo marido quando estava grávida da menor e que, por não ter condições de sustentar a si e a filha, deixou-a sob

cuidados de terceiro e que é favorável à adoção, pois continua sem ter como se manter. (...) A requerente não tem filhos e foi quem teve a idéia da adoção. O casal vive em casa própria, dotada de condições favoráveis ao desenvolvimento saudável da menina.

Tempo de duração do processo: um ano e seis meses.

(Dados extraídos de um processo de adoção alocado no Arquivo Nacional)

Esse é apenas um dos inúmeros casos de adoção em que, analisando os discursos das genitoras, ou a elas atribuídos, são feitas associações entre pobreza e abandono, naturalizando-se esse binômio como uma essência das mulheres-mães-pobres. Tal condição, mais do que desembocar na destituição do poder familiar, interromper e reorientar vidas, individualiza histórias marcadas por extrema carência sócio-econômica.

Essa concepção da questão colabora, em última instância, por isentar o Estado de seus compromissos, como o de garantir a cidadania e a convivência familiar, além de responsabilizar e culpabilizar mulheres e famílias pobres pelo dito abandono dos filhos. Nesta construção, observamos a valorização do vínculo sócio-afetivo entre adotados e adotantes, argumento utilizado em prol da destituição do poder familiar. Em última análise, não se problematizam as redes de proteção social, um dos alicerces das políticas públicas, atribuindo às mães pobres o sentimento e a condição de incompetência. Por políticas públicas, entendemos a interveniência do Estado, no sentido de garantir um mínimo de direitos que todo ser humano deve ter: direitos assegurados não só em nossa Constituição Federal, mas, também, em diferentes tratados e protocolos internacionais, dos quais o Brasil é signatário. Ou, ainda, segundo LORIA (1999), o espaço de interação e interlocução entre o Estado e a sociedade civil na definição e regulamentação de ações, a médio e longo prazos, que afetam a vida da população com efeitos prolongados na dinâmica de construção de valores, organização, estrutura e modos de perceber e estar no mundo.

Assim, diante da ineficiência de políticas públicas voltadas para a promoção social do sujeito, o atendimento à família pobre vem se revestindo de cunho assistencial e tutelar. Como define LORIA

(1999), estas seriam “atividades de repercussão pública” (p. 70), ou seja, intervenções que visam unicamente a respostas de impacto público a situações de crise; recursos que se afastam substancialmente do conceito de políticas públicas.

Retornando ao caso apresentado, relata a genitora que concorda com a adoção, pois “não tem condições de sustentar a si e a filha”. O art. 23 do Estatuto da Criança e do Adolescente ressalta que:

(...) a falta de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do pátrio poder e que não existindo outro motivo que por si só autorize a decretação da medida, a criança ou o adolescente será mantido em sua família de origem, a qual deverá obrigatoriamente ser incluída em programas oficiais de auxílio.

Mesmo assim, essa “mulher-mãe” perdeu sua filha para um “casal dotado de condições favoráveis ao desenvolvimento saudável da menina”.

Constatamos, em outros processos, os mesmos argumentos, ou seja, a pobreza como motivo para o ato de entrega do filho, acompanhada por avaliações que aceitam e ratificam essa realidade.

A genitora relata que ‘não possui condições de ter o filho consigo, já que não tem um trabalho fixo, sendo estagiária. Disse-nos residir com a mãe e os irmãos e não ter o apoio da família para cuidar da criança, muito menos do pai biológico, que sequer o registrou’ (discurso atribuído à genitora) ‘(...) Trata-se de solicitação de adoção de menino de quatro meses de idade. A genitora concorda com a solicitação, parecendo já ter incorporado a idéia de que seu filho é agora dos requerentes. Através do estudo realizado, pareceu-nos positivo que a solicitação possa ser atendida’ (parecer de especialista). (Falas extraídas de um processo de 1994 do Arquivo Nacional – adoção concedida)

Podemos perceber que a interpretação ou reconhecimento da filiação pela via dos laços sócio-afetivos em detrimento dos vínculos biológicos – sustentados em discursos de incompetência da mulher-mãe-pobre – tem se banalizado nestes casos. Na tentativa de minimizar os danos, as perdas e os sofrimentos da população infanto-juvenil que aporta aos juizados, acata-se e legitima-se a ruptura de vínculos e histórias de vida e de cidadania. Reconhecer e acolher as justificativas da mulher-mãe-pobre como abandono e, portanto, passíveis de destituição do poder familiar é afastar-se das políticas de proteção; é optar por ações de cunho assistencialista, emergencial, e de repercussão social; é perpetuar a triste história da desigualdade social. É naturalizar, banalizar e culpabilizar a pobreza que, em nosso país, atinge índices alarmantes e impensados em termos de dignidade humana. É individualizar situações e condições vividas por significativa parcela da população brasileira. Em última análise, significa contribuir, pouco ou nada, para a transformação da realidade social e psicológica da infância em nosso País.

2.2 - Segundo Caminho: Desqualificação do Critério Socio-afetivo e Valorização do Biológico

Aqueles que operam o Direito na área de Família questionam, muitas vezes, como identificar um pai, na medida em que tem sido cada vez mais freqüente o encaminhamento de pedidos de investigação da paternidade ou, ainda, de destituição do poder familiar, devido à suspeita ou comprovação da inexistência de vínculos genéticos. VILLELA (2002), na peça intitulada “Art. 1.601” já expôs, brilhantemente, sua preocupação com o disposto no referido artigo, apresentando um caso fictício no qual o pai, que sempre soube não ser o genitor do filho mais velho de sua esposa, encaminha ação de contestação da paternidade quando o rapaz – que criou como filho – contava mais de 30 anos de idade. O receio revelado pelo autor nos faz recordar afirmação de SEGALIN (*in* DORTIER, 2002) que, na análise do tema, expressa: “as disposições legislativas conduzem por vezes a sórdidas tramas”. (p. 65)

Situação semelhante aconteceu com M., quando sua mãe resolveu revelar ao marido que este não era o pai da menina que criava há

dez anos, apesar de ter registrado e acompanhado o desenvolvimento desta, até porque o casamento se mantinha. Realizado o exame de DNA, foi comprovado que a sequência genética da menina era incompatível com a daquele que conhecia como pai, sendo requerida e concedida a destituição do poder familiar, para posterior reconhecimento do pai biológico. Mesmo o nosso Código Civil ressaltando, em seu art. 1.593, que “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem”, este homem foi destituído do seu poder familiar.

Já com P. foi ao ficar viúvo que soube, por intermédio da sogra, que não era o pai da criança que registrara. Com o falecimento da esposa, sua sogra pediu para cuidar da neta durante alguns meses enquanto se recuperava da morte da filha. O genro concordou, visitando a criança regularmente, até que começou a perceber sérios impedimentos para estar com a filha. Ao ajuizar ação solicitando a guarda da menina, foi surpreendido com o relato de que não era o pai da criança e de que a sogra já havia apresentado à menina o seu “verdadeiro pai”, como também lhe ensinara a usar seu “verdadeiro sobrenome”. Neste exemplo, podemos recordar as palavras de HURSTEL (1999), quando no estudo do tema expõe: “(...) o que é fantasiado, aqui, é que a ‘natureza’ se imporia logo de início para designar o pai, e não a sociedade” (p. 70). Questionamos, portanto, se estes homens não teriam a posse de estado dessas crianças. Não teria sido estabelecida a paternidade socio-afetiva? Não seriam responsáveis pela criação deste ser humano? Como consequência, e à semelhança da ficção narrada por VILLELA (2002), observamos nos casos retratados que, “a família entra em vertiginoso estado de decomposição”. (p. 84)

Cabe destacar que, no estudo de situações semelhantes às relatadas, é comum observarmos o argumento de que a origem da ação para a destituição do poder familiar pelo homem que registrou a criança seria a primeira prova de inexistência de paternidade, ou seja, ele próprio não se veria como pai. Pode-se contrapor a esta alegação quando constatamos em alguns homens que a surpresa, a perplexidade perante a notícia, o afastamento dos filhos imposto por outro familiar, assim como a forte influência das questões sociais – como descreve VILLELA (2002) – incitam dúvidas que chegam aos tribunais. Concluímos, portanto, que esses pais são impelidos, por diversas circunstâncias, a solicitar a investigação de paternidade.

Nota-se, entretanto, que o art. 1.601 do nosso Código Civil se refere explicitamente à contestação da paternidade. Seria admissível acolher a solicitação de destituição do poder familiar de um homem que, por dez anos, exerceu a paternidade de sua filha? Seria plausível, perante todas as evidências da presença deste homem ao longo do desenvolvimento da criança, comprovar a inexistência da relação de paternidade? Seria possível desligar a criança de sua história, ou herança familiar, para inseri-la em outra linhagem, sem qualquer prejuízo ao desenvolvimento infantil? O que os exames de DNA nos revelam é a paternidade ou a afinidade genética? Será que não estaríamos nos afastando demasiadamente do ordenamento jurídico edificado em nossa cultura, quando permitimos esta permutação de critérios? Descarta-se a presunção da paternidade, em nome, agora, de uma “verdade científica”. Mas de qual Ciência estamos falando? Como sustenta LÔBO (2003): “Uma coisa é vindicar a origem genética, outra a investigação da paternidade. A paternidade deriva do estado de filiação, independentemente da origem biológica ou não”. (p. 153)

Em alguns casos, defende-se que para o homem seria um ônus manter-se pai de um filho que foi fruto de outro relacionamento da mulher, ou, ainda, levar adiante uma paternidade em desacordo com a “verdade ou dado real”. Entendemos nessa interpretação uma fusão dos conceitos de conjugalidade e parentalidade, que deveriam operar separadamente. Aqui recordamos NÖEL (1992), quando este nos fala de Marie, que nasceu de um relacionamento extraconjugal de sua mãe, porém fora registrada pelo marido desta, a quem sempre conheceu como pai. Preocupada em revelar a origem da filha, a esposa surpreendeu o marido ao contar para a adolescente o nome do “verdadeiro pai”. A esta revelação a jovem responde que, quanto a este senhor, nada pode fazer ou sentir. Acrescenta que sabia que a genitora não era uma superesposa, mas que não pensou que ela pudesse fazer isto “ao seu pai”. (p. 72)

Dessa forma, entendemos como absolutamente necessário que os encaminhamentos jurídicos e legislativos, dispostos em nossa sociedade, forneçam suporte à dimensão da paternidade/maternidade no contexto privado e, sobretudo, assegurem a perenidade do estado de filiação. Caso contrário, vamos equiparar o registro civil a um certificado biológico, ou a um simples contrato.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Respondendo ao questionamento formulado no início do texto, concluímos pela evidência de teses opostas para a justificativa de “troca de estado de filiação”. Nos casos que denominamos de “adoções-prontas”, comumente-se apela para o entendimento e valorização da paternidade/maternidade por seu viés socio-afetivo, enquanto nos processos referentes à contestação de paternidade tem sido corrente o reconhecimento pela via genética. Nas duas situações, prioriza-se um dos componentes que designam a filiação, de forma isolada, sendo grande a possibilidade de se responder à questão apenas por intermédio dos fatos dados. Parece-nos, portanto, que é justamente a via institucional da filiação, assegurada pelo eixo jurídico, ou genealógico, como define THÉRY (1996), a que oscila como um pêndulo – sem balanças – em nosso momento histórico. Deixa-se, ao sabor de valores pessoais esta montagem dos lugares estruturais, ou, ainda, a definição de quem pode ser pai de quem, ou quando é indicado haver destituição do poder familiar.

Apontam os autores estudados que a filiação transcende a singularidade do vínculo afetivo ou do biológico, demonstrando a importância de as montagens jurídicas, dispostas nas distintas sociedades, garantirem o lugar do sujeito em sua corrente genealógica.

Quando as referências que sempre sustentaram o edifício da filiação, fragilizam-se ou não e são mais consistentes, resta-nos o dilema de como instituir a via simbólica da filiação, mantendo-a como uma garantia de todos. Sem dúvida, esta situação não será resolvida perante o simples confronto de argumentos que privilegiam cada um dos dois componentes da filiação acima citados.

Sugerimos, portanto, que, por enquanto, a ação de investigação de paternidade seja composta por todo gênero de provas, considerando-se não apenas seu aspecto biológico, genômico, mas incluindo o viés afetivo, emocional, valorizando-se aquele que “tornou o ser humano”, que lhe inscreveu na espécie, apontando-lhe o sentido da vida e as regras da cultura, conceito fundamental à configuração do universo simbólico da paternidade jurídica ou legal.

Entendemos, ainda, ser necessário avaliar o impacto da destituição do poder familiar e da conseqüente “troca de filiação”, para a criança e seus pais, seja de que ordem for a ação. Como adverte THÉRY (1996), quando os “itinerários biográficos” são marcados pela incerteza, não sabemos mais o que nos liga ao passado, e o amanhã é uma incógnita. (p. 89)

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BRASIL. *Estatuto da criança e do adolescente* – Lei n. 8.069/90.
- DARLAN, Siro. *A criança e o adolescente: a exclusão da vida social, criminalização e subalternização dos excluídos e oprimidos*. In: BRITO, Leila (coord.). *Responsabilidades – ações socioeducativas e políticas públicas para a infância e juventude no estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Eduerj, 2000, p. 109-117.
- FONSECA, Cláudia. *Mãe é uma só? Reflexões em torno de alguns casos brasileiros*. In: *Psicologia USP*, v. 13, n. 2, p. 49-68, 2002.
- HAMAD, Nazir. *A criança adotiva e suas famílias*. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2002.
- HOCKING, Bárbara; RYRSTEDT, Eva. *Ethics, parenthood and human rights*. In: LODRUP, Peter; MODVAR, Eva (ed.). *Family life and human rights*. Norway: Gyldendal Akademisk, p. 625-656, 2004.
- HURSTEL, Françoise. *Le concept de famille*. In: *L'Adoption des enfants étrangers. Séminaire Nathalie-Masse*. Paris: Centre Internacional de l'enfance. 1992, p. 55-63.
- HUSTEL, Françoise. *As novas fronteiras da paternidade*. São Paulo: Papirus, 1999.
- KOZICKI, Enrique. *La filiación. El HLA, el DNA. La ciencia y el derecho*. In: La Ley. Buenos Aires, p. 2/4, 12 jul. 1990.
- LABRUSSE-RIOU, C. *La filiation en mal d'institution*. In: *Esprit*, p. 91-110, déc. 1996.
- LEGENDRE, Pierre. *Pouvoir généalogique de l'état*. In: *Autorité, responsabilité parentale et protection de l'enfant. chronique sociale. Collection Synthèse*, p. 365-373, 1992.
- _____. *El inestimable objeto de la transmisión*. México: Siglo Veintiuno, 1996.
- LÔBO, Paulo Luiz N. *Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária?* In: *Revista Brasileira de Direito de Família*, ano V, n. 19, p. 133-156, ago./set. 2003.

- LORIA, C. *Políticas Públicas y reforma del estado*. In: BHATTACHARJEA, S. (compiladora). *Infância y política social*. México: UNICEF, Universidad Autónoma Metropolitana, 1999.
- MARIANO, Fernanda. *O cenário jurídico: a análise de processos de adoção no município de Ribeirão Preto (1991-2000)*. Pró-forma da dissertação apresentada ao programa de pós-graduação em psicologia da FFCLRP/USP, 2003.
- NÖEL, Janine. *De vraies familles? In: L'Adoption des enfants étrangers. Séminaire Nathalie-Masse*. Paris: Centre International de l'enfance, 1992, p. 65-71.
- SEGALEN, Martine. *Les nouvelles familles*. In: DORTIER, Jean-François (coord.). *Familles – permanence et metamorphoses*. Paris: Sciences Humanines, 2002, p. 63-66.
- THÉRY, Irène. *Identifier le parent*. In: *Informations Sociales*, n. 46, p. 8-19, 1995.
- _____. *Différence des sexes et différence des generations – malaise dans la filiation*. In: *Esprit*, Paris, p. 65-90, dez. 1996.
- _____. *Penser la filiation*. In: DORTIER, Jean-François (coord.). *Familles – permanence et metamorphoses*. Paris: Sciences Humanines, 2002, p. 211-222.
- VILLELA, João Baptista. Art. 1.601. In: PEREIRA, Rodrigo (coord.). *Família e cidadania, o novo CCB e a vacatio legis*. Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, p. 71-84, 2002.

A RELEITURA DA ADOÇÃO SOB A PERSPECTIVA DA DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL À INFÂNCIA E ADOLESCÊNCIA

Maria Claudia Crespo Brauner

Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos.

Maria Regina Fay de Azambuja

Procuradora de Justiça do Ministério Público do RS,
Mestranda em Direito da Unisinos, Sócia do IBDFAM.

A RELEITURA DA ADOÇÃO SOB A PERSPECTIVA DA DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL À INFÂNCIA E ADOLESCÊNCIA

*Maria Claudia Crespo Brauner
Maria Regina Fay de Azambuja*

“O sonho pelo qual eu luto exige que eu invente em mim a coragem de lutar, ao lado da coragem de amar.” (Paulo Freire)

SUMÁRIO: Introdução; 1 Aspectos Históricos da Adoção; 2-Doutrina da Proteção Integral: Adoção como Medida de Proteção; 3-O Novo Código Civil frente à Adoção; Conclusão; Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

A adoção de uma criança ou adolescente, ao mesmo tempo que nos põe em sintonia com um instituto extremamente atual, delineado pelo princípio da Doutrina da Proteção Integral à Criança e ao Adolescente, remete-nos a uma prática que já se fazia presente no início da história das civilizações.

Por razões diversas, próprias de cada momento histórico, a humanidade, desde os seus primórdios, recorreu à adoção, como demonstram inúmeros relatos históricos e referências de variadas legislações antigas.

No Brasil, a partir da Constituição Federal de 1988, avanços significativos são observados no trato do instituto da adoção. Sob a influência dos princípios que vieram a integrar a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, o art. 227 da Carta de 1988 introduziu, no ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da Doutrina da Proteção Integral, assegurando às crianças e aos adolescentes a condição de sujeitos de direitos, enquanto pessoas em desenvolvimento, e auferindo-lhes o tratamento definido pela prioridade absoluta no atendimento de seus direitos.

Inverteu-se, desde então, o enfoque atribuído ao tratamento dado à infância e adolescência, rompendo-se a ideologia do

assistencialismo e da institucionalização que privilegiava o interesse e a vontade dos adultos, pela proposta de reconhecimento à criança e ao adolescente de direitos e proteção especiais.

A mudança de paradigma tem exigido a substituição de práticas que caracterizaram a Doutrina da Situação Irregular, representada pelo Código de Menores de 1979, por ações que garantam o melhor interesse da criança, segundo as disposições trazidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n. 8.069 de 1990.

Neste artigo, pretende-se esboçar breves comentários sobre os aspectos históricos da adoção, para, num segundo momento, expor a Doutrina da Proteção Integral, tratando a adoção como medida de proteção à criança ou ao adolescente e, finalmente, apresentar e tecer comentários sobre a adoção a partir do novo Código Civil Brasileiro de 2002.

1 - ASPECTOS HISTÓRICOS DA ADOÇÃO

A adoção surge na mais remota antigüidade, tendo como berço a Índia, passando, juntamente com as crenças religiosas, aos egípcios, persas, hebreus e, posteriormente, aos gregos e romanos. As crenças primitivas impunham a necessidade da existência de um filho, a fim de impedir a extinção do culto doméstico, considerado a base da família.

Relata Fustel de COULANGES que: “adotar um filho era a possibilidade de vigiar pela perpetuidade da religião doméstica, pela salvação do lar, pela continuidade das oferendas fúnebres, pelo repouso dos manes dos antepassados”.

A Bíblia relata a adoção de MOISÉS, pela filha do Faraó, no Egito. Por sua vez, o Código de Hamurábi (1728-1686 a. C.), na Babilônia, disciplinava minuciosamente a adoção em oito artigos. Ao filho adotivo que ousasse dizer aos pais adotivos que eles não eram seus pais, cortava-se a língua; ao filho adotivo que aspirasse voltar à casa paterna, afastando-se dos pais adotivos, extraíam-se os olhos (arts. 192 e 193).

Em Roma, era exigida a idade mínima de 60 anos para o adotante, vedada a adoção àqueles com descendência legítima.

Na Idade Média, a adoção não rompia os vínculos de parentesco do adotivo com a família natural, caindo o instituto em desuso, por influência dos princípios religiosos vigentes à época. Os filhos sendo considerados como uma benção divina e, noutro sentido, a esterilidade conjugal concebida como um castigo dos céus, que deveria ser aceito e, jamais compensado

através da prática da adoção. Paralelamente, são criados os orfanatos ou hospícios para recolher as crianças enjeitadas pela sociedade, evitar a exposição e o infanticídio, mas que apenas serviriam a lhes conceder um destino de miséria e exclusão social.

Inventa-se na Europa o sistema de rodas de expostos a fim de garantir o anonimato dos abandonos e evitar a exposição de recém nascidos, em praças públicas, portas de igreja, casas de família ou, até mesmo, nos lixos das cidades, modelo este que será implementado no Brasil e que perdurará, infelizmente, até os anos cinqüenta.

Somente após a Revolução Francesa, a adoção ressurgiu, através do Código Napoleônico de 1804, como ato jurídico capaz de estabelecer o parentesco civil entre duas pessoas, passando a ser admitida em quase todas as legislações. NAPOLEÃO se inspirou no Direito Romano, fazendo renascer o instituto da adoção após seu longo tempo de esquecimento. Assim, após a Revolução Francesa, houve o interesse em estimular a adoção, imitando-se o fenômeno ocorrido na antigüidade, talvez no intuito de estimular a divisão das fortunas, dando até mesmo àqueles que já tinham filhos a possibilidade de se atribuir herdeiros suplementares, embora havendo determinadas restrições legais.

No Brasil, o Código Civil de 1916 deu ao instituto uma restrita possibilidade de utilização, refletindo a cultura dominante no início do século passado. Para exemplificar, somente poderia adotar o maior de 50 anos, sem descendentes legítimos ou legitimados, e desde que fosse, pelo menos, 18 anos mais velho que o adotado (arts. 368 e ss.).

A adoção internacional, por sua vez, aparece, como prática regular, após a Segunda Guerra Mundial, em face da existência de multidões de crianças órfãs, sem qualquer possibilidade de acolhimento em suas próprias famílias. Crianças da Alemanha, Itália, Grécia, do Japão, da China e, de outros países, foram adotadas por casais norte-americanos e europeus. Calcula-se que milhares de crianças tenham sido encaminhadas para o exterior, sem que tivessem os documentos indispensáveis à regularização de sua situação, demonstrando a intensidade da explosão das adoções internacionais, ocorrida nos últimos quarenta anos.

Já referimos ser indubitável que o processo de adoção internacional seja complexo e delicado, pois, além das questões que incumbem ao direito interno de cada país, existem questões de competência

de direito internacional privado. Os conflitos de leis que têm surgido em relação às condições e efeitos da adoção são normalmente resolvidos, levando-se em consideração a lei mais benéfica para a criança.

Alguns dados demonstram que, dentre o contingente de crianças adotadas na Itália, entre 1985 e 1990, quase 80% eram provenientes da América Latina. Já na França, das 5.348 crianças adotadas entre 1990 e 1992, 21,16% eram brasileiras.

O descontrole, os abusos verificados, especialmente a existência do tráfico internacional de crianças, no país de origem e no de acolhida, fizeram nascer a necessidade de serem estabelecidas normas eficazes de garantia das adoções e de proteção aos infantes.

Na América Latina, as mudanças legislativas tiveram início no final da década de 80, buscando atender aos princípios introduzidos pela Convenção Internacional dos Direitos da Criança, adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 20/11/1989. Passou-se a considerar a criança como sujeito de direitos, afirmando o seu direito a ter um nome, a partir do nascimento, assim como o direito a ter uma nacionalidade; o direito de conhecer e conviver com seus pais, a não ser quando incompatível com seu melhor interesse; afirmando o caráter excepcional da adoção internacional, entre tantas outras disposições que vêm definidas em seus 56 artigos.

2 - DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL: ADOÇÃO COMO MEDIDA DE PROTEÇÃO

Não há como deixar de mencionar, dentro do contexto histórico, a postura de vanguarda assumida pelo Brasil, em 1988, ao introduzir a Doutrina da Proteção Integral em seu sistema jurídico, pelo do art. 227 da Constituição Federal.

Portanto, mesmo antes da aprovação do texto que deu origem à Convenção, nosso País já assumira um compromisso com a infância. Doravante, entre os direitos fundamentais assegurados à criança brasileira, encontramos, ao lado do direito à vida, à saúde, à educação, à liberdade, ao respeito, à dignidade, o direito à convivência familiar.

O novo paradigma, marcado pelo direito fundamental à convivência familiar, o direito de a criança ser criada e educada no seio da família natural, conforme estabelece o Estatuto da Criança e do Adolescente, está-se a exigir uma nova postura das instituições que

compõem o sistema de proteção, quando se vêem diante de uma criança em situação de risco, em decorrência da omissão dos pais, do abuso ou da violência familiar, impondo o seu afastamento da família.

Inúmeros são os casos de violência doméstica, conhecidos como violência física, violência sexual, violência psicológica, negligência e violência fatal, que povoam os Conselhos Tutelares, as delegacias de polícia, os leitos hospitalares, os gabinetes da Defensoria e do Ministério Público, as laudas de processos judiciais e os espaços das entidades de atendimento. Lamentavelmente, um número maior ainda permanece encoberto pelo segredo, sem ultrapassar os limites do círculo familiar, impedindo que a proteção possa ser exercida. Apontam os estudos que as agressões ambientais, “entendidas como desde as provocadas por um vírus sobre o embrião até a violência de um pai sobre o bebê, a morte prematura de um dos pais ou o abuso sexual – podem danificar, em variados graus de intensidade, tanto o aparelho psicológico como, conseqüentemente, o genético, dada a plasticidade do sistema nervoso central”.

Seguindo a linha do conhecimento científico de que dispomos, a atual legislação prevê que os casos de maus-tratos praticados contra a criança devem ser notificados ao Conselho Tutelar, para que as medidas legais possam ser adotadas em sua proteção. Fundamental que os profissionais da saúde e da educação, em especial, estejam capacitados para identificar os casos de suspeita e confirmação de maus-tratos praticados contra seus pacientes e alunos, possibilitando a intervenção precoce, na tentativa de romper com o círculo da violência. A nova obrigatoriedade de comunicação ao Conselho Tutelar, pelos profissionais da saúde e educação, reafirma a vigência da Doutrina da Proteção Integral, porquanto são o médico e o professor, depois da família, os mais próximos da vida e do cotidiano da criança.

A colocação em família substituta, em qualquer de suas formas (guarda, tutela e adoção), corresponde, na atualidade, a uma medida de proteção (art. 101, inc. VIII, do Estatuto da Criança e do Adolescente), aplicada quando se mostrar inviável a manutenção da criança junto com a família natural. No caso específico da adoção, tratando-se de adotando adolescente, o seu consentimento será indispensável (art. 45, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente; art. 1.621, *caput*, do novo Código Civil).

Como saber se a família não tem condições de cuidar o filho? Somente por uma criteriosa avaliação, com o auxílio de uma equipe

interdisciplinar, que permita, num primeiro momento, a elaboração de um plano de trabalho terapêutico, com o auxílio de técnicos e do Conselho Tutelar, possibilitando o encaminhamento do grupo familiar para programas de assistência existentes na comunidade.

Vale lembrar que nos feitos de suspensão ou destituição do poder familiar, não raras vezes verificamos que a mãe, o pai, ou ambos os genitores são portadores de retardo mental leve ou moderado, agravado com o uso indevido de álcool e o desemprego. O que fazer nesses casos? É recomendável investir no grupo familiar, apesar do comprometimento dos genitores? Quais seriam os prazos recomendáveis para o investimento?

Infelizmente, o que muito se vê nos processos judiciais dessa natureza são constatações, como por exemplo, “os pais não apresentam as mínimas condições para proporcionar os cuidados básicos que a prole necessita para seu desenvolvimento biopsicossocial”. De outro lado, o que pouco se observa são relatos de planos de trabalho terapêutico, buscando a reinserção social desses grupos, com efetivo acompanhamento técnico e regular avaliação.

Constatada a impossibilidade de a criança permanecer com a sua família de origem, a adoção, como forma de colocação em família substituta, surge como uma possibilidade de reconstrução do direito à convivência familiar. Ligar o abandono à adoção é uma possibilidade de vida para o adotante e para o adotado. Como refere JOÃO BATISTA VILLELA, “a consciência de que a paternidade é opção e exercício, e não mercê ou fatalidade, pode levar a uma feliz aproximação entre os que têm e precisam dar e os que não têm e carecem receber”.

A verdadeira filiação não é determinada pela “descendência genética, e sim os laços de afeto que são construídos, em especial na adoção”. A razão maior da paternidade se funda “no desejo humano, essencial, de amar e ser amado”.

Deste modo, “esboça-se, a partir das disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente, uma perspectiva maior que pode valorizar o elemento afetivo da filiação como um elo garantidor do interesse superior da criança, contrapondo-se ao critério da determinação biológica”.

Com frequência, perguntam-nos se os filhos adotivos não estariam mais vulneráveis a se tornarem “filhos problemas”. A resposta vem em trabalho desenvolvido por MARIA LUCRÉCIA SCHERER ZAVASCHI:

... não há elementos que autorizem a conclusão de que os problemas eventuais dos adotados sejam decorrentes da adoção em si. Por outro lado, as evidências colhidas no estudo do relacionamento pais-filhos na adoção levam à conclusão geral de que os comportamentos peculiares dos pais adotivos mantêm uma estreita relação com a situação atual das crianças adotadas.

A adoção de uma criança ou adolescente, mais do que uma questão jurídica, constitui-se em uma postura diante da vida, em uma opção, uma escolha, um ato de amor, que tem sua raiz no desejo, na vontade, envolvendo não só uma pessoa, mas, no mínimo, um grupo de pessoas ou grupos familiares. Sentimentos variados afloram em seus protagonistas. Sentimentos de rejeição, de perda, de dor, de alegria, de expectativa, de vida e de esperança. Por esta razão, pensamos que nós, profissionais do direito, necessitamos compreender as circunstâncias que acompanham a opção de quem decide adotar uma criança e de quem espera, ansiosamente, a possibilidade de uma família substituta.

“A história da família é longa, não linear, feita de rupturas sucessivas”, estabelecendo entre adotante e adotado uma relação de paternidade e filiação, em que “os laços de afeto se visibilizam desde logo, sensorialmente, superlativando a base do amor verdadeiro que nutrem entre si pais e filhos”. Ilustrativa se mostra a declaração de TIZUKA YAMAZAKI, publicada no Jornal O Globo (1/11/1992), referindo-se a sua experiência de mãe adotiva: “Cresci muito com essa experiência. Sou muito mais humilde. Vejo o mundo de outra forma, com mais atenção e delicadeza; e descobri que foi Fábio, muito mais do que eu, que fez um esforço descomunal para que tudo desse certo.”

Entre as inúmeras mudanças introduzidas pela Carta de 1988, podemos afirmar que “a adoção passou por uma séria revisão, em relação ao sistema jurídico anterior, exigindo uma rigorosa fiscalização pelo Poder Judiciário, mas, ao mesmo tempo, abrindo inúmeras possibilidades e novas oportunidades para os interessados”

Cabe referir que, ao lado das mudanças legislativas, os avanços na área da genética e das técnicas de reprodução medicamente assistidas, também vieram abrir novas alternativas à realização da maternidade e da paternidade, deixando de figurar a adoção como único meio capaz de possibilitar às famílias inférteis a construção do vínculo parental.

Sobre a adoção, importante referir o componente psicológico intrínseco desta relação:

O recurso à adoção se apresenta como uma das maneiras de realização do desejo de ter um filho, sem que exista a gravidez da mãe, pelo menos do ponto de vista biológico, pois do ponto de vista psicológico este filho já existe, é primeiramente imaginário, no espírito dos pais e o processo adotivo implica em fazer a passagem entre o filho imaginário e o filho real, que assumirá este papel, de forma definitiva na vida do adotante.

É possível sentir os efeitos da mudança legislativa?

Ainda vislumbramos um abismo entre o mundo que queremos, expresso pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, e o mundo que temos. Quanto maior a distância entre os dois mundos, o mundo idealizado pelo legislador infanto-juvenil de 1990 e o mundo real, maiores serão as situações de risco enfrentadas pela população infantil. Consequentemente, maiores recursos e investimentos serão exigidos do poder público e dos profissionais que atuam na área. Se tivéssemos que responder à pergunta, diríamos que já é possível sentir os efeitos da mudança. De certo modo, a comunidade parece estar mais atenta e alerta para os abusos e a violência que são praticados contra a criança.

Nas últimas décadas, conhecimentos referentes ao desenvolvimento do bebê e da criança, antes restritos, por exemplo, à área da saúde e educação, encontram espaço nos meios de comunicação, assim como discussões e debates sobre a adoção, contribuindo para a mudança de cultura e melhora da qualidade de vida.

GUILHERME OLIVEIRA já afirmara que, “infelizmente, as boas leis não chegam para garantir boas estatísticas e muito menos para garantir felicidade”. O alerta vem confirmado, no Brasil, a partir da entrada em vigor do Estatuto da Criança e do Adolescente, que tem permitido, na última década, a possibilidade de levantamento de dados que, em sua maioria, demonstram que é preciso transformar a política de atendimento aos direitos de crianças e adolescentes brasileiros, exigindo a materialização do princípio da prioridade absoluta no atendimento dos interesses destes.

É possível que, após a vigência da nova lei, tenhamos conseguido conhecer um pouco mais da realidade que nos circunda, permitindo uma tomada de consciência, por parte da sociedade, das diferentes formas de violência que, historicamente, praticamos contra as nossas crianças. Mesmo sabendo do poder limitante da lei, temos como inegável que o Estatuto da Criança e do Adolescente, nos dias atuais, é um instrumento de transformação social e de garantia do princípio da dignidade humana.

Na vigência do Código de Menores, as disposições legais que regiam a adoção de crianças eram outras. Recebeu esta legislação a herança do regime militar, demonstrada pela sua influência na concepção da Doutrina da Situação Irregular. Protegiam mais os interesses dos adultos. Na adoção, buscavam-se crianças para atender às exigências dos candidatos a pais adotivos.

Finalmente com a extinção e a proibição de qualquer discriminação sobre a filiação, consagrada no art. 227, § 6º, da Constituição Federal, assim como os novos princípios trazidos com o Estatuto da Criança e do Adolescente, provocaram mudanças profundas no instituto da adoção.

Hoje, o panorama legal é outro. As regras estão a serviço da proteção da criança. As autoridades têm a responsabilidade de buscar sempre o melhor interesse da criança e os reflexos da norma atingem a todos, inclusive o poder público, como se vê da regra do art. 23 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que estabelece:

A falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do pátrio poder. Parágrafo único. Não existindo outro motivo, que por si só autorize a decretação da medida, a criança ou o adolescente será mantido em sua família de origem, a qual deverá obrigatoriamente ser incluída em programas oficiais de auxílio.

A disposição legal, introduzida pelo art. 23 do Estatuto da Criança e do Adolescente, é de fundamental importância, uma vez que já se relatou “que os pais, representantes maiores do meio ambiente no início da vida, submetidos à violência crônica, à pobreza e à falta de emprego, sentem-se frustrados e desesperançados, podendo tornar-se incapazes de cuidar bem de seus filhos”. Devendo ser observado que os pais adotivos, quer venham do estrangeiro ou não, são, em geral, “menos miseráveis do que os genitores da criança”.

Em nossa trajetória profissional, não recordamos da existência de processo de destituição ou suspensão do pátrio poder envolvendo família de classe média. Todos os feitos, sem exceção, abrangem famílias pobres, por vezes, paupérrimas.

A colocação de uma criança em família substituta não pode ser definida sem que antes se tenha tentado investir na manutenção dos vínculos afetivos com a família natural, porquanto “o desenvolvimento pleno de um bebê só poderá ocorrer se contar com o amor de seus pais, que vai se expressar como uma íntima relação que os estudiosos chamam de apego”.

Esgotadas as possibilidades de manter a criança com os pais biológicos, há que se trabalhar as relações de confiança e de afeto da criança com os novos pais, guardiões ou tutores, recomendando-se a intervenção interdisciplinar, uma vez que a decisão judicial não tem, por si só, o condão de sanar os conflitos afetivos dos envolvidos.

Colhemos da experiência, com muito pesar, a constatação de que a fragilidade dos vínculos afetivos entre os pais e os filhos passa a ser fator desencadeador e facilitador do abandono e da negligência. O enfrentamento do problema, por certo, não está unicamente na alçada do Poder Judiciário. O desafio é bem mais amplo, passando inclusive pelo adequado planejamento e execução das políticas públicas, que privilegiem o fortalecimento dos vínculos entre a mãe e o bebê, mesmo antes do nascimento, pois “é condição vital que o bebê tenha um pai e uma mãe ou outra pessoa que os substitua, caso contrário, não sobreviverá”.

Segundo uma pesquisa da qual participamos, que foi realizada na cidade de Porto Alegre e, em 14 municípios da região metropolitana, envolvendo os registros de violência contra crianças e adolescentes até 14 anos de idade, registrados nos hospitais, Conselhos Tutelares, delegacias de polícia e Ministério Público, no período de maio/97 a maio/98, apontou que, em 80% dos casos, a violência ocorreu na residência da vítima, sendo que, em todos os tipos de abuso constatados (físico, psicológico, sexual e negligência), os pais biológicos superaram, quanto à autoria, em muito, os adotivos (74,5% para 25,5%).

No Rio Grande do Sul, aproximadamente 900 crianças e adolescentes se encontram abrigados, segundo dados da Secretaria Estadual do Trabalho, Cidadania e Assistência Social, divulgados em 19/10/2001, sendo que 50% desta população permanecem, entre cinco ou mais anos, na condição de abrigados. Portanto estas crianças estão

sendo privadas da convivência familiar e comunitária protegida pela Convenção da ONU sobre os direitos da Criança e do Adolescente, recepcionada na Constituição Brasileira, e novamente protegida no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Em 2001, em Porto Alegre, segundo dados do Juizado Regional da Infância e Juventude, realizaram-se 52 adoções (45 adoções nacionais e 7 internacionais), número inferior ao período de 2000, quando a equipe de adoção colocou 64 crianças em família substituta, pela adoção (51 nacionais e 13 internacionais).

Se, de um lado, mostra essencial garantir a regularidade e a segurança dos procedimentos jurídicos envolvendo a criança, de outro, parece indiscutível que a morosidade é fator que desprestigia a atuação das instituições, comprometendo a sua eficácia e efetividade, levando-nos a uma constante e necessária avaliação do nosso agir. Conciliar rapidez e competência no exame de casos que envolvam, especialmente, destituição do poder familiar e colocação em família substituta é um desafio que nos é imposto neste nascer de século.

Uma questão que suscita debate é a possibilidade, segundo a sistemática vigente, da adoção de nascituro. Este tema tem levado a sérias discussões.

Respeitando posições divergentes, sustentamos a sua inviabilidade. A Convenção de Haia, de 29 de maio de 1993 (Decreto Legislativo n. 63, de 19/4/1995), relativa à adoção internacional, impede, implicitamente, a sua realização, ao referir, em seu art. 4º, letra c, n. 4, a necessidade de as autoridades competentes do estado de origem assegurarem-se de “que o consentimento da mãe, quando exigido, tenha sido manifestado após o nascimento da criança”.

Outro aspecto relevante envolvendo a adoção de crianças de tenra idade reside na decisão de revelar ao filho a sua origem.

Mesmo antes da vigência da Lei n. 8.069/90, já recomendavam os especialistas a adoção pelos pais de uma postura de franqueza com o filho, não mantendo em sigilo fatos importantes de sua vida. A revelação da verdade, se bem conduzida, contribuirá para o fortalecimento dos vínculos do novo grupo familiar, favorecendo a confiança e o respeito entre pais e filhos, valendo lembrar que “as crianças que conhecem seu *status* adotivo estão em melhores condições que as demais”.

E a licença-maternidade?

Em 15/4/2002, a Lei n. 10.421, que acrescentou novo dispositivo à CLT, estendeu o benefício às mães que adotarem crianças até os oito anos de idade, deixando em condições de desigualdade exatamente as situações mais difíceis, envolvendo crianças adotadas com idade superior aos 8 anos. A nova lei, ao que se depreende, nasce eivada de inconstitucionalidade, pela evidente discriminação no tratamento dispensado às mães e aos filhos.

Outro aspecto envolvendo a adoção refere-se à possibilidade, reconhecida pelo STJ, de os adotados ingressarem com ação de investigação de paternidade para fins de conhecer os verdadeiros pais biológicos, sem desconstituir a adoção. No mesmo sentido decidiu, recentemente, em 15/5/2002, a Sétima Câmara Cível do eg. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no julgamento da Apelação Cível n. 70004148490, em que foi Relatora a Des^a MARIA BERENICE DIAS.

Como se constata, a Doutrina da Proteção Integral vem, paulatinamente, operando significativas mudanças na forma de pensar e agir do profissional do direito, especialmente daquele que se dedica à criança, com repercussões na vida social como um todo.

Tem havido uma maior abertura para a adoção de crianças com idade superior a dois anos, fruto de uma conscientização que vem ganhando lugar na atualidade, a exemplo do trabalho realizado pela organização não-governamental gaúcha, Instituto Amigos de Lucas.

Desponta uma nova legislação civil que disciplina o Direito de Família e, portanto, trará repercussões no âmbito da proteção à infância, especialmente contemplando a adoção. Cabe, neste ponto, examinar as previsões do novo Código Civil à luz dos princípios constitucionais e das regras de Direito Internacional, referentes ao tema da adoção.

3 - O NOVO CÓDIGO CIVIL FRENTE À ADOÇÃO

O novo Código Civil, em linhas gerais, não inova em matéria de adoção de criança, reafirmando as disposições contidas na Lei n. 8.069/90. Acrescenta, entretanto, às duas hipóteses em que o consentimento dos pais é dispensado com relação à adoção do filho, elencadas no art. 45 do ECA (pais desconhecidos e/ou destituídos do pátrio poder), os casos de infante exposto; de pais desaparecidos; de pais destituídos do poder familiar, sem nomeação de tutor, além das hipóteses de órfão não reclamado por nenhum parente, por mais de um ano (arts. 1.621 e 1.624 do NCC). Embora

a imprecisão das novas disposições, especialmente no que se refere à definição jurídica, que, ao certo, trará dificuldades de interpretação, a Doutrina da Proteção Integral, introduzida no nosso ordenamento jurídico, a partir do art. 227 da Constituição Federal de 1988, como não poderia deixar de ser, permanece assegurada.

Inova, ainda, o novo Código Civil, ao afirmar que o consentimento dos pais para com a adoção, previsto no ‘*caput*’ do art. 1.621 do novo Código Civil, é revogável até a publicação da sentença constitutiva da adoção. O dispositivo poderá gerar insegurança aos pretendentes à adoção, bem como à criança, em razão da possibilidade conferida aos pais biológicos de voltarem atrás em sua decisão, em momento em que o adotando já se encontra, muitas vezes, na guarda dos requerentes à adoção.

Matéria que suscitará questionamentos, ao certo, será o limite mínimo de idade para o adotante. Enquanto o Estatuto da Criança e do Adolescente fixa em 21 anos a idade mínima para o pretendente à adoção (art. 42, *caput*), o novo Código Civil refere que “só a pessoa maior de 18 (dezoito) anos pode adotar” (art. 1.618). À jurisprudência caberá um posicionamento capaz de dirimir os eventuais conflitos que surgirem, devendo servir de mote, em qualquer caso, o melhor interesse da criança.

De outro lado, enquanto o Estatuto da Criança e do Adolescente veda a adoção por procuração, o novo Código Civil silencia. Silencia, igualmente: a) quanto à vedação da adoção pelos ascendentes e irmãos do adotando; b) quanto ao estágio de convivência; c) quanto à irrevogabilidade; d) quanto ao não-restabelecimento do poder familiar dos pais naturais em caso de morte dos adotantes.

Vale lembrar ainda as disposições contidas nos arts. 10 do novo Código Civil e 47 do Estatuto da Criança e do Adolescente. De acordo com o primeiro, far-se-á averbação, em registro público, dos atos judiciais ou extrajudiciais de adoção, ao passo que o segundo dispositivo afirma que o vínculo da adoção se constitui por sentença judicial, que será inscrita no registro civil mediante mandado do qual não se fornecerá certidão, sendo que o mandado judicial será arquivado, cancelando-se o registro original do adotando. Considerando-se a igualdade de filiação, afirmada na Constituição Federal de 1988, parece-nos que deva prevalecer a segunda solução, preconizada pela legislação especial, como aliás já ocorreu no Rio Grande do Sul (Processo SPI 20357-0300/03-4, Vara dos Registros Públicos).

Por último, digna de registro a possibilidade de o adotando ter o prenome modificado a seu pedido ou do adotante (art. 1.627/NCC), bem como a extensão do parentesco do adotando a todos os parentes do adotante, como vem afirmado no art. 1.628 do novo Código Civil.

Pensamos que melhor seria o novo Código Civil ter silenciado quanto à adoção de criança e adolescente, deixando ao Estatuto da Criança e do Adolescente o regramento da matéria, como vinha ocorrendo desde 1990. Entretanto, este não foi o caminho escolhido, e deveremos continuar a buscar a aplicação das disposições de proteção às crianças e aos adolescentes privados de vida familiar digna.

CONCLUSÃO

O instituto da adoção, ao longo do tempo, sofreu profundas e marcantes modificações, perpassando por diversas fases de valorização ou, até mesmo, de esquecimento. Os aspectos históricos demonstram, entretanto, que os fundamentos e as motivações que levam à adoção de crianças e adolescentes desempenham papéis diferentes em cada período da civilização e que, nos países ocidentais, no último século, a adoção ressurgiu como meio de proteção à infância negligenciada e vítima de violência doméstica e, como forma de derrubar as fronteiras entre nações, desenhando-se uma nova família, centrada no elemento afetivo entre pais e filhos.

A partir de 1988, com a introdução da Doutrina da Proteção Integral em nosso sistema jurídico, as disposições legais passaram a valorizar o melhor interesse da criança, em atenção à Convenção Internacional dos Direitos da Criança da ONU.

Em 1990, com o advento da Lei n. 8.069, de 13 de julho, o Estatuto da Criança e do Adolescente, a adoção, ao lado da guarda e da tutela, passa a ser uma medida de proteção (art. 101, inc. VIII, do ECA), exigindo sempre a intervenção do Poder Judiciário.

A criança apta à adoção, não raras vezes, tem uma trajetória de vida marcada por inúmeras omissões, passadas de geração em geração, transcendendo o espaço familiar para abarcar, também, as políticas públicas e todo o funcionamento do sistema que se vê muito desorganizado e insuficiente para lidar com o abandono, a negligência e a violência familiar, que acabam por comprometer o direito à convivência familiar.

A experiência profissional tem nos permitido identificar, quando tratamos da adoção de uma criança, fatores que caminham na contramão

do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, valendo citar, a título exemplificativo: a) a fragmentação que se estabelece na comunicação entre os profissionais que atuam nas diversas instâncias do sistema protetivo, como por exemplo, Conselho Tutelar, abrigos, Ministério Público e Poder Judiciário; b) a dificuldade em acompanhar o andamento dos casos, no momento em que são transferidos para outras esferas de atuação, como por exemplo, quando o expediente passa do Conselho Tutelar para o Ministério Público; c) a lentidão na tramitação dos feitos judiciais que visam assegurar a proteção integral àqueles que ainda não atingiram 18 anos; d) a carência de laudos interdisciplinares, nos processos de destituição do poder familiar e de adoção; e) a inexistência de plano terapêutico de trabalho, visando o restabelecimento dos vínculos da criança com os pais biológicos, nos processos de suspensão ou destituição do poder familiar; f) a escassez de programas de atendimento à família em situação de vulnerabilidade; g) a morosidade na comunicação dos fatos ao Judiciário, pelo dirigente de abrigo, das circunstâncias importantes da vida da criança abrigada; h) a falta de advogados, defensores públicos ou mesmo estagiários, supervisionados por universidades, encarregados de peticionar em defesa dos direitos da criança colocada em abrigo e, por via de consequência, afastada do convívio familiar.

Urge que o avanço constitucional, representado pelo art. 227 da Carta de 1988, seja cumprido pelos integrantes do sistema, a fim de assegurar às crianças e aos adolescentes brasileiros, o princípio da dignidade humana e cumprir a prioridade absoluta no atendimento a seus interesses.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVES, João Luiz. *Código Civil da República dos Estados Unidos do Brasil*. 1ª ed. Rio de Janeiro: F. Briguiet e Cia., 1917, p. 1400.
- BÍBLIA de Jerusalém. Porto Alegre: Paulinas, 1991.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Apelação Cível n. 70003044427, Sétima Câmara Cível, Relator Des. Luiz Felipe Brasil Santos, 22 de maio de 2002, Porto Alegre.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 127541, Terceira Turma, Relator Min. Eduardo Ribeiro, 10 de abril de 2000, Rio Grande do Sul, DJU 28.08.2000, RSTJ 139/241, p. 72.
- BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. *Novos contornos do direito da filiação: a dimensão afetiva das relações parentais*. Porto Alegre: Ajuris, n. 78, p. 193-216, jun. 2000.
- _____. *Nascer com dignidade frente a crescente instrumentalização da reprodução humana*. Revista do Direito, Santa Cruz do Sul: EDUNISC, n. 14, p. 7-26, jul./dez. 2000.
- _____. *Problemas e perspectivas da adoção internacional em face do Estatuto da Criança e do Adolescente*. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, n. 122, p. 169-181, abr./jun. 1994.
- CARBONNIER, Jean. *Droit Civil, La Famille*. Paris: PUF, t. 2, 1993, p. 618.
- COSTA, Tarcisio José Martins. *Adoção transnacional, um estudo sociojurídico e comparativo da legislação atual*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p.639.
- COULANGES, Fustel. *A cidade antiga*. Trad. Fernando de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, n.c., p. 641.
- EIZIRIK, Cláudio Laks; KAPCZINSKI, Flávio; BASSOLS, Ana Margareth Siqueira et al. *O ciclo da vida humana: uma perspectiva psicodinâmica*. Porto Alegre: Artmed, 2001, p. 200.
- FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 346.
- FONSECA, Claudia. *Caminhos da adoção*. São Paulo: Cortez, 1995, p. 152.

FREIRE, Fernando (org.). *Abandono e adoção: contribuições para uma cultura da adoção*. Curitiba: Terra dos Homens, 2001, p. 348.

FREITAS, Lúcia Maria de Paula. *Adoção – Quem em nós quer um filho?* Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 3, n. 10, p. 146-155, jul./set. 2001.

FREITAS, Marcos Cezar (org.). *História social da infância no Brasil*. São Paulo: Cortez, 1997, p. 312.

KRISTENSEN, Christian Haag; OLIVEIRA, Margrid Sauer; FLORES, Renato Zamora. *Violência contra crianças e adolescentes na Grande Porto Alegre*. In: _____. *et al. Violência doméstica*. [s.l.]: Amencar, 1998, p. 136.

OLIVEIRA, Guilherme. *Temas de direito da família*. [s.l.]: Coimbra Editora, 1999, p. 278.

PEREIRA, Tânia Maria. *Infância e adolescência: uma visão histórica de sua proteção social e jurídica no Brasil*. In: Programa de Atualização em Direito da Criança, Texto n. 5, ABMP.

PERROT, Michele. *O nó e o ninho*. Revista Veja, São Paulo: Abril, n. 25, 1993.

VILLELA, João Batista. *Desbiologização da paternidade*. In: Programa de Atualização em Direito da Criança, Texto n. 6, ABMP.

ZAVASCHI, Maria Lucrécia Scherer. *Aspectos da relação pais-filhos na adoção*. Revista de Psiquiatria, v. 1, n. 3 e n. 4, p. 32-40.

MEDIAÇÃO EM DIREITO DE FAMÍLIA – UM RECURSO ALÉM DA SEMÂNTICA

Ivone M. C. Coelho de Souza

Psicóloga, Psicoterapeuta, Especialista em Psicologia Clínica e
Jurídica, Coordenadora de Psicologia do IBDFAM/RS,
Coordenadora da Assessoria Psicológica do JUSMulher/RS.

MEDIAÇÃO EM DIREITO DE FAMÍLIA – UM RECURSO ALÉM DA SEMÂNTICA

Ivone M. C. Coelho de Souza

SUMÁRIO: Introdução; 1 - A “Validade” em Mediação; 2 - O Mediador e suas Atribuições Possíveis; 3 - Antes de Tudo, uma Escuta; Referências Bibliográficas.

RESUMO: A autora tece comentários acerca dos métodos de mediação aplicáveis ao direito de família – especialmente no que se refere ao litígio nas rupturas dos casamentos e nas questões familiares que dela decorrem – como intervenções antigas e espontâneas. Discute a eficácia dessas intervenções, bem como seus limites dentro da multidisciplinaridade, a partir de argumentação centrada nas origens e nas formas manifestas dos conflitos evidenciados, sublinhando a base da habilitação técnica para estabelecer determinados tipos de mediação. Refere-se à experiência em serviço voluntário em Porto Alegre - RS, de assistência multidisciplinar à mulher e à família com conflitos de ordem jurídica e psicológica. Propõe, finalmente, a uniformidade de termos para designar intervenções extrajudiciais perante casais e famílias em crise que buscam arbítrio no Judiciário.

INTRODUÇÃO

A partir do reconhecimento crescente de que os conflitos de família levados ao Judiciário demandam uma abrangência pluralista a cargo da multidisciplinaridade, a mediação ou, mais adequadamente, as mediações têm assumido uma condição onipresente no âmbito do direito de família, sendo quase um consenso entre os profissionais que se dedicam a esta faixa do Direito e desenvolvidas ativamente em comunidades estrangeiras, nas quais tem sua principal origem.

Apesar disso, não resta muito claro que se trate apenas da inclusão de contribuições psicológicas ou psicossociais – já empregadas nos processos de família – agora em formas mais divulgadas ou até

mesmo mais aceitas de perceber e assistir os impasses afetivos que impregnam as disputas judiciais. Reúnem, assim, um mesmo discurso mobilizado por meio de recursos que apresentam pequenas variações quanto à aplicabilidade, sem, contudo, afastar-se do eixo comum, assentado sobre a figura do terceiro, intermediário, com funções facilitadoras e organizadoras, em que haja distorções na comunicação, em que sejam importantes os deslocamentos afetivos, bem como um estremecimento nas capacidades empáticas recíprocas entre as partes.

O que se propõe agora é tão-somente uma linguagem nova para se referir aos mesmos instrumentos de assistência, ainda que o embasamento do ato de mediar não esteja realmente modificado em sua essência. Assume, em outra instância, novas roupagens sobre recursos antigos; é antes uma questão de nomenclatura do que de estrutura.

Mesmo assim, quando se assinalam os limites do alcance para neutralizar ou aplacar o atrito produzido pelas disputas, mantém-se como uma valiosa tentativa de promoção do bem-estar e da resolução das dolorosas crises que assolam a família que recorre ao Judiciário.

No texto, são feitas, ao lado de considerações gerais, observações que se reportam particularmente aos aspectos psicológicos e seus desdobramentos na tarefa de mediar – desprezam-se, mesmo que com dificuldades, as implicações políticas e administrativas – inclusive a partir dos debates sobre mediação no Congresso do IBDFAM, Belo Horizonte, 2003; no Congresso de Direito de Família do MERCOSUL, promovido pelo IBDFAM/RS, Porto Alegre, 2004, bem como no evento patrocinado por este último, em agosto de 2004, com as participações também das doutoras EDITH NEPOMUCENO e STELLA BREITMAN.

O texto retrata, ainda, o produto da experiência amalhada na assessoria do JUSMulher/RS – assessoria jurídica e psicológica à mulher desassistida, um trabalho multidisciplinar e voluntário, no seu nono ano desde a implantação – e, antes de tudo, visa a contribuir para a discussão de um instrumento que, como tantos outros – superestimados ou não – está sujeito a limites, contra-indicações e inviabilidade.

São reflexões sobre procedimentos ainda jovens, em matéria sensível, cogitações dinâmicas, vivas, ao menos quando se atêm a propos-

tas atuais, já que no direito de família, como tão bem foi concluído no evento do IBDFAM/RS, subsistem sempre mais dúvidas do que certezas, mais perguntas do que respostas.

1 - A “VALIDADE” NA MEDIAÇÃO

O que presentemente se define como mediação pode ser coincidente com intervenções usuais, espontâneas, praticadas desde há muito tempo cuja eficácia também não difere do ora proposto formalmente. Nesse sentido, a mediação aqui abordada não se apresenta como uma idéia inédita, senão como uma atualização, mais sistematizada, com focos particularizados, de antigas tratativas que visam a acolher, minimizar, encaminhar e contribuir para as soluções dos impasses familiares ou entre pessoas que geralmente mantenham relações próximas. Em sentido amplo, é hoje uma tendência mundial e, como via de acesso à transdisciplinaridade no Direito, muito oportuna.

O alcance da mediação em direito de família, porém, oscila entre objetivos limitados e objetivos abrangentes segundo os graus de complexidade contidos nas demandas. Designo aqui por abrangentes os casos mais permeáveis à intervenção do terceiro, do mediador. São quase sempre de encaminhamento breve; já os limitados envolvem no litígio aqueles fatores pouco acessíveis que interagem definitiva e transversalmente nas questões intrincadas dos desfechos familiares, em que a subjetividade e a afetividade são a tônica, em que é grande o desamparo emocional produzido pela crise e representado por meio da queixa. Ainda que válidas, as tentativas de intervenção para diminuir o desgaste litigioso são, como todas as outras, de eficácia variável.

As crises familiares que redundam em rupturas ásperas, do ponto de vista psicológico, implicam sérios desdobramentos, nos quais a partilha e a ascendência sobre os filhos menores ocupam os focos. Bem sabe quem exerce funções técnicas perante estes casos: a disputa não depende necessariamente da qualidade do objeto reivindicado e também não se esgota nos arranjos construídos em relação aos filhos, porque a necessidade de tomar, sonegar, esvaziar, punir e triunfar ocorre assomar de maneira incontrolável e é onipresente em algum grau.

É simples inferir que se tornem, então, de complicado acesso, sobretudo quando a pobreza, a desvalia, a desinformação e as longas vivências de abandonos, rixas e frustrações sejam do cotidiano dos queixosos. A fusão-confusão com a demanda judicial é mais um reforço na história de maus-tratos intrafamiliar e repete um padrão de funcionamento quase invariável. Reflete as trajetórias de violência física, psicológica ou, mais comumente, ambas.

Toda a complexa tecelagem afetiva consciente e principalmente inconsciente apresenta-se, então, sob forma do antigo e delicado bordado, desenhado desde a escolha do cônjuge, na relação marido-mulher, no exercício da parentalidade, na inserção da família no social. O que é trazido ao Judiciário agora é o avesso do tecido, muitas vezes irremediavelmente roto, desbotado, danificado, a pedir restauração. O ato de ruptura, que culmina com a crise, está muito além da separação do casal. Certas questões históricas advindas de necessidades ainda mais remotas nas trajetórias dos hoje autor e réu representam a versão atualizada dos impasses que determinam o conflito atual.

O “equilíbrio de poder” preconizado pelas mediações resumir-se-ia muito mais em dar voz à parte mais fragilizada, equiparando, pela escuta, a valorização das suas queixas e o acolhimento de suas emoções, com fins de, pelo estímulo afetivo, reforçar a importância da sua ótica de conflito. É, segundo percebo, o grande momento da mediação, este sim, de alcance quase invariável, quando medidas simples têm efeito e podem prestar um serviço valioso, mesmo que não completo, em relação a expectativas preestabelecidas. Mormente quando se trata de mulheres, aquelas em situação de desassistência, desgastar a disparidade entre autoritarismo e submissão pela presença simples do terceiro-mediador, já significa obter bons resultados.

Por vezes, é preciso reconhecer que a intervenção mediadora limita-se, na melhor das hipóteses, a tranquilizar e/ou estimular o reconhecimento do direito do outro e a reivindicação dos seus próprios direitos e de seus dependentes.

Quanto à procedência, sabe-se que ocorrem casos em que é possível intervir com recursos relativamente simples e breves. A história familiar não evidencia conflito severo, nem as queixas são impeditivas no

sentido de construir uma negociação. O casal e/ou outros membros da família têm capacidade de, sob intervenção, alcançar seus objetivos e estabelecer limites auto e heteroorientados, salvo desgastes previsíveis.

Diferentemente, para um bom número de outros, há, até mesmo, uma contra-indicação de abordagens mais superficiais, dado o envolvimento de conflitos antigos e estruturados, ora determinantes das principais demandas apresentadas, como, por exemplo, “os restos de amor levados ao Judiciário” ou o empenho quase inevitável em se designar tacitamente um “culpado” e um “inocente” nos papéis questionados. Ainda que esses fatores sejam comuns, o grau em que se manifestam e influenciam a negociação é significativamente variável. Em outras palavras, a história do par e do núcleo que pode estabelecer se manifesta decisivamente na crise presente.

O passado é, então, de fato, importante, mesmo que não seja trabalhado nesta intervenção que pauta seu planejamento também no tempo de acesso ao caso e na cautela de se ater às finalidades dos atendimentos. Quando o psicólogo-mediador centra seus objetivos em ver o “que está por trás”, as chamadas questões multiplexas, logo se dá conta disso. Efetivamente, é pouco provável que medidas simples mudem a base de conflitos estruturados – nem é preciso explicitar que não estão em discussão os casos que apresentem sinais claros de patologias graves.

Uma leitura apenas superficial sobre dinâmica de família permite deduzir que somente razoáveis condições de ego, já responsáveis pela estruturação familiar suficientemente ajustada, poderiam se beneficiar de intervenções mediadoras. Não é o caso das tentativas de manutenção do vínculo conjugal pelo litígio, que tendem a buscar ganhos secundários no decorrer do tempo, tenham ou não logrado obter na prática a satisfação de suas demandas. Mesmo com a aparente definição de encaminhamento, voltarão estas partes a se enfrentar, ou repetir em outras experiências aquilo que não lograram satisfazer, gratificar, no processo em andamento. Uma delas pode até ser responsável pela resolução a contento das rivalidades (“quando um não quer, dois não brigam”), mas será duvidoso o resultado final, porque a insatisfação interna não se aplaca necessariamente com “triunfos” obtidos nas decisões finais que encerrariam o processo, ou as culpas que sobrevêm atuam como fatores de perturbação no pós-separação e na constituição de novos núcleos familiares.

De alguma forma especial, a disputa representa a continuidade ou a oportunidade, inconsciente, de finalmente manifestar um complexo de sentimentos antes disfarçados, contemporizados ou deslocados na vida familiar. Todavia, as ansiedades resultantes não são capazes de se satisfazer com tentativas de equacionar o tumulto emocional, nem com as decisões jurídicas, uma vez que são apenas fragmentos emergentes na questão submersa dos entraves particulares, ou do par, ou individuais, ou, melhor ainda, dos dois.

A mediação, como se pretende, não seria então a “panacéia para todos os males”, e, embora muito adequadamente se façam ressalvas, tem-se insinuado, por vezes, um “sentido milagroso” na aplicação deste recurso.

A mediação, as mediações são, sim, ou vêm sendo, recursos importantes para que se assista integralmente os recorrentes, para que se instale a intervenção do terceiro facilitador. Mas a viabilidade desta ajuda e os limites desta intervenção permanecem como questões a serem avaliadas e reavaliadas tecnicamente.

2 - O MEDIADOR E SUAS ATRIBUIÇÕES POSSÍVEIS

E a figura do mediador? O que cabe a quem e quando? Minha proposta centra-se em torno do técnico em saúde mental para acompanhar os litígios, ainda que a figura do *boni viri*, proposta pela literatura (“qualquer um, mas não um qualquer”), possa vir a compor a equipe de assistência. Serão enfoques em níveis diversos e provavelmente adequados a níveis diferentes de complexidade e condições de acesso aos problemas latentes e manifestos.

Esta reflexão diz respeito diretamente à questão da objetividade do psicólogo ou psicoterapeuta, que, para intervir, necessita, antes de tudo, avaliar a natureza da convulsão emocional, o tempo disponível, os limites de objetivos etc., como variáveis do procedimento.

É básico, na intervenção em psicologia, de qualquer natureza, por parte do técnico, colocar na mão do paciente, ou do recorrente, as decisões que lhes dizem respeito, mediante tentativas anteriores de clareá-las ou torná-las acessíveis ao entendimento. Outra orientação, nesse sentido, seria tecnicamente considerada inapropriada. No caso dos profis-

sionais em psicologia que intervêm no processo mediatório, quando se diz que, pela objetividade, não valorizam o passado das partes, penso que isso se refira mais à intervenção propriamente dita, uma vez que a “leitura” do passado será inevitável, mesmo que, dadas as condições propostas, não seja objeto de trabalho direto. *Hay un inconsciente*, como se repete na gíria técnica, cuja importância não pode ser descuidada.

Este intrincado jogo repetitivo, que deve ser rompido, pode, freqüentemente, exigir tão-somente a chamada Lei do Pai – há ocasiões em que é por meio deste limite drástico que se encaminham as tentativas de promover a evolução. É preciso identificar com clareza esta contingência. Mesmo que o *jus pater* não prescindia absolutamente de recursos não-judiciais, é possível sim que se enseje um momento para o “binário”, porque cabe certas vezes designar “a César o que é de César”.

Tem lugar, a esta altura, mais uma reflexão adversativa. É no mínimo contraproducente, senão perigoso, investir em métodos alternativos de intervenções que visem a “sanar” as dificuldades ou lacunas percebidas no funcionamento judicial, em se admitindo que haja uma inclinação a perceber a “norma como dissociada do conflito” e conseqüente fragilização da estrutura atual, como tantas outras, aliás. As inquietações que permeiam esta área em especial têm sido crescentes e anteriores a este debate.

Não pode, entretanto, uma composição anunciada como “saída original” pela transdisciplinaridade conduzir ao arriscado equívoco de transfigurar o que se chama “referência comum (...)”, orientada pelo papel da lei, onde há (...) só uma justiça, uma única lei”.

3 - ANTES DE TUDO, UMA ESCUTA

Em verdade, qualquer das formas interventoras, se bem indicadas, bem dosadas, levam invariavelmente em conta os recursos particulares de cada parte, do par, da família (recursos de ego), suas capacidades decisórias etc., e deles não prescindem. As partes assistidas têm participação ativa nos encaminhamentos dos conflitos. Não seria assim exclusividade ou ineditismo da mediação colocar na mão dos recorrentes a condição de assumir suas próprias decisões.

A demanda de recursos extrajudiciais e a busca da solução simplesmente judicial são faces da mesma moeda, e o desejo latente das

partes ou a natureza do conflito é que determinará a viabilidade de se transitar da “cultura da sentença à cultura da pacificação”.

Há, ainda, a questão da disponibilidade ampla e irrestrita dispensada aos recorrentes, condição indispensável para que possa tomar parte no desfecho das mazelas familiares. Caso contrário, o que se produzirá será apenas um deslocamento do criticado “tratamento heterônomo”.

Mediação nos processos de disputas familiares, sob quaisquer circunstâncias, está integrada ao trato jurídico e, mesmo independente, forma uma unidade de atendimento, ainda que não tenha restado muito claro que os MESC's (método extrajudicial de solução de conflitos) não propõem uma dissociação entre um plano e outro. São técnicas essencialmente integradoras e complementares, mas não detêm a excelência do trabalho, em detrimento de outros recursos que são justamente os fundamentos dos processos psicossociais. Como tal, ao situar e enquadrar limites, visa-se a acrescentar ao jurídico, não equivaler nem substituir. BONAFE-SCHMITT (1991) diz que mediação, como modo de resolução de conflitos, extrajudicialmente falando, não deve ser uma resposta à disfuncionalidade do Judiciário.

A chamada co-mediação, dada a proposta de introduzir um tratamento integral ou integrado, parece ser mesmo a melhor forma de tratar os descompassos familiares, pois, se voltar para o Judiciário, já expressa direta ou indiretamente a necessidade de fazer frente a problemas que envolvem afetividade. São combinações de discursos, técnica e papéis diferentes, mas com funções complementares e harmônicas. Ao promover a transdisciplinaridade, projeta uma visão integrada das necessidades de cada demanda e da orientação a ser dispensada. Estabelece um modelo de práxis no direito de família moderno. Entretanto, ao contrário do que se aponta na prática, os ajustes e entendimentos entre os técnicos de uma mesma equipe podem ser úteis para a agilização dos encaminhamentos. A partir das trocas entre duas ou mais categorias de intervenção, visa-se a propiciar a renovação e a ampliação do entendimento dos casos.

Proponho, finalmente, o termo mediação, mais além da sigla MESC's, como designação geral das tentativas de encaminhamento de soluções extrajudiciais para os conflitos de família, a saber, os ditos conciliação, reconciliação, tratamento etc., inclusive por não diferir claramente

destes, isto é, serem todos recursos que buscam ajudar, acompanhar, assessorar, enfrentar ou lidar com esses impasses, podendo ou não se refletirem nas decisões judiciais.

Também não é invariável que venham a ser modelos rígidos, isto é, ainda que se orientem em torno de eixos fundamentais, certos recursos podem ser tomados “emprestados” de um e de outro, sem que se descaracterize a ênfase selecionada, nem que seja hermética qualquer conceituação, como quer SIX (2001), para que se defina o que é efetivamente mediação. Assim, não haverá hierarquização entre esses modelos, já que entre eles há uma distinção quase que exclusivamente didática.

Finalmente, seria útil, para as discussões que se instalaram, observar que a questão semântica dominante, na proposta de mediação atual, se refere muito mais a uma leitura diferenciada de fenômenos que são por demais reconhecidos nos enfrentamentos familiares.

As peculiaridades que propõe a teoria restam apenas como um enfoque que não esgota, que não substitui as demais tentativas de ampliar a abordagem dos conflitos familiares que ocorrem ao Judiciário.

A instalação de orientações mediadoras é uma conquista do direito de família atual e está em plena expansão. Sua aplicação prática, porém, não deve ser vista como capaz de resolver todas as demandas de afeto que se imiscuem nas queixas familiares.

Na maioria dos casos, abrange exitosamente os entraves que são passíveis de benefícios por recursos simples.

Em outro sentido, as questões de cunho psicológico, mais primitivas, mais estruturadas e talvez mais mórbidas, assinalam-nos claramente à psicanálise, haverão de opor resistências a todas as tentativas de ceder, de renunciar ao ganho secundário representado pelo conflito atual.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, Águida Arruda. *Mediação familiar: instrumento de reforma do Judiciário*. Palestra proferida no IV Congresso de Direito de Família do IBDFAM. Belo Horizonte, 2003.

BREITMAN, Stella. *Contribuição à mesa Mediação – IBDFAM/RS*. Porto Alegre: ago. 2004.

BRUNO, Denise D. *Comentários breves sobre mediação no atual contexto da justiça de família*. Anais da VIII Jornada de Direito de Família. Publicação conjunta do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul (IARGS) e Centro Acadêmico Maurício Cardoso, 2000, p. 25-26.

COELHO DE SOUZA, Ivone M. C. *A disputa como tentativa de prolongamento do vínculo – direito de família e interdisciplinaridade*. Curitiba: IDEF, Juruá, 2001, p. 51-58

COELHO DE SOUZA, Ivone M. C.; DIAS, Maria Berenice. *Famílias modernas: (inter) secções do afeto e da lei*. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: v. 8, p. 62-69, jan./mar. 2001.

_____. *Separação litigiosa – na “esquina” do Direito com a psicanálise*. Revista da AJURIS. Porto Alegre: n. 76, dez. p. 233-237, 1999.

GARCIA, Célio. *Dinâmica da mediação*. In: _____. *Direito de família e psicanálise*. Rio de Janeiro: Imago, 2003, p. 347-357.

NAZARETH, Eliana R. *A importância da co-mediação no direito de família*. Palestra proferida no IV Congresso de Direito de Família do IBDFAM. Belo Horizonte: 2003.

NEPOMUCENO, Edith P. *Contribuição à mesa Mediação – IBDFAM/RS*. Porto Alegre, ago. 2004.

PRINCÍPIOS DEONTOLÓGICOS DA MEDIÇÃO FAMILIAR

Águida Arruda Barbosa

Advogada, mestre, doutoranda em Direito pela FDUSP, mediadora familiar, Professora de Direito Civil e Mediação Familiar, antigo membro da; *Fédération Internationale des Femmes des Carrières Juridiques*; Diretora Nacional da Comissão de Mediação do IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família.

PRINCÍPIOS DEONTOLÓGICOS DA MEDIAÇÃO FAMILIAR

Águida Arruda Barbosa¹

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

RESUMO

Os princípios deontológicos da mediação permitem que se compreenda este jovem e alvissareiro instituto, sob a ótica dos deveres do mediador, diante da aplicação de um método que humaniza o acesso à justiça. A Carta da Mediação, elaborada pelo *Centre National de la Médiation* (França) descreve dezessete deveres, aplicáveis a qualquer cultura, uma vez que fundamentados em princípios de moral universal. Para compreender este comportamento é preciso consagrar a definição de mediação como ética – comportamento – afastando, definitivamente, sua definição como “ resolução de conflitos” .

PALAVRAS-CHAVE: mediação – solução ou resolução de conflitos – ética do mediador.

SUMÁRIO: I - Introdução, II - Mediação É Resolução de Conflitos? III – O Estado da Arte da Definição da Mediação, IV – Princípios Deontológicos da Mediação, VI - Conclusão.

I – Introdução

Os princípios deontológicos¹ da mediação familiar devem ser analisados e compreendidos, exaustivamente, para afastar, definitivamente,

1 - BUENO, Francisco Silveira. *Grande Dicionário Etimológico-Prosódico da Língua Portuguesa*. São Paulo: Editora Lisa S.A , 1988, p. 894. “Deontologia s. f. Ciência dos deveres. Gr. déon, deontos, dever, ser necessário; logos, tratado; ia, suf. Derivs.: deontológico, adj. deontologismo, s. m.; deontologista, adj.”.

a confusão de sua prática com a conciliação e a arbitragem², permitindo, assim, que este novo e nobre instituto possa se desenvolver, aprimorando sua essência, que se traduz em ferramenta de natureza interdisciplinar.

O presente estudo traz um elenco de informações sobre a mediação na França, cujo teor muito se aproxima da realidade brasileira, daí ser tomada por empréstimo a experiência estrangeira de um país de tradição jurídica com a qual o Direito brasileiro guarda estreita afinidade.

Os princípios deontológicos da mediação serão estudados a partir da Carta da Mediação³ elaborada pelo Centro Nacional da Mediação (França), presentes na descrição de dezessete comportamentos que compõem o conceito universal de mediação, tendo em vista o conteúdo de direitos fundamentais naquela inseridos.

Com este mote, será possível desenvolver a técnica da mediação como um instrumento da interdisciplina, cujo emprego assegura eficácia ao Direito.

II - MEDIAÇÃO É RESOLUÇÃO DE CONFLITOS?

O filósofo mediador Jean-François Six publicou a obra *Le Temps des Médiateurs*⁴ (O Tempo dos Mediadores), na qual tratou do tema mediação, estabelecendo uma discussão sob sua inadequada definição como resolução de conflitos, desvirtuando o conceito do instituto.

Segundo o autor, num primeiro momento, “o sentido habitual de ‘mediação’ é expresso em relação ao conflito. Em seguida a um conflito, é a intervenção destinada a conciliar ou promover um acordo, uma acomodação das pessoas ou das partes que têm desavença; é em relação à desavença que se resolve e a função da mediação será exercida nesta “ resolução”.

Prossegue o autor. “Ora, a mediação, em vez de ser exercida em aval, depois de um conflito que explodiu, pode e deve, no entanto, realizar-se antes do conflito se manifestar”.

2 - BARBOSA, Águida Arruda. Um Novo Projeto para a Mediação. Artigo publicado no Boletim IBDFAM n.. 22, Ano 3, disponível no site www.ibdfam.org.br

3 - SIX, Jean-François. Dinâmica da Mediação. Tradução brasileira de Águida Arruda Barbosa, Giselle Groeninga de Almeida e Eliana Riberti Nazareth. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2001.

4 - SIX, Jean-François. *Le temps des médiateurs*. Normandie: Seuil, 1990, p. 161/162.

Ora, a definição de mediação como resolução de conflitos é apegada-a, reduzi-la a uma função que a enquadra numa relação com o conflito, quando, na verdade, a natureza da mediação é relacional. Destinando-se a estabelecer comunicação entre pessoas ou grupos, construída por uma imaginação criativa. Assim, a Mediação se define como prática social, consubstanciada em três fundamentos: respeito à lei, respeito ao outro e respeito a si próprio. E, para que esta relação se solidifique, é necessário que haja três participantes da ação mediadora: os dois mediados e o mediador.

A prática da Mediação ocorre quando os mediados reconhecem que se instalou um bloqueio insuportável entre eles, cujos discursos e razões já são sobejamente conhecidos por ambos, mas polarizados em suas posições, não conseguindo que um ouça o outro, portanto, não se comunicam, porque não se reconhecem.

Mudando a dinâmica com a prática da mediação, suas razões são ouvidas, simultaneamente, pelo mediador, pelo outro e por si próprio, numa relação de espelho, porque ambos se ouvem por meio da escuta qualificada do mediador, que reconhece a dignidade da palavra dos protagonistas daquela relação. Ademais, passam a ter a oportunidade de compreender como cada um vê o mesmo conflito. Nesse momento há a transformação do conflito, desbloqueando a comunicação, gerando efeitos terapêuticos e preventivos, pois a consciência não permitirá que repitam a inadequada dinâmica da polarização, que causou desconforto e sofrimento.

A Mediação só pode ocorrer gerada por legítima manifestação da vontade, seja do mediador em se emergir no papel de agente da comunicação, seja dos mediados em reconhecer a autoridade da disponibilidade afetiva oferecida pelo mediador. Portanto, a mediação não pode ser definida como resolução de conflitos, pois o objeto desta atividade é fazer brotar uma comunicação, como bem diz Six⁵, “a mediação deve provocar em cada mediando um choque que o faz pensar que, provavelmente, ele não detém toda a verdade, porque o outro tem uma parte dela. O primeiro benefício de uma verdadeira mediação é comunicar a cada um que o isolamento em si mesmo é nefasto, que uma abertura vale mais”.

5 - SIX, Jean-François. *Le temps des médiateurs*. Normandie: Seuil, 1990, p. 186.

Em 1.995, quando Six se debruçou sobre a obra *Le Temps des Médiateurs* para atualizá-la para a segunda edição, trouxe novas reflexões sobre a definição da mediação, trazendo à baila o conceito de mediação construído a partir de inúmeros debates, que resultaram em obras significativas sobre o tema, porém, ainda num ensaio de buscar o lugar deste jovem instituto de prática social.

Assim, em vez da segunda edição da obra escrita em 1.990, Six escreveu uma nova obra sob o título de *Dynamique de la Médiation*⁶; sistematizando o conhecimento da mediação em todas as suas modalidades, com as diferenças culturais dos países que a adotaram, e, sob o enfoque de uma reflexão de um contexto filosófico, dada a sua formação agregada à de mediador, para afastar definitivamente a idéia de mediação como resolução de conflitos, para defini-la como um espaço de criatividade pessoal e social, um acesso à cidadania. A mediação encontra-se num plano que aproxima, sem confundir, e distingue, sem separar.⁷

A mediação é impulsionada por um terceiro, num diálogo-confrontação, nascendo daí algo que não será nem a satisfação das razões de um ou outro protagonista, unilateralmente, mas uma passagem, uma abertura original, realizada por um e por outro, juntos, numa saída que pertence aos dois, porque criada a partir do diálogo, da ação comunicativa.

III – ESTADO DA ARTE DA DEFINIÇÃO DE MEDIAÇÃO

A década 1980 - 1990 foi a explosão da mediação nos Estados Unidos, Canadá, França e Grã-Bretanha. E, segundo Six, quando uma palavra começa a ficar na moda, é que a realidade por ela designada está bem doente, e, seguramente, nesta dinâmica do mundo de hoje, nas grandes cidades, principalmente, em que se vive isoladamente, sem tempo para se dedicar aos relacionamentos, a mediação aparece como convite a incitar a comunicação e a união.

6 - SIX, Jean-Fraçois. *Dinâmica da Mediação*. *in ob. cit.*

A mediação tem sido exaltada, dentre outras qualidades, em virtude de sua função catalisadora, tornando-se uma função independente, nobre e muito conveniente àqueles que querem dar um sentido à vida, compreendendo os fenômenos que afastam as pessoas, para buscar caminhos sedimentados pelo conhecimento que leva à humanização das relações – o que não é um paradoxo, embora aparente.

O implemento da mediação, principalmente quando aplicada aos conflitos jurídicos, traz um sentido tanto para as partes, que se deparam com um novo caminho, como em relação aos profissionais do direito, que, muitas vezes, se sentem talentosos para o papel de mediar, mas sem recursos técnicos ou conhecimento teórico para aprimorar esta qualidade, encontram na mediação uma oportunidade de acrescer algo à sua atividade profissional, e, em particular, acabam encontrando entusiasmo para agir com segurança de humanizar sua atuação.

A história mostra que a mediação sempre existiu como um modo de regular litígios, principalmente nos países orientais, como China, Japão etc. No entanto, nesta década 80/90, final do Século XX, a mediação é reavivada para um novo contexto, num quadro de uma crise sem precedentes no sistema judiciário e na regulação de litígios, o que não ocorre somente no Brasil.

Neste contexto, as técnicas de mediação correspondem à vontade manifestada pelas partes de serem compreendidas, escutadas, pois, diante do princípio constitucional de proteção à dignidade da pessoa humana, já não se admite mais a forma reducionista com que o Judiciário aprecia as relações humanas – principalmente quando há sofrimento, como nas relações familiares - desconsiderando a influência das mudanças paradigmáticas mundiais sobre o comportamento humano.

Com a mediação, as ciências humanas fazem irrupção nas relações jurídicas, pois se trata de um conhecimento interdisciplinar a serviço do acesso à justiça, assim, os saberes das diferentes disciplinas – direito, psicanálise, psicologia, sociologia, filosofia etc. - conduzem a uma complementaridade da prática social, função e objetivo desta nobre linguagem.

O provérbio *wolof* “Não existem duas pessoas que não se entendem, há, somente, duas pessoas que não discutiram” pode ser tomado como ferramenta para a ação da mediação, que tem como objetivo, conforme já exposto, estabelecer uma comunicação entre pessoas, por meio da discussão.

A década 1.990 – 2000, inserindo nesta o transcurso da primeira década do século XXI, ainda apresenta confusão em relação à definição de mediação, sendo freqüente ser tida por meio de resolução de conflitos. Este fato decorre de influência do modelo de mediação advindo dos Estados Unidos, que precisa ser contextualizado para uma cultura e um sistema jurídico muito diferente dos países latinos.

Este confuso entendimento é devido à falta de fundamentação teórica, para aqueles que se contentam com a resolução de conflitos, e não do confronto de duas teorias que sustentam diferentes definições. Enfim, o desenvolvimento da mediação e de sua ampla aplicabilidade às relações humanas não está a contento, porque ainda não mereceu a devida atenção da comunidade científica das ciências jurídicas.

Na comunidade européia, esta questão já está afastada, quase que totalmente, pois, a definição de mediação esta consolidada como um princípio ético, um comportamento humano. Assim, a definição de mediação⁸ elaborada na conformidade do estágio de evolução em que se encontra é a seguinte:

A mediação é um processo de criação e de repartição do vínculo social e de regramento dos conflitos da vida cotidiana na qual um terceiro imparcial e independente, por meio da organização de trocas entre as pessoas ou instituições, tenta ajudá-los a melhorar uma relação ou regular um conflito que as opõe.

O princípio da mediação requer uma criteriosa compreensão dos deveres do mediador, com a finalidade de dar eficácia à ordem jurídica e aos princípios jurídicos.

8 - SASSIER, Monique. *Construire la Médiation Familiale*. Paris: Editora Dunod, 2001, págs. 90/93.

IV – PRINCÍPIOS DEONTOLÓGICOS DA MEDIAÇÃO

Basicamente, os deveres do mediador estão sobejamente elencados na Carta da Mediação⁹ elaborada pelo *Centre National de la Médiation* sob a ótica de “arte e pedagogia da mediação”, tendo como definição “um espaço de criatividade pessoal e social, um acesso à cidadania”. Assim, as palavras arte, criatividade e respeito a si, ao próximo e à lei são as principais na busca do sentido para a dinâmica da mediação. São dezessete comandos abaixo transcritos, com exaltação de palavras ou frases que representam a essência do comportamento contemplado pelo mediador, como conduta deontológica.

1. Nós acreditamos que a mediação é, primeiramente, vontade: uma vontade de abrir estradas, de construir pontes, de estabelecer elos onde não existem, a fim de permitir a pessoas ou grupos de se unirem, com a finalidade de permitir a alguém que encontre o caminho do auto-conhecimento. A mediação é um apelo à inventividade e à criação.

2. Nós acreditamos que a mediação é também prevenção: uma capacidade de antecipar, de discernir onde estão os impasses e de evitar que uma pessoa ou um grupo venha a se engajar em uma via sem saída. A mediação demanda inteligência e lucidez.

3. Nós acreditamos que a mediação é, ainda, medicação: um modo de ajudar aqueles que, juntos, deram um mau passo, que se atolam na violência e se fecham no conflito, para que eles mesmos se desembaracem da situação, tirando proveito da vivência. A mediação é arte e coragem.

4. A mediação é um lugar intermediário, onde se tecem novas relações, um lugar aberto que evita os impasses, ou um lugar dinâmico que permite uma regulação das tensões e conflitos. A mediação é espaço de comunicação. O mediador é um “ele”, uma terceira pessoa, que, reconhecido por dois “eu” fechados cada um em seu monólogo, permitindo-lhes restabelecer um “eu” e “tu”, resultando em um verdadeiro diálogo.

9 - SIX, Jean-François. *in* ob. cit Dinâmica da Mediação p. 283/285.

5. A mediação é propícia a pessoas ou grupos, entre os quais o mediador estabelece ligação: daqueles que voltaram a se unir, que evitaram perdas, que suscitaram juntos uma nova maneira de ser ou de agir em comum. O mediador não vem, do alto, trazer soluções; ele é catalisador de transformações realizadas pelos mediandos.

6. A mediação requer, para aqueles que recorrem a ela, que despertem a sua parte ativa, renunciando à facilidade de uma assistência passiva, criando um novo horizonte, abraçando com o mediador o futuro em questão, facilitando este futuro por um pacto. A mediação requer que o mediador suscite, constantemente, nos dois parceiros, o desejo de elaborar conjuntamente um novo destino, uma via, uma saída, imaginando com eles os meios.

7. A mediação é também um agir comunicacional de três pólos; ela não pode consistir de uma só ajuda e assistência a duas dimensões em que se encontra a solução para o outro; ela implica um dinamismo ternário em que cada um dos três participa tanto quanto os outros.

8. A mediação é uma vitória: ela não é uma fuga em que se declara que alguém é ganhador ou perdedor, mas uma estratégia pela qual os dois antagonistas aceitam perder para tornar um e outro ganhadores.

9. Os únicos recursos que conduzem à mediação são a inteligência, a ética e o coração; o mediador não recebe nenhum poder de ninguém, não pode, portanto, nem julgar, nem arbitrar, nem decidir sozinho, ele não representa nenhuma autoridade e se apresenta desarmado: aí estão sua fraqueza e sua força.

10. A mediação é um não-poder: ela não é uma justiça, mesmo branda, a dar ou mesmo uma arbitragem; a verdadeira autoridade e a decisão pertencem somente aos mediandos.

11. A mediação é independência: ela não pode emanar nem de um partido político, nem de uma confissão religiosa, nem de um grupo qualquer, que seria tão-somente um grupo de pressão, falseando

a mediação na sua própria fonte. Existe uma certa mediação, absolutamente respeitável e necessária, que é uma mediação institucional, mas que é, de fato, uma defesa oficial dos administrados (por exemplo o mediador da República). Acreditamos na necessidade complementar de uma mediação privada, civil, associativa.

12.- A mediação, para esta independência, é constituída em associação tal como a lei prevê, uma associação feita de mediadores livres e responsáveis, uma associação que se dotou de um código de deontologia ao uso de mediadores e daqueles que recorrem a seus serviços. E o mediador exerce sua função em referência a uma associação de mediadores que a reconheceu e da qual ele recebe ajuda, conselho e formação contínua.

13.- A mediação é desinteressada: ela não pode ser realizada em benefício do mediador, que deve receber justa remuneração de seu tempo consagrado à mediação, mas não pode procurar vantagem ou proveito oriundos de seu papel.

14. A mediação é imparcialidade: ela não pode favorecer um dos mediandos, e o mediador deve se manter com a devida distância em relação aos mediandos, e deve ser conduzido, em seu caminho com os dois, pela verdade e equidade.

15. A mediação é procura de objetividade: ela emprega argumentos de razão, está impedida de usar métodos de encanto ou sedução.

16.- A mediação é regida pelo segredo: aqueles que recorrem ao mediador têm o direito estrito ao sigilo, de forma que aquilo que for confiado ao mediador não seja utilizado de nenhuma maneira.

17. A mediação está inscrita na vida pessoal e no âmbito da vida social como elemento que pode, com força e discrição, contribuir ao estabelecimento e melhoria de todas as relações, quaisquer que sejam. Recorrer à mediação não é uma forma de se remeter ao outro: é permitir-se ir mais longe.

VI - CONCLUSÃO

Expostos os princípios deontológicos da mediação, descrevendo os deveres do mediador em prol de uma organização que dá sentido – sentimento - à atividade. Trata-se de uma dinâmica ternária – participação de três pessoas, com diferentes olhares e diferentes reações - que exige preparo do mediador, já que a responsabilidade é grande.

O que se espera de um mediador é que tenha maturidade, conhecimento sobre a teoria da mediação e auto-conhecimento, com a consciência de que preconceitos e arrogância impedem a dinâmica ternária, comprometendo-a e causando lastimáveis prejuízos.

Repetindo uma feliz expressão de Six: “a mediação se apresenta como um lugar de esperança” .

UNIÃO ESTÁVEL E CONCUBINATO: EVOLUÇÃO HISTÓRICA; O CÓDIGO CIVIL E SUAS INCONSTITUCIONALIDADES

Alice de Souza Birchall

Doutora e Mestre em Processo Civil pela PUC/MG;
Advogada especializada em Direito de Família e Sucessões;
Professora de Processo Civil, Família e Sucessões na PUC/MG;
Membro da Diretoria do IBDFAM/MG.

UNIÃO ESTÁVEL E CONCUBINATO: EVOLUÇÃO HISTÓRICA; O CÓDIGO CIVIL E SUAS INCONSTITUCIONALIDADES.

Alice de Souza Birchal

1 – INTRODUÇÃO

O tema que ora se apresenta não é de fácil desenvolvimento, exatamente porque, hoje, constitui um dos conflitos mais vivos para os estudiosos do direito e, principalmente, para os aficionados pelo Direito Civil.

Muito já se falou e escreveu sobre a união estável, é verdade, porém não se pode deixar de discutir sobre ela, pois se revela, no dia-a-dia forense, palco de situações inusitadas que, com garra e desprezo de valores ultrapassados pelos costumes que se estão instaurando em nossa sociedade (não cabe a discussão, aqui, se maus ou bons), são enfrentadas pelos advogados, juízes, promotores, psicólogos judiciais e partes.

A união estável, que é reconhecida constitucionalmente (226, §3º, CR/88), chegou a este *status* como resultado da evolução dos costumes de parte do povo brasileiro que optou por ela e, também, pelos cidadãos que, por falta de opção (às vezes em estado de miséria) ou por desconhecimento jurídico, estão unidos em entidade familiar, sem a dispendiosa e complicada habilitação e celebração do casamento civil, pois que gratuita somente é esta última, sendo dispendioso o processo de habilitação (quase um salário mínimo, fora as taxas de certidões).

Não se pode negar que, em muito, contribuiu para o reconhecimento da união estável: a revolução do pós-guerra de 1945, que não foi só sexual, mas também de costumes; a ausência do divórcio, que só nos veio por meio da Lei n. 6.515/77; e as leis previdenciárias. Sua identidade, porém, está sendo perseguida - se é que os que escolhem este tipo de união querem realmente que se lhe institua uma personalidade.

Não estão tão definidas as balizas da união estável (nem se pretende aqui fazê-lo) e, por isso mesmo, é preciso discutir o tema para que o Direito seja construído de acordo com os anseios sociais, sob pena de se estar, mais uma vez, malhando em ferro frio para, como sói acontecer em outros rumos do direito, entregar à sociedade uma lei que não atende à sua expectativa de Justiça.

2 – EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Como resultado de anos de evolução dos costumes, desde a Idade Média, e porque não havia reconhecimento constitucional da união estável, e o Código Civil Brasileiro, de 1916, a repudiava (art. 229), a legislação ordinária (com destaque para a previdenciária) e a jurisprudência (inclusive a sumulada) tentam, até hoje, suprir as lacunas existentes, sobretudo quando da edição das Leis n.8.971/94 e n.9.278/96, que pretendiam disciplinar o tema após a CR/88.

Assim, mister se faz apontar cronologicamente alguns textos legais sobre a união estável, ainda que esta não fosse o seu *nomen iuris*.

A) Idade Média: casamento morganático (de mão esquerda);

B) Monarquia Portuguesa:

b.1 – casamento religioso: *de benedictione*;

b.2 – casamento de pública fama: conhecidos (tidos como casados);

b.3 – casamento de simples jura.

Ordenações Afonsinas – 1.446 - proíbem os casamentos clandestinos.

Ordenações Manuelinas – 1.512 e Ordenações Filipinas – 1.603: reconhecem a meação para os casados de pública fama.

C) República Brasileira:

c.1 - Constituição Federal de 1891: art. 12, § 4º - só reconhece o casamento civil;

c.2 - Constituição Federal de 1934: atribui efeitos civis ao casamento religioso registrado, art. 146.

c.3 - Constituição Federal de 1937: só diz que o casamento civil é indissolúvel, art. 124.

c.4 - Constituição Federal de 1946: dá primazia ao casamento civil, e a ele equipara o religioso. Lei 1.110/50: efeitos civis do casamento religioso (em vigor).

c.5 - Constituição Federal de 1988: inovou, elevando à categoria de entidade familiar, a união entre o homem e a mulher, art. 226, § 3º e § 5º.

c.6 - Código Civil de 1916: só reconhece o casamento civil. Discute-se a aplicabilidade extensiva dos seus artigos, referentes ao casamento, à união estável.

c.7 - Legislação Esparsa:

- Lei de Registros Públicos, n. 6.015/73: permite o uso do patronímico do companheiro com a sua permissão escrita, art. 57, § 2º e § 5º.

- Decreto n.73.361/74: admite efeitos civis ao casamento religioso entre companheiros dependentes de trabalho rural;

- Lei n.6.880/80, art. 50; Lei n.7.289/84 e Decreto-Lei n.7.479/86, art. 51: faz dependente do companheiro funcionário público ou militar a companheira que com ele conviva há mais de 5 anos;

- Lei n. 7.087/82, arts. 28 a 30 e 39 a 41: dá direito à previdência à companheira dos congressistas.

- Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei n.8.069/90, art. 42, §2º: dá direito de adoção a cônjuges e concubinos.

- Lei de Locação Urbana – Lei n.8.245/91, arts. 12 e 47, III: reconhece direito de o companheiro permanecer no imóvel e de pedir o mesmo por denúncia vazia.

- Lei n.8.213/91 e Decreto n.611/92, art. 13, I, § 5º e § 6º: são legislações previdenciárias que atribuem direito ao companheiro de receber as pensões e os seguros.

- Decreto n.1.041/94, art. 83: institui companheiro como dependente de Imposto de Renda.

- Lei n.8.971/94: atribui alimentos e sucessão aos companheiros.

- Lei n.9.278/96: regula o § 3º do art. 226 da Constituição da República de 1988.

- Código Civil de 2002: arts. 1.723 a 1.727; 1.790, dentre outros.

- c. 8 - Súmulas do Supremo Tribunal Federal:

- 35 – Em caso de acidente de trabalho ou de transporte, a concubina tem direito de ser indenizada pela morte do amásio, se entre eles não havia impedimentos para o matrimônio.

- 380 – comprovada a existência da sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.

- 382 – a vida em comum sob o mesmo teto, *more uxorio*, não é indispensável à caracterização do concubinato.

- 447 – é válida a disposição testamentária em favor de filho adulterino do testador com sua concubina.

3 – NOMENCLATURA

Pela simples leitura dos enunciados da legislação pertinente – notadamente a Constituição Federal, as leis que se lhe seguiram (n.8.971/94 e n.9.278/96) e as súmulas do STF, é importante, neste ponto, entender a terminologia usada para, então, tentar-se uma definição do que seja união estável e do que seja concubinato, nos termos dos arts. 1.723 e 1.727 do CC/02.

No art. 226, § 3º, da Constituição Federal está:

A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
(...)

§3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher, como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

Há aqui duas expressões que precisam ser entendidas: “união estável” e “entidade familiar”. Para tanto, partir-se-á da diferenciação conceitual entre união estável e concubinato.

Iniciando-se pela união estável, pode-se dizer que há dois caminhos para se defini-la, um mais fechado, mais restrito, e outro mais aberto, mais amplo. Como se verá, o CC/02, em seus arts. de 1.723 a 1.727, resolve a questão nomenclatural e, portanto, conceitual dos dois institutos que agora se distinguem, adotando para a união estável um conceito mais restrito.

A união estável é aquela que não concorre com o casamento, ou seja, é aquela união livre de forma expressa em lei, em que um homem e uma mulher desimpedidos para se casar civilmente estabelecem uma relação amorosa, com a finalidade de constituir uma família (ainda que sem filhos). Registre-se: a relação jurídica de filiação independe das relações jurídicas entre seus pais.

Frise-se: a CR/88, em seu § 3º, diz que a união estável pode ser convertida em casamento, então, para este trabalho, união estável só pode ser estabelecida por quem poderia se casar, pois, se no futuro os companheiros assim pretenderem, poderão converter sua união estável em casamento, devendo ser, para tanto, solteiros, divorciados ou viúvos.

Antes da vigência do CC/02, era comum encontrar autores que preferiam usar as expressões concubinato puro, honesto, em diferenciação ao concubinato impuro ou adúltero, que seria aquele em que um ou ambos

os concubinos eram casados ou apenas separados judicialmente, de fato, de seus cônjuges. Por isso, a palavra concubinato e união estável eram, mas não são mais sinônimas. A partir da redação do §3º, do art. 226, CR/88 e dos arts. 1.723 a 1.727, CC/02, é evidente a diferenciação, pois só será considerada união estável se os companheiros – um homem e uma mulher – puderem convertê-la em casamento (civil), ou seja, se forem divorciados ou viúvos, nos termos e princípios constitucionais.

O problema é que a palavra concubinato, do latim *cum* (com) + *cubare* (dormir), no dizer de Rodrigo da Cunha Pereira, já carrega consigo uma certa dose de preconceito e, por isso, a Constituição Federal trouxe a nomenclatura união estável, para substituí-la.¹ Alertava ele, ainda, para a confusão dos julgados com tais nomenclaturas. Infelizmente, mesmo após a vigência do CC/02 que distingue muito precisamente entre companheiros em união estável – art. 1.723 - e concubinos (relações incestuosas ou adulterinas) – art. 1.727, – ainda é comum a confusão na jurisprudência.

Como no casamento, à união estável se opõem as uniões adulterinas ou incestuosas que se prefere designar por sociedade de fato, quando delas resultar patrimônio comum. Entre homem e mulher esta sociedade recebe o nome de concubinato, já que estão impedidos de se casarem por não serem nem divorciados, nem viúvos – art. 1727, CC/02. Entre estas se situam, ainda, as uniões homossexuais² (Projeto de Lei n.1151/95 - Marta Suplicy), pois não pode a lei proteger o enriquecimento ilícito por uma das partes envolvidas.

Quanto às relações homossexuais respaldadas nos elementos caracterizadores da união estável, não se descarta a aplicação dos princípios constitucionais da dignidade humana, da personalidade e da igualdade, segundo os quais se autoriza a utilização da analogia para se

(1) PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e união estável*. 4ª ed., rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 16.

(2) RE 148.897-MG. Rel. Ministro Rosado Aguiar. Minas Gerais, 14/4/98. “Sociedade de fato. Homossexuais. Partilha do bem comum. O parceiro tem o direito de receber a metade do patrimônio adquirido com o esforço comum, reconhecida a existência da sociedade de fato com os requisitos previstos no art. 1.363 do Código Civil.”

aplicarem a estas uniões os efeitos da união estável, cuja competência para dirimir conflitos delas advindos será das varas de família, ao contrário das relações incestuosas ou adulterinas, às quais se nega a aplicação dos institutos e presunções do Direito de Família, remetendo as partes envolvidas ao Direito das Obrigações e às varas cíveis.

Ressalte-se, ainda, que as Leis n.8.971/94 e n. 9.278/96 tratam os unidos em união estável de “companheiros” e “conviventes”, respectivamente. Com relação a estas leis, respeitadas as fortes posições doutrinárias em contrário, fixa-se, aqui, o entendimento de que estão revogadas pela CC/02. Explicando melhor: tais leis atribuíam à união estável alguns efeitos diferentes do casamento e, neste aspecto, já eram tidas por inconstitucionais, porque a CR/88, no *caput* de seu art. 226, trata de família e, desse modo, todos os parágrafos, inclusive o 3º, dizem respeito às formas familiares. Portanto, o que distingue o casamento da união estável é apenas a forma, ou seja, o casamento é um ato solene e formal, enquanto a união estável se constitui pelo fato. Assim, à união estável devem ser atribuídos os mesmos efeitos do casamento, nada mais, nada menos. Conclui-se: após a vigência do CC/02, são inconstitucionais todas as leis, inclusive ele mesmo, quando atribuírem efeitos diferentes entre o casamento e a união estável.

Mas, então, o que é entidade familiar? Este é um outro problema ...

O casamento civil, segundo o Código Civil de 1916, era aquele que criava a família legítima e legitimava os filhos dos cônjuges concebidos antes do casamento (art. 229, CC) ³. Ora, se assim era, só era família aquele núcleo que advinha do casamento (civil)!

Se na Constituição Federal está dito – art. 226, §3º - que a união estável deve ser protegida pelo Estado e, pelo Código Civil de 1916, ela não é família, conclui-se que a Constituição resolveu o problema ao referir-se que a união estável é entidade familiar e, portanto, entidade familiar não seria família!

(3) Diante da Constituição Federal não existe mais nenhuma diferenciação em relação aos filhos. Todos eles são legítimos, advenham ou não da união pelo casamento.

Mais adiante, no art. 226, §4º, a Constituição Federal diz que a “comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes” é entidade familiar.

Em resumo: a união estável e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes são entidades familiares. Porém, como acima foi dito, todos estes parágrafos estão subordinados ao *caput* do art. 226, CR/88, supra transcrito, que trata da família e, segundo as regras de hermenêutica, entre tais parágrafos subordinados ao *caput* do art. 226, não há hierarquia. Outra interpretação não pode haver senão concluir que família e entidade familiar são sinônimos e, assim, são regidas pelas mesmas regras que só podem gerar os mesmos efeitos jurídicos.

4 – REQUISITOS PARA A CARACTERIZAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL

A Constituição Federal conceituou a união estável e não determinou que a legislação ordinária a conceituasse, já que, no final do § 3º do art. 226, apenas disse que o Estado deve facilitar sua conversão em casamento. Ora, se não determinou a conceituação da união estável é porque basta o intuito *familiae* entre homem e mulher desimpedidos para casar para caracterizá-la, até por respeito a quem escolheu esta união livre, pois o casamento está aí, disponível, com toda a sua formalidade, para quem queira e possa contraí-lo.

Porém, o legislador ordinário não respeitou a Constituição Federal e a liberdade dos que preferem a união estável e veio, sucessivamente, com duas leis extravagantes, tentar estabelecer todos os parâmetros para a união estável, limitando-a, formalizando-a, inutilmente, porque as leis n.8.971/94 e n.9278/96 trazem regras diferentes e fazem com que os seus intérpretes se digladiem para saber se uma ab-rogou ou derogou a outra e para comparar os seus efeitos com os do casamento.

A tarefa de saber se se trata ou não de união estável não é da lei, é do Judiciário. Só ele pode avaliar a vontade dos companheiros, com as provas e nuances trazidas aos autos, se eles não a estipularam por meio de contrato escrito. À lei ordinária cabia apenas a facilitação da conversão da união estável em casamento, o que, aliás, nenhuma das duas citadas leis, nem o CC/02 o fizeram. Ainda há uma lacuna legislativa.

Partindo-se da premissa de que houve revogação das Leis n.8.971/94 e n.9.278/96, pelo CC/02, visando o objetivo único de tentar estabelecer requisitos da união estável, pode concluir-se:

4.1 – Sujeitos da união: o homem e a mulher, tanto para a Constituição Federal, quanto para as Leis n.8.971/94 e n.9278/96 e para o CC/02. Assim, a união homossexual⁴, se vier a ser reconhecida, como parecem exigir os costumes, será tida como sociedade de fato e não como união estável, porém não se veda a analogia a tal instituto. O que se está a dizer é: com efeito *erga omnes*, a lei só trata da união heterossexual, cabendo ao Poder Judiciário a aplicação analógica, entre as partes envolvidas, da união estável à união homossexual.

4.2 – Inconstitucionalidades: estado civil dos companheiros: aí está um problema que merece maior atenção.

Pelo direito matrimonial, o vínculo estabelecido pelo casamento válido só se dissolve pela morte ou pelo divórcio – Lei n.6.515/77, art. 2º, parágrafo único -, além do §6º, do art. 226, da CR/88, é claro. Assim, só podem contrair matrimônio o divorciado, o viúvo e o solteiro. A separação judicial (nem se fala na de fato) não permite que os ex-cônjuges se casem novamente sem se divorciar. O mais que podem é se reconciliar, com comunicação ao juiz responsável pela separação - art. 1.577, CC/02 e Lei n.6.515/77, art. 33 e 46.

Desde a Lei n.8.971/94, o seu art. 1º diz que podem unir-se em união estável os solteiros, os separados judicialmente, os divorciados e os viúvos! Tal dispositivo foi repetido pela última parte do §1º, do art. 1.723 CC/02. É, mas como fica a questão, se o separado judicialmente não pode contrair matrimônio, e o art. 226, §3º diz que a união estável é aquela que pode ser convertida em casamento?

(4) Não se desconhece a nomenclatura homoafetiva, ora em voga, porém dela se discorda, pois se as hetero são sexuais, dizer que só as homo são afetivas, parece-me um preconceito contra as uniões heterossexuais, a não ser que denominemos a ambas como afetivas, o que me parece exagerado.

Volte ao raciocínio:

a) só podem contrair novo casamento o divorciado (não o separado judicialmente ou de fato) ou o viúvo – art. 226, §6º, CR/88;

b) a Constituição disse que a união estável é aquela que pode ser convertida em casamento – art. 226, §3º, CR/88;

c) a Lei n.8.971/96 disse que podem estabelecer união estável os separados judicialmente;

d) a última parte do §1º, do art. 1.723, CC/02 possibilita a mesma hipótese;

e) conclusão: a rigor era inconstitucional o dispositivo da Lei n.8.971/96, e agora é inconstitucional, nesta parte, o §1º, do art. 1.723, CC/02, quanto à união estável de quem for separado judicialmente ou de fato, é impossível sua conversão em casamento.

Do que se disse, só podem estabelecer união estável as pessoas solteiras, viúvas ou divorciadas. Portanto, é inconstitucional a segunda parte do §1º, do art. 1.723, CC/02.

É aí que reside o perigo das leis ordinárias que regulam a união estável e, pelo princípio de que o direito de família admite algumas exceções e em respeito aos costumes hodiernos, os tribunais há muito têm admitido como união estável a união entre pessoas separadas judicialmente e, numa demonstração de total liberdade e inconstitucionalidade, até de pessoas separadas apenas de fato, como na Apelação Cível n. 133.065/3 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. Orlando Carvalho:

CONCUBINATO ENTRE PESSOAS CASADAS, MAS SEPARADAS DE FATO - NÃO-CONCOMITÂNCIA COM O CASAMENTO - RECONHECIMENTO CABÍVEL DA UNIÃO ESTÁVEL.

- A separação de fato de pessoas casadas civilmente não impede o reconhecimento de união estável, *more uxorio*, para os fins legais contemplados no parágrafo 3º do art. 226 da CF, desde que dela tenha resultado filho ou que a separação de fato tenha ocorrido há mais de dois anos, tornando o concubinato “honesto” e possibilitando a dissolução do casamento civil pelo divórcio, autorizado pelo § 6º do mesmo artigo constitucional.

- O que a lei e a Constituição não contemplam é o concubinato adulterino, concomitante ao casamento mantido, resultando bigamia defesa.⁵

Pode-se dizer que os companheiros, antes solteiros, divorciados ou viúvos poderão estabelecer união estável e este é um estado civil constitucionalmente instituído, cuja nomenclatura é: companheiro ou em união estável.

4.3 – Tempo e a prole comum na união estável: fazendo uma leitura histórica, verifica-se que havia uma tendência, principalmente na legislação previdenciária, de se reconhecer como união estável a união cuja periodicidade fosse igual ou superior a cinco anos consecutivos ou que gerasse prole comum, exatamente para se ter um parâmetro da estabilidade destas relações que imitam o casamento.

Em coerência com este costume, a Lei n.8.971/94, em seu art. 1º, estabelecia o prazo de cinco anos ou a existência de prole comum como requisitos para a união ser considerada estável.

4.4 - O CC/02 nada diz a este respeito. Dessa forma, como já era interpretação dominante na doutrina e jurisprudência, não há exigência de prazo ou a existência de prole. Donde se conclui que será união estável aquela cuja convivência duradoura, pública e contínua, ainda que inferior a cinco anos e sem filhos, que seja provada e que dela se convença o juiz.

4.5 – Convivência *more uxorio*: rezava o art. 1º da Lei n.8.791/94 que a companheira deve viver com o companheiro por mais de cinco anos. É necessário que esta convivência seja sob o mesmo teto (*more uxorio*)?

A indagação fica mais relevante se lida em conjunto com a Súmula 382 do STF: “a vida em comum sob o mesmo teto, *more uxorio*, não é indispensável à caracterização do concubinato”.

Da mesma forma, o CC/02 não estabeleceu que este “viva” seja sob o mesmo teto, e, como a Súmula 382 do STF é anterior à Constituição, tem-se que é dispensável a vida sob o mesmo teto para a caracterização da união estável, isto é, podem os companheiros morar em casas diferentes, por menos de cinco anos, não terem filhos entre si e, mesmo assim, estarem em união estável.

(5) Publicado no “MG” de 30/3/99.

4.6 – Deveres recíprocos durante a união estável: a exemplo do casamento, em que consistem os deveres recíprocos entre os cônjuges e que são: a fidelidade; a mútua assistência; a guarda, sustento e educação dos filhos comuns; a doutrina vem se debatendo sobre os deveres comuns da união estável.

O CC/02 só traz o dever de lealdade, não de fidelidade. Como somos um País monogâmico, parece que a leitura possível é a que substitui lealdade por fidelidade. Alguns autores, como Basílio de Oliveira, enxergam-na aí porque está: “no âmbito de uma união monogâmica em que não se admite o adultério, que vem a ser exatamente a quebra do dever de fidelidade.”⁶

Diante do princípio da igualdade entre o casamento e a união estável, além da monogamia como valor jurídico no Brasil – aliás, questão de ordem pública –, outra posição não se pode adotar que não a de exigir fidelidade entre os companheiros em união estável.

4.7 – Regime de bens entre os companheiros: o art. 1.725, CC/02, não deixa dúvidas quanto ao regime de bens ser o da comunhão parcial, salvo contrato escrito prevendo outro regime. Destaque-se a forma contratual é escrita, podendo ser particular, sem testemunhas ou, por opção do casal, com todas as formalidades da escritura pública.

Há aqui uma importante questão a ser elucidada: a maioria das doutrina e jurisprudência nacionais têm entendido que a regra do art. 1.641, CC/02, estabelecida a sanção do regime da separação de bens para os casamentos realizados nas hipóteses de causas suspensivas – art. 1.523, CC/02 – não se aplicaria à união estável. Ora, como se disse acima, o que diferencia a união estável do casamento é apenas a ausência de formalidade na sua constituição e na sua dissolução, nada mais. Assim, se conclui, se há causas suspensivas para o casamento, há também para a união estável, nas mesmas hipóteses, sob pena de inconstitucionalidade da regra.

Insista-se: a redação do §2º, do art. 1.723 diz que as causas suspensivas “não impedirão a caracterização da união estável”. Isto é, apesar de contraída com causa suspensiva do art. 1.523, ainda assim será caracterizada como união estável, cujo regime é o da separação obrigatória (Súmula 377, STF).

(6) OLIVEIRA, Basílio de. *Concubinato: novos rumos: direitos e deveres dos conviventes na união estável*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997, p. 27.

Não se pode concordar com a interpretação dominante de que não se aplicam as causas suspensivas e a sua sanção à união estável, sob pena de flagrante inconstitucionalidade pela qual se permitiria a união estável sob outro regime, o que é proibido para o casamento entre pessoas que estejam sob tais hipóteses. Ao contrário, concorda-se com a corrente doutrinária que advoga a inconstitucionalidade de se obrigar os que estejam sob tais hipóteses. Ao contrário, concorda-se com a corrente doutrinária que advoga a inconstitucionalidade de se obrigar os maiores de 60 anos a contrair casamento ou união estável sob o regime da separação de bens porque, diante dos princípios da igualdade e da dignidade, tais pessoas não são incapazes porque maiores e podem escolher o regime que quiserem, porque se trata de direito patrimonial, que é disponível.

5 - CRÍTICA À HABILITAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL

Sem maiores comentários, pois a omissão das Leis n.8.971/94 e n. 9.278/96 abreviava qualquer consideração mais longa sobre o tema, e é papel preponderante da sociedade exigir do Legislativo norma definidora da conversão da união estável em casamento. O CC/02 não é claro quanto ao procedimento.

A omissão traz insegurança e confusão aos pretendentes à conversão, principalmente em relação aos efeitos morais e patrimoniais desta. A conversão deve ser gratuita e facilitada no sentido burocrático, devendo ser realizada no Cartório de Registros Civil, isenta de taxas.

Porém, ao que parece da redação do art. 1.726 do CC/02, esta conversão deve ser judicial!

6 – COMPETÊNCIA PARA ASSUNTOS DA UNIÃO ESTÁVEL

Longa e acalorada foi a discussão de 1988 até 1996, sobre qual seria o juízo competente para apreciar matérias referentes à união

estável.⁷ Tal celeuma atingia frontalmente os jurisdicionados não só moralmente, mas material e temporalmente, pois até que se resolvessem os conflitos de competência entre as varas cíveis e as de família, muitas lesões sofreram as partes.

Parte da discussão foi resolvida pela Lei n.9.278/96, quando em seu art. 9º dispunha: “Toda matéria relativa à união estável é de competência do juízo da Vara de Família, assegurado o segredo de justiça.”

Por analogia, o órgão do Ministério Público deverá acompanhar estes processos.

A celeuma continua em relação às sociedades de fato hetero e homossexuais, dada a proximidade do assunto com os da união estável e os de direito de família.

7 – CONCLUSÃO

O tema não foi esgotado. Faltam os efeitos patrimoniais, como partilha de bens e sucessões e pessoais em relação aos alimentos, nome dos companheiros e em relação aos filhos comuns, mas a proposta do presente artigo não comporta tamanha extensão de assuntos.

O importante é saber que a união estável ainda está sendo interpretada e, ao trazer à baila alguns assuntos delicados, o leitor poderá sentir-se provocado a manifestar-se, contra ou a favor. Expondo-se é que se reflete, se apura e se modifica o Direito que, ao contrário do que pensam alguns doutos, deve mesmo modificar-se e amoldar-se às exigências sociais, pois foi para a sociedade que ele nasceu.

(7) Agravo. 125.144/6 - Comarca de Belo Horizonte - Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais - Relator: Des. Almeida Melo - Belo Horizonte, 3 de dezembro de 1998: “PROCESSO CIVIL - FORO ESPECIAL - AÇÕES - CASAMENTO - UNIÃO ESTÁVEL - EXTENSÃO IMPOSSIBILIDADE - O foro especial de que trata o art. 100, I, do Código de Processo Civil, só abrange as ações que especificam as quais têm como pressuposto o casamento, não podendo ser estendido aos pedidos direcionados ao reconhecimento de união estável, uma vez que, em se tratando de privilégio processual, a interpretação da norma é restrita.”

BIBLIOGRAFIA

- (1) OLIVEIRA, Basílio de. *Concubinato: novos rumos: direitos e deveres dos conviventes na união estável*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997.
- (2) PEREIRA, RODRIGO DA CUNHA. *Concubinato e união estável*. 4ª ed., rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- (3) Imprensa Oficial: “Minas Gerais”- JURISPRUDÊNCIA CÍVEL.

DA SOLIDARIEDADE DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR EM FAVOR DO IDOSO

Pedro Lino de Carvalho Júnior

Mestre em Direito Privado e Econômico pela Universidade Federal da Bahia (UFBA), Professor de Direito Civil da Universidade Estadual de Santa Cruz (UESC/Bahia) e da Pós-graduação em Direito Civil do Centro Preparatório para Carreira Jurídica (JusPODIVM), Advogado Membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM).

DA SOLIDARIEDADE DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR EM FAVOR DO IDOSO

Pedro Lino de Carvalho Júnior

SUMÁRIO: Introdução; 1 - Os Reflexos do Estatuto do Idoso nas Relações Jurídico-Familiares; 2 - Da Solidariedade da Obrigação Alimentar em Favor da Pessoa Idosa; Conclusões; Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

O Direito de Família atravessa um período de fecunda produção normativa, doutrinária e jurisprudencial. Para tanto, inegável a influência da Constituição Federal de 1988 que evidentemente, refletindo os anseios e as mudanças já ocorrentes na sociedade, deu uma nova configuração à família, libertando-a do enclausuramento que lhe fora imposto pelo legislador de 1916. Isso porque, ao lado dos agrupamentos familiares constituídos pelo casamento, passou a legitimar as uniões estáveis e as cognominadas famílias monoparentais, ou seja, aquelas formadas por quaisquer dos pais e seus descendentes. Ademais, no desiderato de proteger os interesses de cada pessoa humana, especialmente dos mais vulneráveis às vicissitudes da vida (crianças e idosos), imputou à família, à sociedade e ao Estado o dever de assegurá-los (arts. 227, *caput*, e 230).

Entretanto, o Código Civil de 2002, malgrado tenha trazido inegáveis avanços para outras esferas do Direito Privado, na seara familiarista patrocinou retrocessos inaceitáveis; basta imaginar, dentre outros infelizes casos, a verdadeira caçada aos direitos dos companheiros empreendida pelo codificador, ao lado da ignominiosa vedação à livre escolha do regime matrimonial de bens que impôs aos sexagenários, incompatíveis com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Aliás, o novo Código acabou por reforçar aquela velha idéia de que o legislador ordinário é sempre mais conservador do que o legislador constituinte, o que resulta numa absurdez sem limites, diante do princípio da supremacia da Carta Constitucional. Deveras, sob certos aspectos, no

âmbito do Direito de Família, a nova codificação tem sido um refúgio do conservadorismo jurídico, pois tem permitido, mesmo indevidamente, que se oponham diques ao ímpeto transformador das disposições da Constituição Federal de 1988.

Mas os ventos fortes das transformações se espriam em todos os quadrantes, e, a confirmar e a dar concretude aos valores abraçados pela normação constitucional, vieram a lume as disposições da Lei n. 10.741/03 (Estatuto do Idoso), verdadeiro microssistema legislativo, com princípios e regras peculiares, que criou um amplo e eficaz sistema legal de proteção aos idosos, com inegáveis reflexos em muitos institutos do Direito de Família, mormente no terreno das obrigações alimentares, como se demonstrará.

1 - OS REFLEXOS DO ESTATUTO DO IDOSO NAS RELAÇÕES JURÍDICO-FAMILIARES

Ainda é cedo para avaliar a extensão dos efeitos que o Estatuto do Idoso acarretará na esfera do Direito e do Processo de Família, pois, ao longo de seus mais de cem artigos, várias das suas disposições, de forma direta ou indireta, repercutem em institutos de cunho familiarista e no processo respectivo, a exigir do intérprete uma cuidadosa apreciação dos seus vetores principiológicos e legais.

Com efeito, suas regras buscam assegurar os direitos fundamentais inerentes à pessoa do idoso e impõem obrigações legais a todos:

Art. 3º - É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

Neste contexto, tão-somente com propósito ilustrativo, é possível identificar algumas das inovações albergadas pelo novel estatuto:

a) a obrigação alimentar em favor dos idosos passa a ser solidária, cabendo-lhes optar entre os prestadores (art. 12);

b) as transações relativas a alimentos podem ser celebradas perante o Promotor de Justiça, valendo como título extrajudicial (art. 12);

c) o estatuto assegura aos seus destinatários o direito à manutenção a ser fornecida pelo Poder Público, se eles não puderem prover seu sustento e não contarem com familiares idôneos a fazê-lo (art. 14);

d) prevê a possibilidade de criação de varas especializadas e exclusivas do idoso (art. 70);

e) estabelece a prioridade na tramitação de processos e procedimentos e na execução dos atos e das diligências judiciais em que eles figurem como partes ou intervenientes (art. 71), reduzindo para 60 anos o limite previsto no art. 1.211-A do CPC;

f) impõe ao Ministério Público o dever de promover e acompanhar as ações de alimentos, de interdição total ou parcial, de designação de curador especial, em circunstâncias que justifiquem a medida, e officiar em todos os feitos nos quais se discutam os direitos de idosos em condições de risco (art. 74, II);

g) atribui ao Ministério Público a qualidade de substituto processual do idoso em situação de risco (art. 74, II);

h) determina a intervenção obrigatória do órgão ministerial na defesa dos direitos e interesses de que cuida o estatuto, sob pena de absoluta nulidade do feito (art. 77).

Evidente que o idoso e a criança se encontram em pólos opostos do ciclo existencial. Enquanto o último inicia uma jornada, o primeiro desfruta da plenitude de uma vida que caminha para seu término. Em certa medida, são extremos que se aproximam. Daí a sábia atitude do legislador em estabelecer um relativo paralelismo entre o Estatuto do Idoso e o Estatuto da Criança e do Adolescente, tanto mais palpável quando se comparam dois dos seus dispositivos mais capitais:

Estatuto do Idoso

Art. 43. As medidas de proteção ao idoso são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados:

I – por ação ou omissão da sociedade ou do Estado;

II – por falta, omissão ou abuso da família, curador ou entidade de atendimento;

III – em razão de sua condição pessoal.

Estatuto da Criança e do Adolescente

Art. 98. As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados:

- I – por ação ou omissão da sociedade ou do Estado;
- II – por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável;
- III – em razão de sua conduta.

A situação de risco a que a criança e o adolescente podem se expor é quase da mesma natureza da situação de risco a que eventualmente pode se expor o idoso, ambas a exigirem uma forte e imediata intervenção do Poder Público e, em especial, dos representantes do Ministério Público, em seus mais variados âmbitos de atuação.

Em virtude dos objetivos deste escrito, a análise restringir-se-á ao trato das mudanças que o Estatuto do Idoso trouxe à configuração da obrigação alimentar em favor dos idosos, a ser objeto das próximas considerações.

2 - DA SOLIDARIEDADE DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR EM FAVOR DA PESSOA IDOSA

Para um melhor entendimento das novas diretrizes legais, impõe-se uma rápida incursão no território da evolução legislativa que disciplinou a matéria.

O revogado Código Civil de 1916 expressamente se preocupou com a situação dos pais na velhice, carência ou enfermidade, a teor do preceito abaixo transcrito:

Art. 399. São devidos os alimentos quando o parente, que os pretende, não tem bens, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção, e o de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento. Parágrafo único. No caso de pais que, na velhice, carência ou enfermidade, ficaram sem condições de prover o próprio sustento, principalmente quando se despojaram de bens em favor da prole, cabe, sem perda de tempo e até em caráter provisional, aos filhos maiores e capazes, o dever de ajudá-los

e ampará-los, com a obrigação irrenunciável de assisti-los e alimentá-los até o final de suas vidas. (Parágrafo acrescentado pela Lei n. 8.648, de 20/4/1993)

Evidente que o acréscimo promovido pela Lei n. 8.648/93 DA SOLIDARIEDADE DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR EM FAVOR DO IDOSO, mereceu acerba crítica da doutrina, posto que desnecessário em face da amplitude da obrigação alimentar que envolvia os parentes.

De todo modo, em se tratando dos pais que buscavam alimentos dos filhos, a dúvida era saber se haveria um litisconsórcio passivo necessário ou se a integração à lide dos filhos seria facultativa, o que ensejou algumas polêmicas e dividiu opiniões.

A primeira posição podia ser exemplificada no acórdão ora transcrito:

ALIMENTOS – AÇÃO DE ALIMENTOS PROPOSTA PELA MÃE CONTRA UM DE SEUS FILHOS – Comprovado o ‘cerceamento de defesa’, indiscutivelmente havido, é de ser anulada a sentença, bem como a audiência, impondo-se também a citação dos outros filhos da autora, como litisconsortes passivos necessários, já que, coexistindo vários filhos, todos sujeitos à obrigação alimentar para com sua genitora, eis que não se trata de obrigação solidária, em que qualquer dos co-devedores responde pela dívida toda (CC, art. 904), cumpre sejam todos eles citados. Acolhimento da alegação do ‘cerceamento de defesa’, anulando-se a sentença e a respectiva audiência. (TJRJ, Ap. 5.501/89 (SJ), REL. DES. FRANCISCO FARIA, J. 04/09/1990, RT 669/150, RJ 175/80)

Sob tal perspectiva, haveria um litisconsórcio passivo necessário obrigando a presença de todos os filhos na lide, sob pena de nulidade do feito.

Numa outra vertente doutrinária, seguiam as ensinanças de Yussef Cahali:

Segundo entendimento que vimos sustentando, o chamamento dos demais filhos para que integrem o pólo passivo da lide

não pode ser colocado em termos de litisconsórcio necessário, resolvendo-se em juízo de simples conveniência no interesse do alimentando para não se expor ao risco de ver a pensão fixada apenas na proporção do correspondente à responsabilidade do filho demandado.

Esse último ponto de vista veio a prevalecer, e, assim, vigorava a tese de que o credor poderia, ao seu alvedrio, promover a integração à lide dos diversos coobrigados e, se apenas acionasse um deles, tão-somente correria o risco de ver seu pensionamento fixado na exata medida das possibilidades do acionado. Por exemplo, imagine-se uma senhora carente de alimentos que possuísse três filhos aptos a prestá-los. Suas necessidades orçam em R\$ 1.000,00 (mil reais). O primeiro filho poderia fornecer-lhe uma prestação de R\$ 500,00 (quinhentos reais), de acordo com sua situação econômica, e os demais, R\$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais) cada um.

Se ela optasse por demandar apenas o primeiro filho, diante da divisibilidade da prestação alimentar e do princípio da proporcionalidade, sujeitar-se-ia a receber o valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais), a despeito de este corresponder unicamente a metade do que ela necessitaria para se manter, restando-lhe, se o quisesse, acionar os demais filhos para integralização do *quantum*.

Por tal motivo, entendia-se que a integração à lide de todos os potenciais alimentantes, sobre ser medida salutar, serviria de antídoto a questionamentos jurídicos posteriores, já que, numa única demanda, o magistrado teria mais aptidão para distribuir entre os parentes os encargos de cada um, na proporção dos recursos que detivessem.

Daí o Código Civil de 2002 expressamente ter adotado, com este intuito, uma nova regra de intervenção de terceiros:

Art. 1.698. Se o parente, que deve alimentos em primeiro lugar, não estiver em condições de suportar totalmente o encargo, serão chamados a concorrer os de grau imediato; sendo várias as pessoas obrigadas a prestar alimentos, to-

das devem concorrer na proporção dos respectivos recursos, e, intentada ação contra uma delas, poderão as demais ser chamadas a integrar a lide.

Entretanto, esse dispositivo vem sendo muito criticado não apenas por significar uma “incursão indevida no direito processual”, como pondera Francisco Cahali, mas igualmente por ter trazido a possibilidade de serem suscitados inúmeros questionamentos jurídicos no âmbito da ação de alimentos quando, em face da sua própria natureza e dos interesses que ela busca assegurar, o esforço haveria de ser no sentido de simplificá-la.

Com efeito, em face da omissão acerca de como se daria a “integração ao processo” dos eventuais coobrigados, muitos questionamentos surgiram a respeito da natureza jurídica dessa intervenção, dos legitimados a provocá-la e do momento processual adequado à sua aplicação.

Cássio Scarpinella Bueno considera tratar-se de hipótese de chamamento ao processo, só que provocada por iniciativa do autor. Em outro diapasão, a doutrina de Fredie Didier Jr. julga ocorrer situação de litisconsórcio passivo facultativo ulterior simples, entendimento este também professado por Zeno Veloso.

O mesmo Fredie Didier Jr. também aduz que somente o autor poderia desafiar a aludida intervenção, admitindo-se a legitimidade excepcional do Ministério Público nas situações do art. 82, II, do Código de Processo Civil e, mais ainda, que esta forma interventiva teria, no saneamento do processo, o limite máximo da possibilidade de sua provocação.

As lições do jovem processualista baiano merecem pleno sufrágio, mesmo porque em consonância com a mais moderna doutrina e por responder satisfatoriamente aos questionamentos lançados.

Ocorre que um fato novo veio a jogar mais lenha na fogueira dessas controvérsias: trata-se do inusitado preceito contido no Estatuto do Idoso que ora se transcreve: “Art. 12. A obrigação alimentar é solidária, podendo o idoso optar entre os prestadores.”

Esse dispositivo entra em rota frontal de colisão com praticamente toda a doutrina e jurisprudência que sustentam o entendimento de

que a obrigação alimentar não é solidária, mas conjunta e divisível. Ou seja, havendo pluralidade de devedores, cada um responde por uma parte da dívida, na medida de suas possibilidades.

Essa sempre foi a lição dos velhos mestres, dentre os quais o grande Clóvis Beviláqua, ensinando que, se “os alimentos forem devidos por mais de uma pessoa, a prestação deverá ser cumprida por todas, na proporção dos haveres de cada uma. A obrigação de prestar alimentos não é solidária”. De igual modo, o parecer de Cunha Gonçalves: “A obrigação alimentar, quando recai sobre mais de uma pessoa, não é solidária, nem indivisível”. Entre os modernos e por todos, a voz abalizada de Yussef Cahali afirma peremptoriamente: “A obrigação alimentar não é solidária”.

Aliás, este é o regramento imposto pelo Código Civil de 2002:

Art. 1.696. O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaiando a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros.

Art. 1.697. Na falta dos ascendentes cabe a obrigação aos descendentes, guardada a ordem de sucessão e, faltando estes, aos irmãos, assim germanos como unilaterais.

Art. 1.698. Se o parente, que deve alimentos em primeiro lugar, não estiver em condições de suportar totalmente o encargo, serão chamados a concorrer os de grau imediato; sendo várias as pessoas obrigadas a prestar alimentos, todas devem concorrer na proporção dos respectivos recursos, e, intentada ação contra uma delas, poderão as demais ser chamadas a integrar a lide.

A norma estatutária quebra, de uma só penada, o princípio da isonomia constitucional no tratamento dos mais vulneráveis, pois o privilégio da solidariedade em favor do idoso não foi estendido a outros eventuais credores de assemelhada debilidade, como as crianças e os adolescentes, por vezes muito mais necessitados do que aquele, mormente quando se sabe que a solidariedade não admite aplicação analógica.

Contudo, a despeito dessa previsão, o emprego da solidariedade, na hipótese sob comento, há de ser promovido e levado em consideração no contexto das demais regras codificadas que disciplinam a obrigação alimentar, mesmo porque a Lei n. 10.741/03 deixa claro que os “alimentos serão prestados ao idoso na forma da lei civil” (art. 11), e que o idoso deve optar “entre os prestadores”, ou seja, aqueles que figuram no rol imediato dos devedores, conforme a legislação pertinente.

Em face das novas diretrizes, é útil trazer à liça o quanto dispõe o Código Civil a respeito da solidariedade:

Art. 275. O credor tem direito a exigir e receber de um ou de alguns dos devedores, parcial ou totalmente, a dívida comum; se o pagamento tiver sido parcial, todos os demais devedores continuam obrigados solidariamente pelo resto.

Invocando Cino de Pistoia, o saudoso Washington de Barros Monteiro recorre à forte e expressiva imagem dos devedores solidários semelhantes a “bois atrelados ao mesmo carro”.

Se assim o é, o idoso pode acionar quaisquer dos parentes coobrigados na totalidade da dívida comum. Como promover isso na prática?

O problema é muito mais complexo do que uma primeira leitura pode indicar.

Imaginemos um octogenário com quatro filhos e que careça de R\$ 1.000,00 (mil reais) para seu sustento. Todos os seus filhos gozam de excelente condição financeira e estão aptos, mesmo cada um individualmente, a suportarem o ônus do aludido desembolso. Neste caso, pode o ancião demandar tão-somente o filho mais velho, ou mais de um filho, ao seu alvedrio.

Suponha-se, na mesma hipótese, que a condição econômica dos filhos não seja tão próspera. Neste caso, de nada adiantará a solidariedade, pois a obrigação alimentar sustenta-se no binômio necessidade/possibilidade, e, se um dos co-devedores não pode sozinho se encarregar do pagamento, o credor há de acionar os demais, se pretender a integralidade da prestação almejada.

Nessa situação, a mudança implementada teria sido inócua. Entretanto, o caso torna-se mais complexo quando se avança para outros graus de parentesco.

Voltando ao exemplo, se os quatro filhos do credor apenas podem adimplir com R\$ 800,00 (oitocentos reais), e ele possui ainda dois netos em condição de complementar o valor, mais uma vez se aplica a solidariedade? Evidente que sim, em face dos dizeres peremptórios do Estatuto do Idoso. Ele pode acionar tanto um neto quanto o outro.

O que não parece admissível é sustentar a proposição do rompimento do princípio de que o parente em grau mais próximo exclui o parente em grau mais remoto. No caso, se o octogenário, além dos filhos e netos aptos a pensionar-lhe, tivesse um irmão detentor de expressivo patrimônio, não seria aceitável que ele o acionasse diretamente, pois este se situa em grau de parentesco bem distanciado dos demais.

Da mesma forma, se ele possui filhos com condições econômicas aptos a prover-lhe a manutenção, seria absurdo admitir a propositura de demanda contra o neto tão-somente pelo fato de este gozar de invejável situação econômica. Ou seja, a solidariedade jurídica existe sim, mas no âmbito de cada grau de parentesco, sob pena de absoluta subversão do sistema e do ferimento à dogmática da obrigação alimentar.

Demais disso, sendo o idoso casado ou vivendo em união estável, o dever de fornecer alimentos há de ser imposto inicialmente ao cônjuge ou companheiro, em face aos demais parentes, na correta doutrina de Arnaldo Rizzardo.

Ultrapassada essa etapa e uma vez satisfeita a obrigação alimentar, surge a tormentosa questão do exercício do direito de regresso por parte do devedor que adimpliu a obrigação, problema que se agrava pela natureza periódica das prestações a serem adimplidas.

Com efeito, prevalecente a tese de que na solidariedade não se encerra uma única obrigação, mas sim tantas obrigações quanto os titulares respectivos, deve-se ressaltar que ela somente existe entre os coobrigados e o credor. Ou seja, na medida em que um dos co-devedores passa a adimplir a prestação e exerce o direito de regresso em desfavor dos outros devedores, deixa de subsistir a solidariedade, e o que se tem é uma responsabilidade *pro rata*, as quais são presumivelmente iguais, na forma do Código Civil:

Art. 283. O devedor que satisfaz a dívida por inteiro tem direito a exigir de cada um dos co-devedores a sua quota, dividindo-se igualmente por todos a do insolvente, se o houver, presumindo-se iguais, no débito, as partes de todos os co-devedores.

Como a prestação alimentar, insista-se, caracteriza-se pela periodicidade, é interessante retomar o exemplo do octogenário com seus quatro filhos, um dos quais vem adimplindo integralmente as prestações determinadas pelo juízo.

Diante da solidariedade imposta por lei, faculta-se ao acionado que vem satisfazendo a dívida, diferentemente da hipótese prevista no art. 1.698 do Código Civil, promover o chamamento ao processo dos demais devedores solidários, nos termos do art. 77, III, do Código de Processo Civil. Neste caso, aceitando-se a opinião de Marcelo Abelha Rodrigues, não se tem mera ampliação subjetiva do pólo passivo pelo réu, mas sim dois processos, “uma base procedimental, duas ações e duas pretensões”.

Já se pode imaginar quão dificultosas serão as situações a resolver-se nesses casos, pois o legislador, no intuito de proteger o idoso, transferiu para o devedor diretamente acionado o grave problema de buscar a fixação das quotas a serem adimplidas pelos restantes. Ou seja, no exemplo invocado, caber-lhe-á prover integralmente o sustento do pai e, em ação regressiva, buscar as quotas-partes dos seus irmãos, ou seja, os R\$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais) de cada um, já que presumivelmente iguais.

Ocorre que essa presunção é relativa, é bem possível que um dos co-devedores, acionado regressivamente pelo sub-rogado, demonstre sua insolvência ou a impossibilidade de adimplir integralmente sua quota, o que trará ao pagador infindáveis transtornos.

Ademais, nos exatos termos do art. 81 do Código de Processo Civil, para que seja possível o exercício do direito regressivo, faz-se mister, no incidente de chamamento ao processo, que a sentença que julgue procedente a ação de alimentos (ação principal) condene também os coobrigados na relação destes com o devedor acionado. Ora, em virtude da notória lentidão no andamento dos feitos, já se pode prever a dramática posição do

chamante (aquele que satisfaz a dívida), que terá de esperar a prolação do *decisum* para voltar-se contra os demais co-devedores, na busca do reembolso das quotas respectivas quando, com toda certeza, durante anos já estará desembolsando alimentos provisórios ou provisionais.

Mesmo que o demandado não opte pelo chamamento ao processo dos demais co-devedores, para exercer o direito de regresso, haverá de lançar mão de ação autônoma, sem as vantagens advindas da adoção do incidente referido.

As hipóteses acima descritas, de previsível ocorrência no mundo da vida, revelam que a adoção da solidariedade, nos termos previstos pelo Estatuto do Idoso, pode gerar mais problemas do que soluções e, possivelmente, alimentar ódios e ressentimentos entre parentes muito próximos, malgrado as boas intenções do legislador.

Em conclusão: assentar a solidariedade da obrigação alimentar em favor do idoso pode dar ensejo a cizânias domésticas, quando um filho, v.g., por ter melhor condição financeira, suporta todo o encargo das prestações devidas, ou, em outra hipótese, oferece uma falsa garantia de abrigo, considerando que os eventuais obrigados somente respondem nos limites de suas posses e desde que não haja desfalque ao próprio sustento.

Realmente, os clássicos já alertavam para a inocuidade de se atribuir natureza solidária à obrigação alimentar, o que se comprova à luz das imorredouras lições de Cunha Gonçalves:

Demais, para que pudesse haver solidariedade ou indivisibilidade, seria preciso que todos os parentes demandados fossem responsáveis simultaneamente e pela mesma soma. Mas, nada disso sucede com os alimentos, visto que cada um dos parentes é obrigado conforme as suas posses, tem de ser demandado em acção separada e, portanto, por uma distinta verba. É certo que, se um só dos parentes do mesmo grau tiver meios suficientes, sendo os restantes pobres ou remediados, só esse terá de pagar a totalidade dos alimentos, o que produz a ilusão da solidariedade ou

indivisibilidade afirmada por alguns escritores; mas tal ilusão desfaz-se logo que se pense que, nesta hipótese, os parentes pobres são havidos como inexistentes, ou considera-se que só esse parente rico é obrigado a prestar alimentos.

Por tais considerações, é inegável que a possibilidade de o idoso estabelecer o litisconsórcio passivo facultativo ulterior simples, prevista no art. 1.698 do Código Civil de 2002, por si só já é uma garantia de satisfação do crédito alimentar, dispensando, por inútil, a solidariedade.

A despeito das críticas lançadas, o aludido dispositivo se afina inteiramente com a natureza da obrigação alimentar, considerando que esta não se resume em uma mera relação débito/crédito, mas envolve uma teia complexa de relações afetivas, humanas e sociais, que exigem do legislador o uso de um aparato teórico e conceitual mais amplo no disciplinamento do seu conteúdo, como recomenda juristas de aguçada visão interdisciplinar, a exemplo de Cristiano Chaves De Farias:

Ora, sem dúvida, a família traz consigo uma dimensão biológica, espiritual e social, afigurando-se mister, por conseguinte, sua compreensão a partir de uma feição ampla, considerando suas idiossincrasias e peculiaridades, o que exige a participação de diferentes ramos de conhecimento, tais como a sociologia, a antropologia, a filosofia, a teologia, a biologia (e, por igual, a biotecnologia e a bioética) e, ainda, da ciência do Direito. Tentar compreendê-la de forma sectária, isolando a compreensão em algumas das ciências, é enxergá-la de forma míope, deturpada de sua verdadeira feição.

Por fim, se, em última instância, os parentes não possuem condições econômicas de prover o sustento do idoso, recai no Poder Público, no âmbito da Assistência Social, este encargo.

Nesse sentido, a Lei n. 8.742, de 7 de dezembro de 1993, que dispõe sobre a organização da Assistência Social (LOAS), dando aplicação ao art. 203, V, da Constituição Federal, assegura a assistência social à velhice e garante um salário mínimo mensal ao idoso com 70 anos que

comprove não possuir meios de prover a própria manutenção, nem de tê-la provida por sua família. Esse limite etário foi reduzido, conforme a Lei Federal n. 9.720 de 1998, para 67 anos e agora, com o Estatuto do Idoso (art. 34), cai para 65 anos.

Registre-se que, apesar de a lei expressamente considerar idosa a pessoa com idade igual ou superior a 60 anos, é possível identificar que ela criou duas categorias de beneficiários: uma a quem atribuiu todos os direitos do estatuto, quais sejam, os maiores de 65 anos, aos quais outorgou também a gratuidade nos transportes coletivos (art. 39) e o referido benefício da LOAS, e uma outra categoria, entre os 60 e os 65 anos, beneficiária dos direitos remanescentes.

CONCLUSÕES

O Estatuto do Idoso é uma conquista de toda a sociedade, e não somente dos seus beneficiários mais diretos, ainda que muitos se esqueçam de que, durante décadas de vida, tais pessoas empregaram toda sua força laboral para a construção da riqueza comum. Alguns, inclusive, não se conscientizam de que um dia também serão velhos, já que este é o destino normal da espécie.

O Direito de Família deve sempre estar atento à situação dos idosos, não para mirá-los com piedade, mas para objetivar e assegurar-lhes direitos e faculdades condizentes com a fase existencial em que se encontram. De toda sorte, o novo estatuto traz avanços notáveis: se as normas, por si só, não alteram a realidade, ao menos sua existência facilita e assegura as transformações.

No campo da obrigação alimentar, porém, ele enseja várias dúvidas e dificuldades ao intérprete e aplicador do Direito, por força das alterações que implementou. Este trabalho pretendeu apenas abrir uma picada no meio da floresta de perplexidades advindas a partir da vigência das novas regras, na espera de que outros possam avançar nesta trilha e assim pavimentar os caminhos na direção de um entendimento mais adequado da temática abordada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Rio, 1979.
- BUENO, Cássio Scarpinella. *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- CAHALI, Francisco José. *Dos alimentos*. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (orgs.). *Direito de família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- CAHALI, Yussef. *Dos alimentos*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- COLANI, Camilo. *Casamento: conceito e natureza jurídica no novo Código Civil*. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (coord.). *Temas atuais de direito e processo de família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- GONÇALVES, Cunha Luiz da. *Tratado de direito civil*. 2ª. ed. São Paulo: Max Limonad, v. II, t. II.
- DIDIER JR., Fredie. *A nova intervenção de terceiros na ação de alimentos (art. 1.698 do CC/02)*. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (coord.). *Temas atuais de direito e processo de família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- FARIAS, Cristiano Chaves. *Direito constitucional à família (ou famílias sociológicas versus famílias reconhecidas pelo direito: um bosquejo para uma aproximação conceitual à luz da legalidade constitucional)*. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (coord.). *Temas atuais de direito e processo de família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004 e Revista Brasileira de Direito de Família, v. 23, p. 5-21.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, v. 2, 2002.
- MONTEIRO, Washington de. *Curso de direito civil: direito das obrigações – 1ª parte*. 27ª. ed. São Paulo: Saraiva.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. Rio de Janeiro: Aide, 1994.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2002.
- VELOSO, Zeno. *Código Civil comentado*. São Paulo: Atlas, 2003.

FAMÍLIA, DIREITOS HUMANOS, PSICANÁLISE E INCLUSÃO SOCIAL

Rodrigo da Cunha Pereira

Presidente Nacional do Instituto Brasileiro de Direito de Família -
IBDFA; Advogado em Direito de Família em Belo Horizonte/MG;
Professor na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais/Brasil;
Mestre em Direito Civil (UFMG).
E-mail: rcp@rodrigodacunha.adv.br

FAMÍLIA, DIREITOS HUMANOS, PSICANÁLISE E INCLUSÃO SOCIAL

Rodrigo da Cunha Pereira

SUMÁRIO: 1. Introdução: a família pela ótica dos direitos humanos. 2. As novas concepções da família e a interdisciplinaridade: psicanálise e direito. 3. A família como estrutura: revisitando o artigo 16 da Declaração dos Direitos Humanos. 4. Dois grandes desafios: limites de intervenção do estado na vida privada e a subjetividade na objetividade jurídica. 5. Concluindo: toda demanda é uma demanda de amor. 6. Bibliografia.

1 - INTRODUÇÃO: A FAMÍLIA PELA ÓTICA DOS DIREITOS HUMANOS

A evolução do conhecimento científico, os movimentos políticos e sociais do Século XX e o fenômeno da globalização provocaram mudanças profundas na estrutura da família e nos ordenamentos jurídicos de todo o mundo. Certamente essas mudanças têm suas raízes históricas atreladas à Revolução Industrial, com a redivisão sexual do trabalho, e à Revolução Francesa, com os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade.

Todas essas mudanças trouxeram novos ideais, provocaram um “declínio do patriarcalismo” e lançaram as bases de sustentação e compreensão dos Direitos Humanos, a partir da noção da **dignidade da pessoa humana**, hoje insculpada em quase todas as constituições democráticas. Em outras palavras, todos os países que pretendem ter uma Constituição democrática têm, necessariamente, que trazer em seus princípios a dignidade da pessoa humana, sustentáculo dos Direitos Humanos, afinal declarados e reconhecidos pela Assembléia da Organização das Nações Unidas - ONU, em 1948.

Os Direitos Humanos são indissociáveis da democracia e, conseqüentemente, da cidadania, palavra de ordem da contemporaneidade, que é hoje um imperativo categórico, à semelhança do imperativo categórico ético de Kant.

O Direito de Família é o mais humano de todos os ramos do Direito. Em razão disso, e também pelo sentido ideológico e histórico de exclusões, é que se torna imperativo pensar o Direito de Família na contemporaneidade com a ajuda e pelo ângulo dos Direitos Humanos, cujas bases e ingredientes estão, também, diretamente relacionados à noção de cidadania.

Cidadania significa não-exclusão. É, portanto, a inserção das várias representações sociais da família, da valorização do Sujeito de Direito em seu sentido mais profundo e ético. É a inclusão e a consideração das diferenças como imperativo da democracia.

O Direito, ideologicamente, vai incluindo ou excluindo pessoas do laço social. Não podemos permitir que a história das exclusões se repita, ou resista. Por exemplo, no Brasil, até 1888, os negros não eram Sujeitos de Direito; as mulheres, até 1932, não podiam votar e só foram consideradas juridicamente capazes em 1962; os filhos havidos fora do casamento, além de receberem o selo oficial de ilegítimos, não podiam ser reconhecidos na ordem jurídica; famílias sem a formalidade do casamento civil não eram legitimadas/reconhecidas pelo Estado.

A história do Direito de Família no Brasil, e em quase todos os ordenamentos jurídicos, é marcada por vários registros de exclusão. Não podemos dar as costas à História, sob pena de continuarmos perpetuando injustiças.

Essa reflexão significa, em sua essência, a invocação dos artigos 16 e 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos:

Artigo 16:

I – os homens e mulheres de maioridade, sem qualquer restrição de raça, nacionalidade ou religião, têm o direito de contrair matrimônio e fundar uma família. Gozam de iguais direitos em relação ao casamento, sua duração e sua dissolução.

II – O casamento não será válido senão com o livre e pleno consentimento dos nubentes.

III – A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem o direito à proteção da sociedade e do Estado.

Artigo 25:

I – (...)

II – A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social.

2 - AS NOVAS CONCEPÇÕES DA FAMÍLIA E A INTERDISCIPLINARIDADE: PSICANÁLISE E DIREITO

A família foi, é e continuará sendo o núcleo básico de qualquer sociedade. Sem família não é possível nenhum tipo de organização social ou jurídica. É na família que tudo principia. É a família que nos estrutura como sujeitos e encontramos algum amparo para o nosso desamparo estrutural. A tão propalada “crise” da família nada mais é que o resultado de um processo histórico de alteração das formas de sua constituição. Quando o artigo 25 da Declaração Universal de Direitos Humanos preceitua que “a família é o núcleo natural e fundamental da sociedade”, ele não está excluindo as diversas outras possibilidades de constituição de família, além daquela formada pelo matrimônio.

No final da segunda metade do Século XX, quando foi feita a Declaração Universal dos Direitos do Homem, os ideais de liberdade já estavam bem consolidados, pelo menos para o mundo ocidental. Aliás, justamente, esses foram ideais que autorizaram e trouxeram a necessidade de se fazer tal Declaração. No contexto desses ideais de liberdade, está inserida a liberdade das pessoas escolherem outras formas de constituição de família para além daquelas formadas tradicionalmente. A partir de então, os Estados Nacionais passaram a reconhecer várias formas de constituição de família. No Brasil, isto se deu oficialmente em 1988, com a nova Constituição da República: família constituída pelo casamento, pelo concubinato não-adulterino e as famílias monoparentais, ou seja, por qualquer dos pais que viva com seus descendentes. Antes dessa data, outros países já haviam reconhecido a “família plural”, assim como, até hoje, há aqueles que só reconhecem a família constituída pelo casamento/matrimônio. Entretanto, diante desses ideais de liberdade trazidos pela

concepção dos Direitos Humanos, pode afirmar-se que há uma tendência em todos os países do mundo de se “legitimar” e reconhecer as várias representações sociais da família.

Associada aos ideais de liberdade dos sujeitos, em todos os seus sentidos, está a necessidade de buscarmos um conceito de família que esteja acima de conceitos morais, muitas vezes estigmatizantes. Assim, devemos buscar um conceito de família que possa ser pensado e entendido em qualquer tempo ou espaço, já que família foi, é, e sempre será a célula básica da sociedade.

O Direito talvez não baste para ajudar-nos a encontrar a resposta. Devemos, então, buscar ajuda em outros campos do conhecimento, como na Antropologia e Psicanálise, para aprofundarmos a questão.

Na Antropologia, a partir de Claude Levi Strauss, com seu estruturalismo. Na Psicanálise, “inventada” por Freud e em sua forma mais evoluída por Jacques Lacan, poderemos trazer para o Direito uma noção mais profunda de família. Isto se torna particularmente importante para operadores do Direito do mundo inteiro, o que significa dizer: para todas as pessoas dos mais variados ordenamentos jurídicos, sob influências de todas as culturas e religiões, do Ocidente ao Oriente, de países ricos e pobres. Apesar de toda essa variedade e diversidade de cultura, religião e credos, valores morais, seria possível encontrar um elemento comum a todos nós, ou seja, seria possível estabelecer um conceito universal de família? A Psicanálise lacaniana vem nos dizer que sim.

3 - A FAMÍLIA COMO ESTRUTURA: REVISITANDO O ARTIGO 16 DA DECLARAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

A partir de Lacan e Levi Strauss, podemos dizer que família é uma estruturação psíquica em que cada membro ocupa um lugar, uma função. Lugar de pai, lugar de mãe, lugar de filhos, sem, entretanto, estarem necessariamente ligados biologicamente. Tanto é assim, uma questão de “lugar”, que um indivíduo pode ocupar o lugar de pai ou mãe, sem que seja o pai ou a mãe biológicos. Exatamente por ser uma questão de lugar, de função exercida, que existe o milenar instituto da adoção. Da mesma forma,

o pai ou a mãe biológicos podem ter dificuldade em ocupar este lugar de pai ou de mãe, tão necessários e essenciais a nossa estruturação psíquica e formação como seres humanos e Sujeitos de Direitos.

É essa ESTRUTURAÇÃO FAMILIAR que existe antes, e acima do Direito, que nos interessa trazer para o campo jurídico. E é sobre ela que o Direito vem, através dos tempos, e em todos os ordenamentos jurídicos, regulando e legislando, sempre, com o intuito de ajudar a mantê-la para que o indivíduo possa inclusive existir como cidadão (sem esta estruturação familiar, na qual há um lugar definido para cada membro, o indivíduo seria psicótico) e trabalhar na construção de si mesmo, ou seja, na estruturação do ser-sujeito e das relações interpessoais e sociais, que possibilitam a existência dos ordenamentos jurídicos.

Nossa velha e constante indagação persiste: o que é que garante a existência de uma família? Certamente não é o vínculo jurídico, nem mesmo laços biológicos de filiação são garantidores. Essas relações não são necessariamente naturais. Elas são da ordem da cultura, não da natureza. Se assim fosse não seria possível o milenar instituto da adoção, por exemplo. Devemos, então, a partir da compreensão e da constatação de que é possível estabelecer um conceito universal para família, visitar o inciso III do artigo 16 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, já que família não é natural, mas essencialmente cultural.

4 - DOIS GRANDES DESAFIOS: LIMITES DE INTERVENÇÃO DO ESTADO NA VIDA PRIVADA E A SUBJETIVIDADE NA OBJETIVIDADE JURÍDICA

Ultrapassado esse grande desafio do atual Direito de Família, que é a definição e o conceito de família, deparamo-nos, ainda dentro desses ideais de liberdade e respeito à dignidade da pessoa humana, com duas grandes questões do Direito de Família pós- Declaração dos Direitos Humanos.

A primeira é saber qual o limite de intervenção do Estado na vida privada do sujeito-cidadão. No momento em que a tendência do Estado é afastar-se cada vez mais da vida privada do cidadão é de se perguntar se o Estado poderia impor que existe um culpado pelo fim do casamento,

como ainda acontece em vários países, inclusive no Brasil. É de se indagar também se o Estado não estaria intervindo em excesso na vida privada do cidadão ao estabelecer textos normativos regulamentando o concubinato e promovendo ações de investigação de paternidade como tem sido feito no Brasil e em vários outros países.

A segunda é que não se pode mais desconsiderar que, na objetividade dos atos e fatos jurídicos, permeie uma subjetividade. Por que os sujeitos pagam ou não pensão alimentícia, reconhecem ou não a paternidade, casam-se e separam-se e levam os restos do amor para o Judiciário? E o amor, quem diria, foi parar na Justiça!

Freud, ao revelar ao mundo a existência do inconsciente, fundou a Psicanálise que, além disso, nos trouxe à consciência a compreensão da estrutura e funcionamento do nosso aparelho psíquico. Ele revelou, também, ao mundo que a sexualidade é algo muito mais profundo e que não se reduz à genitalidade. Sexualidade 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 angústia. É o desejo, que começa com a vida, termina com a morte e sustenta-nos por toda a vida. Começou a vida, instalou-se o desejo. Acabou o desejo, acabou a vida. É ele que mantém vivo o “arco da promessa”.

Assim, pode-se dizer que o “sujeito-de-direito” é também um “sujeito-de-desejo” e, portanto, um sujeito-desejante. É este sujeito-desejante que pratica atos jurídicos, faz e desfaz negócios.

Se somos sujeitos de desejo, é importante indagar o que é o desejo. A fisiologia do desejo é estar sempre desejando um algo mais. Desejo é falta. É assim nossa estrutura psíquica. Somos sujeitos da falta. Está sempre faltando algo para nos completar, embora, às vezes, nos iludamos com o nosso ideal de completude. Somos mesmo de falta, e algo em nós sempre faltará. Daí a definição de Lacan: “Desejo é desejo de desejo”.

Compreender o funcionamento da estrutura psíquica é compreender também a estrutura do litígio conjugal, em que o processo judicial se torna, muitas vezes, uma verdadeira história de degradação do outro. É a mistura e a confusão da subjetividade na objetividade, que fazem os sujeitos ali envolvidos estarem sempre com a sensação de que estão perdendo algo. Na verdade, naquele eterno e degradante litígio é uma tentativa de tamponarem, às vezes, inevitável perda com a separação.

5 - CONCLUINDO: TODA DEMANDA É UMA DEMANDA DE AMOR

O pensamento contemporâneo tomou um outro rumo a partir do discurso psicanalítico. As noções de inconsciente, desejo e libido instalaram um outro discurso sobre a sexualidade, que não está necessariamente ligada à genitalidade, mas muito mais ao AFETO. Essa sexualidade está também vinculada a uma moral sexual dita civilizatória, segundo Freud. Por isso, podemos dizer que todas as questões com as quais lidamos no Direito de Família, direta ou indiretamente, passam pelo crivo de um viés da moral sexual vigente. Por exemplo: quando se está investigando uma paternidade, mesmo com a possibilidade de prova via exames de DNA, discute-se a conduta da moral sexual da mãe; quando se está litigando em um processo de separação, na maioria das vezes, o cerne é saber quem traiu, quem foi infiel; as discussões sobre anulação de casamento estão associadas à homossexualidade, frigidez, impotência etc; as destituições de pátrio poder, na maioria das vezes, dão-se em razão de um abuso sexual.

Em nome dessa moral sexual, dita civilizatória, é que muitos já foram excluídos do “laço social” e da legitimação e do reconhecimento do Estado, como os filhos havidos fora do casamento, famílias ilegítimas por não terem recebido o selo da oficialidade do casamento etc. Até quando os ordenamentos jurídicos continuarão excluindo as formas de relações diferentes daquelas tradicionalmente instituídas? Em nome de qual moral os ordenamentos jurídicos se autorizam ainda a excluir, por exemplo, as relações homoafetivas? Não estaria na hora de reconhecer, em nome da dignidade da pessoa humana, base de sustentação dos Direitos Humanos, a liberdade de as pessoas estabelecerem suas relações e estarem, seja qual for sua forma de expressão do amor, incluídas no laço social?

Em síntese, e para terminar, as bases principiológicas dos Direitos Humanos pressupõem-se como sustentáculo da liberdade do sujeito. Entretanto, não é possível pensar em liberdade se as pessoas não puderem ser sujeitos da própria vida e do próprio destino e desejo. A verdadeira liberdade é aquela em que os Sujeitos-de-Direito não estejam assujeitados aos ordenamentos jurídicos excludentes das diferentes e diversas formas de constituição de famílias, ou nos ordenamentos jurídicos que sobrepõem a forma à essência e ainda não consideram o afeto como norteador e condutor da organização jurídica sobre a família. A verdadeira liberdade e ideal de Justiça estão naqueles ordenamentos jurídicos que asseguram um Direito de Família que compreenda a essência da vida: dar e receber amor.

BIBLIOGRAFIA

- FACHIN, Luiz Edson. *Da paternidade - Relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- FREUD, Sigmund. *Totem e Tabu*. In: Obras Psicológicas Completas. v. XII, Trad. Orizon Carneiro. Rio de Janeiro: Imago, 1974,
- HATTENHAUER, Hans. *Conceptos fundamentales del derecho civil - Introducción-dogmatica*. Barcelona: Ariel, 1987.
- LACAN, Jacques. *O Seminário*. Livro 20. Trad. M.D. Magno. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985.
- _____. *Complexos familiares*. Trad. Marco Antônio Coutinho Jorge e Potiguar Mendes da Silveira Júnior. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1990.
- LEGENDRE, Pierre. *L'amour du Censuer - Essai sur l'ordre dogmatique*. Paris: Édition du Seuil, 1974.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A sexualidade vista pelos tribunais*. – 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- _____. *Direito de Família: uma abordagem psicanalítica*, 2^a ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- PETRAZYCKI, Leon. *Law and Morality. Tentieth Century Legal Philosophy series*, v. VII. Cambridge (Mass), 1955.
- STRAUSS, Claude Levi. *Estruturas elementares do parentesco*. Trad. Mariano Ferreira. Petrópolis: Vozes, 1982.
- VILLELA, João Baptista. *A desbiologização da paternidade*. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Belo Horizonte, ano XXVII, n. 21, 1979.
- _____. *As novas relações da família*. In: Anais da XV Conferência Nacional da OAB em Foz do Iguaçu. São Paulo: JBA Comunicações, 1995.
- VINDELOV, Vibeke. *Family Law in Denmark*. In *Family, Law and social policy* - OÑATI - Valério Pocar and Paola Ronfani, 1991.

UMA CONTRIBUIÇÃO CRÍTICA QUE SE TRAZ À COLAÇÃO

Luiz Edson Fachin

Professor Titular de Direito Civil da UFPR e da PUC/PR, Mestre e
Doutor em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP.

Carlos Eduardo Pianovski

Professor de Direito Civil da PUC/PR e da UNIBRASIL, Mestre em
Direito das Relações Sociais pela UFPR.

UMA CONTRIBUIÇÃO CRÍTICA QUE SE TRAZ À COLAÇÃO

*Luiz Edson Fachin
Carlos Eduardo Pianovski*

INTRODUÇÃO

A colação é tema que, ao longo do Século XX, esteve fartamente envolto em polêmicas doutrinárias. Com efeito, a disciplina trazida pelo Código Civil de 1916 dava margens a fundadas dúvidas, quando menos, a respeito do modo de sua realização e do momento de aferição do valor a ser conferido.

O Código Civil de 2002, longe de pôr fim à polêmica, teve o condão de reacender o debate, uma vez que, novamente, o texto legal dá margem à polêmica, seja no que tange à sua interpretação, como também no pertinente às opções legislativas levadas a efeito pela nova codificação.

O objetivo deste ensaio é, assim, examinar - sem pretensão de esgotar o tema - algumas possibilidades hermenêuticas que decorrem da disciplina normativa das colações no Código Civil de 2002, lançando olhar crítico sobre as opções legislativas a respeito da matéria nesse diploma legal.

1. ELEMENTOS ESTRUTURAIS E FUNCIONAIS DA FIGURA JURÍDICA DA COLAÇÃO

Antes do exame específico da disciplina jurídica trazida pelo Código Civil à figura das colações, cabe analisar aquilo que constitui o núcleo desse conceito, permitindo à adequada compreensão de seus elementos estruturais, bem como sua inserção dogmática em uma perspectiva funcional – aqui entendida como uma dimensão finalística ou teleológica dessa figura jurídica.

Pode-se dizer que colacionar é conferir as doações realizadas a título de adiantamento de legítima, com o escopo de igualar as legítimas.

Com efeito, colacionar é conferir aquilo que se recebeu a título de liberalidade realizada por ato *inter vivos*. Nem toda liberalidade, entretanto, é objeto de conferência: somente aquelas que, por determinação legal – e à minguia de disposição em contrário por parte do doador –, constituírem adiantamento da herança.

Ressalte-se, ainda, que a referência do Código Civil Brasileiro, em seu art. 2002, à conferência do valor das doações, se estende às denominadas doações indiretas. Assim, se um ascendente realiza aquisição de um bem diretamente em nome do descendente beneficiado, está-se diante de liberalidade apta a ensejar dever de colação, uma vez que se trata de adiantamento da legítima.

Os sistemas jurídicos de matriz romano-germânica têm por tradição a imposição de amarras à autonomia privada no que tange ao direito sucessório – ao contrário do que, paradoxalmente, ocorria com os contratos durante a formação do Direito Civil Moderno.¹ A proteção ao direito sucessório dos herdeiros legítimos, sobretudo os necessários, conduz ao estabelecimento de limites à liberdade de testar (ao contrário dos países de tradição anglo-saxônica) e, até mesmo, de disposição gratuita em vida destinada a certos donatários que sejam potenciais herdeiros.

Assim, vem a colação das doações realizadas a título de adiantamento de legítima como um desses limites que têm por intuito a proteção dos herdeiros necessários – aqui, não com o escopo de acautelar liberalidades inoficiosas, mas, sim, assegurar igualdade entre eles na divisão da legítima. Se é certo que o doador pode dispensar o donatário da colação, essa dispensa em nada afeta a extensão da reservatória que se mantém intangível, a ser destinada àqueles designados pelo legislador.

(1) Os limites e, mais que isso, as finalidades sociais e econômicas sobre as quais se assenta a autonomia privada conduziram, sobretudo ao longo do Século de XX, a uma bem vinda revisão de rumos no tocante ao espaço destinado à vontade individual no âmbito das relações contratuais, do que são exemplos vivos o Direito do Trabalho, o Direito do consumidor e os novos princípios do direito contratual, notadamente a função social dos contratos. A autonomia da vontade quase ilimitada outrora atribuída aos contratantes por um Direito Civil de matriz Liberal, sob a bandeira do *laissez faire*, conduzia à opressão do contratante mais fraco pelo mais forte, além da impossibilidade de o Estado buscar o direcionamento eficiente de recursos para a satisfação das necessidades dos sujeitos integrantes dos vários estratos que compõem a sociedade. Todavia, no pertinente a temas em que o espaço de autonomia poderia ser mais amplo, ante seu caráter de atribuição não onerosa de patrimônio se sobrepor ao de satisfação imediata de necessidades econômicas – no caso, o Direito das Sucessões – ou, ainda, em searas em que, mais do que de autonomia privada, trata-se de liberdades substanciais – no caso, o Direito de Família, em seus aspectos não patrimoniais –, o mesmo Estado Liberal impunha limites, direcionamentos e regras rígidas de conduta.

O escopo primordial dessa restrição operada por meio do dever de colacionar é, pois, o que Zeno VELOSO² refere como princípios da igualdade e da intangibilidade das legítimas. É essa a finalidade da conferência: propiciar a igualdade das legítimas de certos herdeiros.

Eduardo de Oliveira LEITE³ enfatiza, nada obstante, ao comentar o art. 2.014 do Código Civil Português (que versa sobre o tema), que igualar a partilha⁴ não significa igualar quinhões: trata-se, na verdade, de igualdade da vocação sucessória, não implicando necessariamente igualdade aritmética dos valores atribuídos a cada herdeiro.

Tem-se, por conseguinte, a colação, como instrumento técnico que propicia, nos termos do art. 2.003 do Código Civil, assegurar a igualdade das legítimas dos descendentes e do cônjuge sobrevivente, nas proporções estabelecidas por aquele diploma legal.

2. DAQUELES A QUE SE IMPÕE O DEVER DE COLACIONAR

A primeira dúvida que vem à tona do exame das disposições legais a respeito das colações é atinente a quem teria o dever de colacionar. No sistema do Código Civil Brasileiro de 1916, não havia dúvida de que os descendentes que recebessem dações do *de cujus*, a título de adiantamento de legítima, é que tinham o dever de colacionar.

Note-se que o rol daqueles que possuem o dever de colacionar pode ser mais ou menos amplo, consoante a opção do legislador. À guisa de exemplo, pode-se citar o art. 843⁵ do Código Civil Francês, o qual prevê que “Todo herdeiro, ainda que beneficiário⁶, que vem a uma

(2) VELOSO, Zeno. *Comentários ao Código Civil*, vol. 21. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 405.

(3) LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao Novo Código Civil*. Vol. XXI. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 753.

(4) A referência à igualdade da partilha, embora específica do Direito Português, pode ser empregada para a compreensão da igualdade de legítimas a que faz menção o Código Civil Brasileiro.

(5) Art. 843 – *Tout héritier, même bénéficiaire, venant à une succession, doit rapporter à ses cohéritiers tout qu'il a reçu du défunt, par donations entre vifs, directement ou indirectement: il ne peut retenir les dons à lui faits par le défunt, à moins qu'ils ne lui aient été faits expressément par préciput et hors part, ou avec dispense du rapport.*

(6) O “beneficiário” referido no art. 843 é aquele herdeiro ao qual se concede o denominado “benefício de inventário”, previsto nos arts. 793 e seguintes do Código Civil Francês. Trata-se de figura que guarda semelhança com a do inventariante no Direito brasileiro, como se infere do art. 803 do Código Civil Francês: *L'héritier bénéficiaire est chargé d'administrer les biens de la succession, et doit rendre compte de son administration aux créanciers et aux légataires.*

sucessão, deve colacionar a seus co-herdeiros tudo o que recebeu do defunto, por doações entre vivos, direta ou indiretamente (...)”.

JOSSERAND, nessa esteira, afirmava que a colação é devida por todo herdeiro *ab intestato* que, ao mesmo tempo, tenha sido favorecido por uma doação realizada pelo de cujus.⁷

A tradição do Direito Brasileiro, assim como da maioria dos países⁸, entretanto, é limitar a certos herdeiros o dever de colacionar, ao contrário da ampla disposição constante do Direito Francês.

(7) JOSSERAND, Louis. *Derecho Civil*. Tomo III, vol. II. Tradução: Santiago Cunchillos e Manterola. Buenos Aires: Bosch y Cia Editores, 1951, p. 303.

(8) Assim, v.g., sobre as regras atinentes à colação no Direito alemão, escreveu Theodor Kipp: *Em derecho civil subsiste la colación entre descendientes: 1. Cuando suceden como herederos legales (§2.050). 2. En ciertos casos, sin embargo, también en la sucesión por disposición por causa muerte*. Também no Direito Português, o dever de colacionar é atribuído apenas aos descendentes (art. 2.104), podendo ser estendido ao cônjuge sobrevivente quando suceder em concorrência com aqueles (CAPELO DE SOUZA, Rabindranath. *Lições de Direito das Sucessões*. Coimbra: Coimbra Editora, 1980, vol. II). No direito espanhol devem colacionar os herdeiros necessários, nos termos do art. 1.035 do Código Civil daquele país: *El heredero forzoso que concurra, con otros que también lo sean, a una sucesión, deberá tarer a la masa hereditaria los bienes o valores que hubiese recibido del causante de la herencia, en vida de este, por dote, donación o otro título lucrativo, para computarlo en regulación de las legítimas y en la cuenta de partición*”. O Código Civil argentino traz disposições, semelhantes em seus artigos 3.476 e 3.477: Art. 3.476 - *Toda donación entre vivos hecha a herdero forzoso que concurre a la sucesión legítima del donante, solo importa una anticipación de su porción hereditaria*; Art. 3477 - *Los ascendientes y descendientes, sean unos y otros legítimos o naturales, que hubiesen aceptado la herencia con beneficio de inventario o sin él, deben reunir a la masa hereditaria los valores dados en vida por el difunto*. No Direito italiano, a seu turno, o dever de colação é atribuído aos descendentes e ao cônjuge sobrevivente que concorrer à sucessão: “Art. 737 – *Soggetti tenuti alla collazione*: I figli legittimi e naturali e i loro discendenti legittimi e naturali ed il coniuge che concorrono allá successione devono conferire ai coeredi tutto ciò che hanno ricevuto dal defunto per donazione direttamente o indirettamente, salvo che il defunto non li abbia da ciò dispensati”.

Pode-se identificar como regra de atribuição desse dever, no Código Civil Brasileiro vigente, o art. 2.002, que prevê: “Os descendentes que concorrerem à sucessão do ascendente comum são obrigados, para igualar as legítimas, a conferir o valor das doações que dele em vida receberam, sob pena de sonegação”.

Não obstante o art. 2.002 imponha, em princípio, apenas aos descendentes do *de cujus* o dever de colacionar, uma interpretação sistemática permite concluir que, em dadas circunstâncias, esse dever também será atribuído ao cônjuge sobrevivente.

Note-se que o art. 2003, ao definir as finalidades da colação, se refere a igualar as legítimas dos descendentes e do cônjuge sobrevivente, na proporção definida pelo Código Civil. Esse escopo somente poderá ser atendido caso se entenda que o cônjuge também tem o dever de colacionar.

Esse entendimento é reforçado pelo disposto no art. 544, que qualifica como adiantamento da herança a doação realizada por um cônjuge ao outro. Tratando-se de adiantamento de herança, será a liberalidade objeto de colação.

Impende ressaltar, entretanto, que o cônjuge somente será chamado a colacionar quando concorrer com descendentes do *de cujus*. Trata-se da conclusão possível à luz de uma interpretação sistemática: quando concorrer com ascendentes não colacionará, uma vez que aos herdeiros da segunda classe, na ordem de vocação sucessória, não se atribui tal dever.

Essa conclusão, partilhada pela maioria da doutrina nacional⁹, já fora forjada pela doutrina portuguesa¹⁰ que enfrentou problema análogo por conta da redação do Código Civil daquele país. Também em Portugal o Código Civil atribui expressamente o dever de colação aos descendentes, silenciando quanto ao cônjuge, embora este concorra com os descendentes, herdeiros que ocupam a primeira classe na ordem de vocação sucessória¹¹.

(9) Pode-se citar, entre outros: VELOSO, Zeno. *Comentários ao Código Civil*. Vol. 21. São Paulo; Saraiva, 2003; LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro; Forense, 2003; OLIVEIRA, Euclides de. *Código Civil Comentado*. São Paulo; Atlas, 2004; DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003.

(10) Sobre o tema, ver Capelo de Souza, op. cit.; VELOSO, Zeno, op. cit., p. 409.

(11) ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil: Sucessões*. Coimbra: Coimbra Editora, p. 321.

Por evidente, do mesmo modo, não colacionará nas hipóteses em que os únicos herdeiros forem os descendentes do *de cujus*, sem concorrência com o cônjuge sobrevivente.

Convém ressaltar, ainda, que, tratando-se de descendentes, não terá dever de colação aquele que receber liberalidade por ato *inter vivos*, momento em que não tinha a qualidade de herdeiro necessário. Assim, o neto que recebe doação do avô estando ainda vivo o único filho do doador não terá dever de colacionar se o avô, doador, falecer depois do único filho deste. Isto porque o CCB, no parágrafo único, do seu art. 2.005, prevê que se presume imputada à parte disponível a liberalidade feita a descendente que, ao tempo do ato, não seria chamado à sucessão na qualidade de herdeiro necessário¹².

Ainda no pertinente aos que têm o dever de colacionar, cabe destacar o disposto no art. 2.009 do Código Civil. Por essa regra, devem os netos que herdaram por representação colacionar as doações recebidas pelos representados, ainda que não tenham herdado os respectivos bens. Trata-se de regra que, em um primeiro momento, aparenta conferir um juízo de equidade à partição da legítima: aquele que herda por representação não o faz por direito próprio, mas, sim, em substituição àquele que herdaria se vivo fosse ao tempo da abertura da sucessão.

O problema reside, todavia, em um possível efeito desse dever de colação nos moldes disciplinados pelo Direito Brasileiro. Se aquele que falecer na completa ruína econômica, as regras atinentes à colação poderão implicar conclusão pelo surgimento de um débito dos herdeiros representantes em face dos demais co-herdeiros, na hipótese de não mais possuírem os bens objeto de conferência (ou, ainda, de não os terem sequer herdado).¹³ Ainda

(12) VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direito das Sucessões*. 3ª. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 363.

(13) A crítica é formulada também por Euclides de Oliveira, ao afirmar que: “Mas, na hipótese cuidada, a colação deve ser procedida mesmo que os netos não hajam herdado o bem havido pelos pais representados, como se dá em hipóteses de alienação ou de perecimento do objeto. Por isso, não se pode afirmar que a norma seja desnecessária, muito embora se possa criticar o seu rigor por responsabilizar os netos por reposição de bens a que, eventualmente, não tenham tido efetivo acesso”. (Colação e Sonegados. In: *Direito das Sucessões e o Novo Código Civil*. Giselda Hironaka e Rodrigo da Cunha Pereira (coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 375).

que haja possível solução hermenêutica para o problema – que será explicitada adiante – vislumbra-se aqui sintoma dos problemas que o regramento das colações pode ensejar em confrontação, v.g., com princípio da segurança jurídica.

3. DISTINÇÕES NECESSÁRIAS ENTRE A DISCIPLINA DA COLAÇÃO E DA REDUÇÃO DAS LIBERALIDADES INOFICIOSAS

Antes de principiarmos o exame específico acerca da polêmica sobre a colação ser realizada em valor ou em substância, cabe breve incursão no tema atinente à distinção entre as colações e a redução das liberalidades inoficiosas, o qual será relevante quando da análise dos possíveis efeitos concretos da conferência das liberalidades.

Não obstante o legislador discipline as colações e a redução das liberalidades inoficiosas no mesmo Capítulo IV do Código Civil, não há dúvida de que se trata de matérias distintas.

A liberalidade inoficiosa é aquela que extrapola aquilo de que o doador poderia dispor no momento da liberalidade. Até, por isso, a inoficiosidade deve ser aferida com base no patrimônio do doador na data da doação: um acréscimo patrimonial posterior não afasta caráter inoficioso da liberalidade, assim como a posterior ruína do doador não torna inoficiosas liberalidades pretéritas.

A inoficiosidade afere-se, portanto, no momento da liberalidade, instante que em se aperfeiçoa a aquisição do direito pelo donatário. O excesso apurado nesse momento será reputado ineficaz.

Deve-se apurar o excesso, no caso dos herdeiros necessários, com base no que exceder a legítima e a parte disponível, assim calculadas no instante da liberalidade. Assim, um doador viúvo que tenha dois filhos e um patrimônio de 100 mil reais poderá doar a um dos filhos o equivalente a 75 mil reais: 50 mil imputáveis na parte disponível, que restará exaurida, e 25 mil imputáveis na legítima do donatário, integralmente adiantada por meio da liberalidade. Impende ressaltar que esse cálculo se realiza para efeito de exame acerca da ocorrência ou não de excesso na liberalidade, não se confundindo, porém, com o cálculo a ser realizado futuramente, para efeito de colação.

O nascimento de mais um filho do *de cujus* após a doação consumada não alteraria, pois, os efeitos jurídicos da doação, uma vez que, remarque-se, o excesso é apurado apenas no instante em que a liberalidade é realizada. Não haverá, no caso, liberalidade inoficiosa¹⁴ – devendo a doação, entretanto, ser conferida após o falecimento do doador, para a recomposição da legítima por meio da colação.

Caso, entretanto, a doação fosse superior a 75 mil reais (na hipótese formulada), o excesso deveria ser restituído ao patrimônio do doador, uma vez que sobre ele se opera ineficácia. Note-se que não se trata de invalidade propriamente dita a implicar nulidade, pois não se trata de defeito na base fática do negócio, mas, sim, subtração parcial, pela ordem jurídica dos efeitos esperados para a liberalidade realizada.

A inoficiosidade qualifica, assim, o excesso na liberalidade. A colação, ao contrário, é dever atribuído aos descendentes e ao cônjuge (nas condições já explicitadas), no que tange a qualquer liberalidade realizada a título de adiantamento de legítima.

A redução das liberalidades inoficiosas visa à proteção da integralidade da legítima, ao passo que a colação visa à sua igualdade.

Calcula-se o patrimônio do doador, para efeito de redução do excesso de liberalidade, no momento da doação, ao passo que, para efeito de colação, o patrimônio é aferido no instante da abertura da sucessão.

A colação é dever atribuído apenas aos descendentes e ao cônjuge sobrevivente; a redução das liberalidades inoficiosas pode afetar inclusive aqueles que não são herdeiros do *de cujus* (e, nesse caso, o patrimônio passível de ser objeto de liberalidade limitar-se-á à sua metade disponível, desde que o doador, no instante da liberalidade, tenha herdeiros necessários).

A colação é realizada apenas após a abertura da sucessão; a redução das liberalidades inoficiosas, não obstante opiniões em contrário¹⁵, pode ser realizada mesmo vivo o doador, uma vez que

(14) Foi esse o entendimento, a propósito, expresso pelo STJ no REsp 111426/ES, em acórdão da lavra do Min. Eduardo Ribeiro, publicado em 29-3-1999.

(15) Nesse sentido, posicionava-se contra a possibilidade de propositura de ação de redução de liberalidades inoficiosas antes do falecimento do doador, *exempli gratia*, MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das Sucessões*, vol. III. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958.

não se trata de demanda que versa sobre herança, mas, sim, sobre ineficácia parcial de negócio jurídico *inter vivos*¹⁶.

Por derradeiro, colhe-se da doutrina de Silvio de Salvo VENOSA que “a colação não toca na doação, salvo se inoficiosa”¹⁷. Entendemos, com efeito, que assim deveria ser. Tal parece não se vislumbrar, entretanto, da regra constante do art. 2003 do Código Civil, sobretudo o comando do parágrafo único do referido artigo pode conduzir à conclusão de que, em certas hipóteses, o herdeiro beneficiado com uma doação poderá ter de restituir ao monte o próprio bem objeto de liberalidade, para que se sujeite à partilha. É o que se examinará a seguir.

4. DOS MODOS COMO SE PODE REALIZAR A COLAÇÃO: A POLÊMICA SOBRE A COLAÇÃO EM VALOR OU EM SUBSTÂNCIA

A doutrina brasileira debateu ao longo de todo o século XX qual seria efetivamente o modo pelo qual se realiza a colação: se por meio da restituição ao monte do próprio bem doado ou apenas pela imputação de seu valor¹⁸.

A colação em substância implicaria, para Carlos Maximiliano, a restituição à massa sucessória do bem doado, tornando-se comum a coisa conferida.¹⁹

A colação em valor, ao contrário, implicaria apenas a imputação do valor da doação sobre o quinhão do herdeiro outrora beneficiado pela liberalidade.

(16) Admitindo a ação para redução de liberalidade inoficiosa mesmo antes do falecimento do doador, colhem-se, a título de exemplo, os seguintes julgados do STJ: REsp 7879 / SP (Rel. Min. Costa Leite – DJ: 24-6-1994); Resp 151935 / RS (Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar – DJ: 26-6-1998).

(17) VENOSA, Silvio de Salvo. Op. cit., p. 362.

(18) Assim sintetizava a polêmica Clovis Bevilacqua: “Colação em substância é a reposição, no monte partível, do bem doado; por estimação, é a imputação do valor do objeto doado sobre o quinhão do donatário (...)”. *Direito das Sucessões*. São Paulo: Livraria Francisco Alves, 1955, p. 319.

(19) MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das Sucessões*. V. III. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958, p. 392.

A redação do Código Civil de 1916 deixava margem à dúvida, ante o disposto nos arts. 1.786 e 1787.

Disponha o art. 1.786 do CCB de 1916:

Art. 1.786 - Os descendentes, que concorrerem à sucessão do ascendente comum, são obrigados a conferir as doações e os dotes, que dele em vida receberam.

Dessa regra, combinada o artigo 1.792 (que previa a colação dos bens “pelo valor certo, ou pela estimação que deles houver sido feita na data da doação”), alguns autores inferiam que a colação seria por valor (também denominada colação ideal ou por estimação).

O art. 1.787, todavia, dispunha que:

Art. 1.787 – No caso do artigo antecedente, se ao tempo do falecimento do doador, os donatários já não possuírem os bens doados, trarão à colação o seu valor.

Por conseguinte, se a colação por valor somente ocorreria se o donatário não mais tivesse os bens doados, a regra seria a colação em substância (também denominada em espécie ou *in natura*).

Assim, a doutrina de Clovis Bevilacqua²⁰, Washington de Barros Monteiro, Itabaiana de OLIVEIRA²¹ e Carlos MAXIMILIANO²², entre outros, sustentavam a colação em substância como regra geral.

De outro lado, Francisco Morato e Silvio Rodrigues²³ sustentavam que a colação se realizava em valor.

Argumentava Washington de Barros Monteiro que, caso o legislador permitisse a doação por estimação como regra geral, teria

(20) Note-se que *Bevilacqua* reputava como regra a colação em substância, embora entendesse que o melhor sistema seria aquele realizado apenas por estimação (op. cit., p. 320).

(21) OLIVEIRA, Itabaiana de. *Tratado de direito das sucessões*. São Paulo: Max Limonad, 1952, p. 833.

(22) Chega a afirmar *Maximiliano* que a colação implica a reconstituição do patrimônio hereditário mediante a “resolução do ato benéfico”. (op. cit., p. 392)

(23) RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Sucessões*. Vol. 7. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 316.

“aberto porta a tratamento desigual dos herdeiros, permitindo preferências entre os descendentes, o que a lei não tolera, salvo por testamento ou pela outorga da porção disponível”.²⁴

Se a colação por estimação atende a um sentido de equidade, há que se dizer, entretanto, que seus inconvenientes extrapolam suas vantagens. Problema maior talvez resida na idéia de retorno dos bens doados ao monte partível, equiparando as doações a título de adiantamento de legítima em verdadeiras liberalidades *par conditio*.

Observe-se que, na colação em substância, caso a pessoa venha a falecer com um patrimônio diminuto, a conferência das doações, ainda que não inoficiosas, implicará, para o herdeiro donatário, a perda de parte daquilo que já recebera a título de liberalidade por ato *inter vivos*.

Não apenas se iguala a qualidade da vocação sucessória no que tange aos bens que integravam o patrimônio do defunto ao tempo do falecimento, mas, também, resolve-se, ainda que em parte, as doações anteriormente consumadas.

Assim, Carlos MAXIMILIANO formula exemplo semelhante à situação a que estamos a nos referir:

A deixou três filhos - ‘B’, ‘C’ e ‘D’ e uma fortuna de 300 mil cruzeiros; doara 200 mil a ‘B’. A cota disponível constitui-se com a metade de 300; portanto 150 mil cruzeiros. Adicionam-se ao patrimônio líquido na data do óbito os 200 mil cruzeiros da liberalidade realidade em vida e partilham-se entre os 3 descendentes os 500 mil cruzeiros resultantes desta operação, cabendo a cada um Cr\$166.666,66. ‘B’, em realidade, não herda coisa alguma; pelo contrário, dos 200 mil cruzeiros que trouxe ao acervo sucessório, deve deduzir Cr\$ 33.333,33 em favor dos seus irmãos.

A colação se equipara, assim, a uma *sui generis* forma de redução de liberalidades (não inoficiosas), por conta de decréscimo

(24) MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: Direito das Sucessões*. 18ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 312.

patrimonial sofrido pelo doador, *a posteriori*. Os conceitos de redução e de colação, porém, como exposto anteriormente, não se confundem. A solução decorrente da colação em substância, sob o pretexto de uma suposta equidade na divisão das legítimas, conduz a inconvenientes de ordem prática que podem se chocar com o princípio da segurança jurídica.²⁵

Melhor solução parece ser a adotada pelo Código Civil Português, em seu art. 2108º - 2, em que estabelece que “se não houver na herança bens suficientes para igualar todos os herdeiros, nem por isso serão reduzidas as doações, salvo se houver inoficiosidade.”²⁶

Trata-se de regra que explicita o verdadeiro sentido da colação por valor²⁷: realiza-se a imputação das liberalidades no quinhão do herdeiro donatário. Caso não haja, no acervo, bens suficientes para absorverem a totalidade da doação, o herdeiro beneficiado por adiantamento de legítima nada herdará; não será obrigado, todavia, a restituir aquilo que não couber em sua legítima, uma vez que a doação não se resolve quando da colação por estimação.

No exemplo citado por Maximiliano, caso se aplicasse a regra do Direito Português, a solução seria a seguinte:

- Aos filhos ‘C’ e ‘D’ caberia dividir em partes iguais os 300 mil reais deixados pelos ascendentes do falecido;

(25) Embora a segurança jurídica não seja, em absoluto, princípio que possa ser reputado como dotado de supremacia sobre os demais (ante a própria ausência de hierarquia *a priori* entre princípios), dúvida não há de que, quando da realização de opções legislativas, também deve ser levado em consideração. O mesmo ocorre quando da interpretação das demais normas que, por sistemática, deve tomá-lo em conta, ao lado de outros princípios (como igualdade, dignidade da pessoa humana, liberdade, etc) utilizando-se o intérprete de métodos de ponderação aptos a conduzirem a soluções adequadas aos casos concretos.

(26) A respeito do tema, ver ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil: Sucessões*. Coimbra: Coimbra Editora, p. 491.

(27) O Código Civil de Portugal expressamente adota a colação por imputação como regra, e a colação em substância admissível apenas em caso de acordo entre os herdeiros, nos termos do art. 2.108º - 1: *A colação faz-se pela imputação do valor da doação ou da importância das despesas na quota hereditária, ou pela restituição dos próprios bens dados, se houver acordo de todos os herdeiros.*

- ‘B’ nada receberia da herança, uma vez que já teve adiantada sua totalidade por meio da doação com que fora contemplado; não terá, em contrapartida, que restituir aos demais herdeiros os Cr\$ 33.333,33 referidos por Maximiliano no exemplo citado mais acima.

Trata-se de solução que proporciona, no caso, a divisão da herança apenas entre os herdeiros não contemplados com doações, o que atende, em maior ou menor medida, ao escopo de equidade inerente às colações, sem afrontar a necessária segurança quanto à titularidade sobre os bens objeto de liberalidade.

Parece não ter sido esta, porém, a solução adotada pelo Código Civil de 2002. No novo diploma legal, embora, aparentemente, a colação deva ser realizada por estimação – o que, com a correta aplicação dessa modalidade de colação, implicaria efeitos semelhantes aos decorrentes da lei portuguesa – os efeitos concretos serão sempre muito próximos dos de uma colação em substância propriamente dita.²⁸

Isso se deve ao fato de que, não obstante o art. 2.003 do CCB 2002 mencione, expressamente, que a colação deverá ser realizada por valor, o parágrafo único do mesmo artigo assim determina:

Se, computados os valores das doações feitas em adiantamento de legítima, não houver no acervo bens suficientes para igualar as legítimas dos descendentes e do cônjuge, os bens assim doados serão conferidos em espécie, ou, quando deles já não disponha o donatário, pelo seu valor ao tempo da liberalidade.

A regra, como se vê, em sua primeira parte, traz comando diametralmente oposto ao do art. 2.108 – 2 do Código Civil Português. Assim, ao contrário da norma do Direito lusitano, o CCB 2002 prevê que

(28) Parte da doutrina chega a afirmar que a colação no CCB/2002 se dá efetivamente, em substância, como é o caso de Eduardo de Oliveira LEITE: “Em nosso direito a colação real em substância é a regra, constituindo exceção a colação ideal (trazer à colação o seu valor), que apenas ocorre quando os donatários já não mais possuem os bens doados” (op. cit., p. 761).

se por meio da colação por estimação, as imputações devidas não se apresentarem como possíveis, à míngua de bens no acervo deixado pelo *de cujus*, os bens doados voltarão ao acervo, sendo colacionados *in natura*.

Por conseguinte, quando a colação em valor não for suficiente para igualar matematicamente os quinhões, nas proporções previstas no CCB, lançar-se-á mão da colação em sustância, com os problemas a ela inerentes.

Trata-se, aqui, de problema que se refere aos possíveis efeitos concretos decorrentes da norma do parágrafo único do art. 2.003. Da parte final desse artigo emerge, porém, um outro problema, de caráter hermenêutico.

Note-se que, nos termos da regra invocada, caso o herdeiro não mais disponha dos bens objeto da doação, serão eles conferidos pelo seu valor ao tempo da liberalidade. Pode-se cogitar, em um primeiro momento, que se trata de regra idêntica, em seu conteúdo, àquela do art. 1.787 do Código revogado. Não se trata, porém, da mesma hipótese.

Releva ter em conta que a parte final do parágrafo único do art. 2.003 diz respeito apenas à hipótese em que (a) a colação por valor foi insuficiente para igualar os quinhões e (b) o donatário não pode colacionar em substância, por não ser mais titular dos respectivos bens. Assim, ao contrário do que ocorria no CCB/1916, já se está, aqui, em situação na qual a colação por valor mostrou-se insuficiente para igualar os quinhões (uma vez que, em termos práticos, é disso que se trata, ainda que a disposição seja merecedora de críticas).

Por conseguinte, a conclusão a que se pode chegar é que não se trata, nesse caso, de colação por estimação típica: a referência a “valor” diz respeito a retornar aos demais herdeiros o montante pecuniário equivalente ao bem doado. Em outras palavras, o herdeiro que não mais dispuser do bem doado será devedor aos demais co-herdeiros.

Situação mais grave poderia se configurar na hipótese antes aventada, em que aqueles que herdaram por representação devem colacionar as liberalidades recebidas pelo representado, ainda que não as tenham herdado.

Nesse caso, poderíamos estar diante da seguinte hipótese: Antônio tem dois filhos, Bernardo e Cláudia. Doa imóvel no valor de 100 mil reais a Bernardo. Este, a seu turno, vende o bem, consome o produto da venda.

Bernardo falece deixando um filho, Diogo, que nada herda de seu pai. Antônio vem a falecer algum tempo depois. Diogo terá que colacionar o imóvel recebido por seu pai, Bernardo, pois participará da sucessão de Antônio no exercício do direito de representação.

Supondo que Antônio tenha falecido *ab intestato*, com um patrimônio limitado a 10 mil reais, a colação ensejaria a composição de uma legítima no valor de 110 mil reais, cabendo 55 mil à Cláudia, por direito próprio, e 55 mil a Diogo, por direito de representação. Bem se vê que a colação por imputação não permitiria a igualdade das legítimas, pois 100 mil seriam imputados em 55 mil. Cláudia herdaria a totalidade dos 10 mil, restando pendentes outros 45 mil reais.

Aplicando-se o parágrafo único do art. 2.003, ante a impossibilidade de colação em substância, pois Diogo jamais foi proprietário do imóvel doado a Bernardo, restaria ele na condição de devedor de 45 mil reais que deveria pagar, às suas próprias expensas, à Cláudia.

Entendemos, porém, que, ao menos nessa hipótese, não é o que ocorre. Note-se que o eventual crédito de Cláudia existe em face de Bernardo, e não em face de Diogo, que está a herdar por representação. Recebe ele, pois, o que caberia a seu pai, se vivo fosse. Pode-se aplicar aqui, por isso, a regra de que as dívidas do *de cujus* se transmitem aos seus herdeiros apenas nos limites das forças da herança. Assim, nada tendo recebido de Bernardo, Diogo não será devedor de Cláudia, não sendo obrigado a integralizar em pecúnia o valor da colação devida.

Soluciona-se, assim, ao menos em parte, um grave problema que poderia decorrer do conjunto das regras sobre colação constantes no CCB/2002. Assim, quando suceder por representação, o herdeiro deverá colacionar, ainda que não tenha herdado o bem doado a seu ascendente. Neste último caso, porém, não será ele obrigado a integralizar às suas expensas o valor do bem doado, ainda que não haja no acervo bens suficientes para igualar as legítimas.

5. À GUIA DE CONCLUSÃO

O Código Civil de 2002 não teve o condão de solucionar as antigas polêmicas a respeito da colação, bem como de adequar a sua disciplina legal a critérios razoáveis que, sem abdicar do escopo de ensejar equidade na partição da legítima, não promova total insegurança quanto ao exercício dos poderes inerentes ao domínio por parte dos que recebem doações a título de adiantamento de legítima.

A disciplina trazida pelo Código Civil Português à matéria, ao menos no que tange ao modo de se realizar a colação e os efeitos a ela atribuídos, pode servir como parâmetro útil para uma futura alteração do diploma civil que, não obstante seu curto período de vigência, mostra-se, sob inúmeros aspectos, inadequado ao eficaz atendimento das finalidades a que se destina.

A partir do objetivo inicialmente traçado para ofertar algumas possibilidades hermenêuticas à luz da disciplina normativa das colações no Código Civil de 2002, tributando ao tema ponto de vista crítico e construtivo, ao arrematar impende almejar que doutrina e jurisprudência brasileiras possam cumprir relevante papel ao acudir emergencialmente lacunas e deficiências nele encontradas.