

O DIREITO DE FAMÍLIA - ALGUMAS QUESTÕES CONTEMPORÂNEAS

Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo | vol. 5/2000 | p. 71 - 100 | Jan - Jun / 2000
Doutrinas Essenciais Família e Sucessões | vol. 1 | p. 287 - 321 | Ago / 2011
DTR\2000\113

Rui Celso Reali Fragoso

Área do Direito: Família e Sucessões

Sumário:

1. Considerações iniciais - 2. Atualidades

1. Considerações iniciais

O Direito de Família é, mais do que qualquer outro segmento, aquele de aplicação permanente do bom senso, comunicação e sensibilidade, fatores ausentes, mais das vezes, do formal mundo jurídico. Campo em que advogados, juízes e promotores constataam a importância do contato direto com os problemas vivenciados pelos jurisdicionados, os dramas, infortúnios, desavenças necessitam de soluções rápidas e cuidadosas.

A importância da matéria é gigantesca, tanto que a hodierna doutrina tem deixado assente o seu caráter publicista,¹ percebendo na família características medianas entre Estado e indivíduo.² Muito embora não se conceba destacar este ramo jurídico da seara privada, à evidência, prevalecem as normas cogentes não passíveis de derrogação pelas partes.

Elucidativa a lição de Caio Mário da Silva Pereira:

“Não falta a sustentação de estar a família sendo conduzida para o Direito Público, tantas são as normas de ordem pública que a envolvem. A idéia, posto que sedutora, não chega a convencer. A penetração dos princípios de ordem pública não é estranha aos demais compartimentos jusprivatísticos.”³

A prevalência destas normas ditas inderrogáveis não retira destes assuntos o caráter privado. Neste passo, não deve guiar o intérprete a característica da norma, mas sim o seu objetivo.

“Direito Privado é o que regula as relações entre os homens, tendo em vista o interesse particular dos indivíduos, ou a ordem privada. É disciplina as relações humanas que surgem dentro do âmbito familiar; as obrigações que se estabelecem de indivíduo para indivíduo, quer oriundas do contrato, quer derivadas do delito, quer provenientes da lei...”⁴

A relação entre os particulares no seio das famílias é o fim maior do *jus familias*, apoiando-se em preceitos morais imperativos em determinado momento histórico, por isso que imodificáveis.

À evidência, “abrange o direito de família, além de normas essencialmente jurídicas, diretrizes morais que só revestem o aspecto jurídico e passam a ser munidas de sanção quando frontalmente violadas”⁵

2. Atualidades

“Se o Direito fosse estático, imporá à vida social um imobilismo incompatível com o senso evolutivo da civilização. Contingente como a vida, o Direito é igualmente mutável.”⁶

Não é outro o motivo que enseja o modesto estudo. O profissional do Direito deve estar sempre inteirado das questões mais recentes, mormente no Direito de Família, seara que reflete sobremaneira as contingências históricas. A norma, impregnada de sentido moral, espelha a sociedade de seu tempo e, conquanto parte substancial da legislação permaneça imodificada, sua significação está a se transformar.

O singelo escrito tem por escopo dar aos operadores do Direito subsídios, ainda que mínimos, sobre temas recentes, assaz discutidos, tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Vamos a eles.

2.1 O DNA e a investigação de paternidade

O surgimento das modernas técnicas de identificação das pessoas trouxe alento ao Direito de Família, sobretudo em um campo onde reinava, ainda, a dúvida. Uma zona cinzenta de incerteza, esta é uma boa imagem da declaração de paternidade obtida em juízo num passado recente. A técnica de identificação mediante análise do ácido desoxirribonucleico, que, como sabido, é diferente em cada indivíduo⁷ e corresponde ao patrimônio genético herdado dos pais, elimina de forma cabal a dúvida quanto à ascendência dos rebentos. Com efeito, a verdade dos autos aproxima-se da “verdade real”.

“A utilização do DNA, que envolve esmerada tecnologia e complexos mecanismos de Engenharia Genética, manipulação e reestruturação artificial de genomas, possui em seu âmago o ácido desoxirribonucleico, suporte de todo o patrimônio genético dos seres vivos. Encontra-se no interior das células eucariotes, procariotes e vírus e, com exceção dos gêmeos univitelinos, a Humanidade não tem conhecimento de dois indivíduos de idênticos DNAs.”⁸

Antes do surgimento da técnica, todavia, a declaração judicial da paternidade deixava dúvidas acerca do acerto daquelas investigações. Em que pese a “verdade jurídica” consagrada pelo *decisum*, os métodos usados, embora indicassem a filiação, não a afirmavam com a segurança necessária. Não é muito de notar que se definia a paternidade por via indireta.⁹ A análise de dados como a data do relacionamento amoroso, o momento do parto, a ausência do *plurium concubentium*, e posteriormente exames sangüíneos como o HLA (Human Leucocyte Antigens) davam ao operador do direito indícios razoáveis da paternidade.¹⁰

De fato, tais assuntos exigiam uma margem maior de acerto, isto por que é imperioso não reste a mínima dúvida acerca da filiação. A declaração de paternidade é apta a modificar toda a vida do indivíduo, por isso deve revestir-se da mais completa certeza:

“Investigação de paternidade – Julgamento antecipado da lide, após decretação de revelia – Não cabimento – Instrução probatória necessária para o deslinde do caso – Sentença anulada – Recurso provido.”¹¹

Como de sabença, a insegurança das relações humanas é contrária ao direito, e a declaração de monta pode mudar completamente a vida de investigante e investigado. As conseqüências para ambos, emocionais e patrimoniais, são relevantíssimas, e, portanto, devem ser bastante resguardadas. Salta aos olhos a gravidade de uma declaração equivocada, mormente se considerada a fragilidade dos filhos menores, ou ainda o dano causado ao pai de família pela imputação falaciosa que porventura lhe for feita.

Destarte, inclui-se no rol das ações protegidas pelo segredo de justiça (CPC, 155, II).

Pari passu, sabiamente, a ação de investigação de paternidade é imprescritível.¹² Nas palavras de Roberto Rosas:

“Sendo a ação de estado meramente declaratória, ela é imprescritível. Assim ocorre em relação à ação de investigação de paternidade. O interesse de agir consistirá apenas na obtenção de uma decisão declarando a existência e inexistência de uma relação jurídica, como acentua Amaral Santos (*Direito processual civil*, vol. 1, p. 209). A distinção há que se fazer entre a ação declaratória do estado de filiação e a ação condenatória tendente aos efeitos patrimoniais decorrentes desse estado de filiação, isto é, através da ação de petição de herança. Esta é prescritível, nos termos do art. 177 do Código Civil, porque é ação patrimonial.”¹³

Deveras, o ordenamento não deve conformar-se com a instabilidade gerada pela perpétua oportunidade de afetar o patrimônio alheio; não há que se negar, contudo, uma declaração tão relevante quando se trata da relação de filiação.

Tem-se entendido,¹⁴ inclusive, que a prova produzida e não estribada no apurado exame não faz coisa julgada material, a possibilitar a nova investigação. É fato que a legislação, notadamente no Direito de Família, deve ser vista em perspectiva, consoante as tendências históricas: “o fetichismo das normas legais, em atrito com a evolução social e científica, não pode prevalecer a ponto de levar o Judiciário a manietar-se, mantendo-se impotente em face de uma realidade mais palpante, à qual o novo Direito de Família, prestigiado pelo constituinte de 1988, busca adequar-se”.¹⁵

A conclusão é de rigor, à vista da insegurança da investigação antes do advento do DNA. A

declaração judicial fundava-se em indícios, provas frágeis, que não afirmavam a paternidade. Até mesmo exames mais recentes como o HLA representavam mero juízo de probabilidade; idêntica afirmação se pode fazer, e com maior força de ânimo, com relação à prova testemunhal e documental nestas ações de averiguação paterna.

O art. 27 da Lei 8.069/90 dispõe explicitamente acerca da indisponibilidade e imprescritibilidade da ação de reconhecimento de estado de filiação, sem qualquer restrição. No mesmo sentido, o art. 349 do Código Civil estatui como pressuposto o defeito do termo de nascimento, sem mencionar se o defeito advém de declaração das partes ou de decisão judicial. Logo, a jurisprudência tem possibilitado a cumulação da ação de declaração de paternidade com a de retificação de registro civil.¹⁶

Sobre a suposta segurança das relações jurídicas, reside este direito natural de filiação.

As assertivas ganham especial colorido se tivermos em mente que, segundo dados recentes, na sociedade contemporânea entre 5% (cinco por cento) e 10% (dez por cento) da população mundial convive com dúvidas sobre a paternidade. No Brasil dados do IBGE informam que 1/3 (um terço) das certidões de nascimento não têm preenchidos os espaços referentes à ascendência masculina.¹⁷ No Estado de São Paulo são mais de cinco mil investigações de paternidade a cada ano. De se lembrar o preço elevado do referido exame, a torná-lo inacessível à ampla maioria da população brasileira.¹⁸

No Estado de São Paulo existe novel legislação reguladora da matéria, a determinar a realização gratuita do exame de DNA para aqueles que não podem arcar com seus elevados custos, no curso do processo judicial (Lei Estadual 9.934/98).

Mais das vezes, a porcentagem de acerto destes exames genéticos chega a impressionantes 99,999%, sendo matematicamente improvável o erro na declaração da paternidade. Somando este dado a outras provas indiretas (data relacionamento, nascimento etc.) o erro torna-se mesmo impossível.

Posto que a confiabilidade deste meio de prova seja digno de reverência, não se exclua o possível erro material, ação/omissão culposa ou dolosa. Prevalece, destarte, a regra do livre convencimento motivado consagrada pelo Código de Processo Civil (art. 131), pois “a livre apreciação da prova, desde que a decisão seja fundamentada, considerada a lei e os elementos existentes nos autos, é um dos cânones do nosso sistema processual”.¹⁹ O Juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo acatá-lo ou rejeitá-lo,²⁰ conforme dispõe expressamente o art. 436 do Estatuto Processual. Contudo, atenta contra a lógica opor-se a um exame cuja correção representa, praticamente, a certeza matemática,²¹ instrumento que facilita a persuasão racional.

Deve o Juiz avaliá-lo com a devida prudência quando a sua idoneidade for duvidosa, por imperícia (culpa) ou má-fé (dolo). Além disso, outras provas devem reforçar o alegado relacionamento. Excetuadas estas hipóteses, a perícia – DNA – constitui-se em prova plena.²² Salvo melhor juízo, é o entendimento coadunável com as modernas técnicas de identificação, bem como se afaz à segurança jurídica demandada pelas situações descritas, corolário do avanço tecnológico posto a disposição do julgador que não pode ignorá-lo.

Neste sentido aponta a jurisprudência mais autorizada:

“Investigação de paternidade – C.C. com alimentos – Prova – Paternidade declarada com base unicamente em exame hematológico do Imesc realizado pelos sistemas ABO, RH, MNSS, Kecelano, Duffy e HLA – Conversão do julgamento em diligência preconizado para realização de outro exame pelo sistema do DNA – Cabimento – Conversão do julgamento em diligência.”²³

O exame de DNA possibilita a diferenciação mesmo quando há semelhança sangüínea; os patrimônios genéticos dos irmãos (excetuando-se os gêmeos idênticos) podem ser facilmente diferenciados pela técnica. O estudo pode, também, ser realizado antes do nascimento da criança, com a retirada do sangue do feto. Tal procedimento previne, por certo, traumas e sofrimentos futuros para o rebento que poderá saber desde a mais tenra idade o nome do pai biológico. É cediço ser prejudicial à formação das crianças mudanças bruscas em seu *habitat*, e descobrir-se “filho de outro pai” durante esta fase de formação pode trazer danos irreparáveis à psique infantil.

Por outro lado, depois do falecimento também é possível saber se a apontada filiação é verdadeira.

analisando-se a carga genética do *de cujus* caso tenha, prudentemente, deixado material genético para exame ou através de seus restos mortais e, ainda, pelo exame de seus parentes mais próximos, hipóteses impensáveis num passado próximo.²⁴

Indagação interessante e recente é a da responsabilidade genética. O comércio de material genético, masculino ou feminino, pode ser dissociado do Direito de Família?

Em que pesem as opiniões contrárias, é impossível dar a estes assuntos contornos meramente comerciais. A paternidade ou maternidade importa em responsabilização dos pais biológicos, mesmo que seu material genético tenha sido doado, vendido etc.²⁵ Assaz descabida a pretensão de desligamento total entre o doador e a criança que surgirá do material dado. O ordenamento jurídico atual veda tal entendimento e o bom senso não nos permite direcionar esforços neste sentido. Como aceitar que a vida humana obedeça às regras comerciais, ou ao arbítrio dos indivíduos?

Assim, é lícito dizer que embora “doador” o patrimônio genético do indivíduo jamais se dissocia dele. Nada impede que o doador seja, a qualquer momento, reconhecido como pai de crianças concebidas pelo método de inseminação artificial, advindo daí todas as conseqüências patrimoniais inerentes à filiação. Entendimento contrário certamente fará desta questão uma infundável fonte de traumas para os menores, indefesos que estão da imprudência dos genitores. O assunto deve revestir-se da proteção das normas de direito público, inafastáveis pela vontade dos indivíduos.

Conquanto nos falte legislação específica sobre o assunto, afigura-se impossível negar ao filho (doador, vendido, querido ou não) direitos naturais como, *v. g.*, o direito aos alimentos,²⁶ já que as normas do Direito de Família revestem-se de preceitos morais inarredáveis. Não há, portanto, estipulação contratual que possa afastar estes direitos/deveres.

De se lembrar que a Constituição brasileira veda a distinção entre os filhos, garantindo a todos, tidos por qualquer meio ou em qualquer circunstância, direitos equivalentes (art. 227, § 6.º, CF), observadas as amplas hipóteses previstas pelo art. 363 do Código Civil para a averiguação judicial.²⁷ Os filhos, tidos ou não na constância do casamento, gozam dos mesmos direitos e estão legitimados para propor a investigação de paternidade.²⁸ Na esteira da Carta Magna, a Lei 8.560/92 dispõe sobre o reconhecimento (judicial ou não) das crianças havidas fora do casamento, a prever até a possibilidade da fixação de alimentos provisionais ou definitivos aos reconhecidos (art. 7.º).²⁹

“Com a legislação atual, mormente a Lei 8.560/92, inexistente qualquer restrição à investigação de paternidade ou maternidade.”³⁰

Portanto, a diferenciação quanto à paternidade (maternidade), obtida por novas técnicas, exigiria novo regramento constitucional e, por conseguinte, ordinário.

2.2 O DNA e a ação negatória de paternidade

Coloca-se na mesma situação a ação tendente a negar a paternidade de rebento que porventura não seja filho daquele que o registrou, ou contra quem milita a presunção da paternidade, como, *e. g.*, o varão casado. A presunção legal da paternidade é relativa, *juris tantum*, podendo obviamente ser elidida pela prova contrária. Deveras, *mater semper certa est et pater is est quem nuptiae demonstrant*.

O exame genético – DNA – é poderoso aliado dos pais aparentes.³¹ Tudo quanto foi dito no item acima serve também neste passo.

Com efeito, “são imprescritíveis as ações de estado de família, entre elas a ação de nulidade de registro de nascimento e declaratória negativa de paternidade, se o pretense pai não era separado judicialmente da genitora do que foi registrado com filho de ambos”.³²

Ressalve-se, contudo, que o vetusto texto do Código Civil (art. 340) impõe restrições à possibilidade de contestação da paternidade quando do casamento ou da sua presunção (art. 338, CC). A proibição tem como fundamento a proteção à família, na forma como a legislação a entendia no início do século, estribada em preceitos morais vigorantes naquele momento histórico. Contemporaneamente imperam a proteção à entidade familiar e a tutela integral ao bem-estar do menor (Constituição Federal, Lei 8.560/92), bem como o pátrio-poder está melhor caracterizado como poder de proteção.³³

Como definir a condição do infante que, havido na constância do casamento, é por terceiro declarado (em cartório) como seu descendente? Utilizemo-nos da abalizada opinião de Maria Helena Diniz:

“Só seria admissível o do reconhecimento de filho de mulher casada após a decisão transitada em julgado que acolha a contestação da paternidade por parte do marido (art. 344, CC) ou mediante apresentação de prova convincente de separação de corpos ou de decretação de separação judicial.”³⁴

De outro lado, dispôs o art. 178, § 3.º, do Estatuto Civil, que a ação personalíssima cabente ao varão³⁵ para inquirir a filiação, expira em dois meses contados do nascimento da criança.³⁶ No caso, o prazo é decadencial, não prescricional como quer o código; assim, não se suspende nem se interrompe. É de interesse da sociedade que as relações jurídicas, mormente as ligadas à proteção da família, não possam ser desconstituídas a qualquer tempo.

Nos dias de hoje não é possível encarar tais institutos como no passado, mesmo porque os princípios morais que revestem tais normas encontram-se modificados. O conceito de família transmutou-se, não sendo mais tão restrito quanto outrora,³⁷ os avanços da técnica trazem alento às dúvidas familiares.

Tem-se entendido, e parece-nos assaz razoável a solução, que não subsistem as restrições impostas pelo art. 340 do Código Civil, sendo também mais elástico o prazo para a proposição da ação personalíssima, pois, ainda que presente, pode faltar ao pretense pai elementos seguros para duvidar da paternidade presumida.

Pontifica o Min. Eduardo Ribeiro:

“Paternidade. Contestação.

As normas jurídicas hão de ser entendidas, tendo em vista o contexto legal em que estão inseridas e considerando os valores tidos como válidos em determinado momento histórico. Não há como interpretar-se uma disposição, ignorando as profundas modificações por que passou a sociedade, desprezando os avanços da ciência e deixando de ter em conta as alterações de outras normas, pertinentes aos mesmos institutos jurídicos.

Nos tempos atuais, não se justifica que a contestação da paternidade, pelo marido, dos filhos nascidos de sua mulher, se restrinja às hipóteses do art. 340 do Código Civil, quando a ciência fornece métodos notavelmente seguros para verificar a existência do vínculo de filiação.

Decadência. Código Civil.

Admitindo-se a contestação da paternidade, ainda quando o marido coabite com a mulher, o prazo de decadência haverá de ter, como termo inicial, a data em que disponha ele de elementos seguros para supor não ser o pai de filho de sua esposa.³⁸

(...).”

A solução, além de jurídica, ressalte-se, está impregnada de bom senso, indispensável às decisões pretorianas.

2.3 O menor na separação

Se há um terreno onde a equidade – observa o cronista de “Atualidades jurídicas” do jornal *La Vie Judiciaire* – é a regra de ouro, que os juizes devem ter sempre presente, tal será aquela relativa à felicidade de uma criança.³⁹

Sábua a orientação do legislador ao abrir flanco para a equidade, elemento essencial na solução dos conflitos envolvendo os menores na separação de seus pais.

A proteção do menor é princípio elementar de qualquer sociedade. Antes mesmo da Constituição Federal de 1988 – equiparando os direitos dos filhos havidos ou não do casamento – a Lei do Divórcio (6.515/77) estatuiu em seu art. 9.º, que na separação por mútuo consentimento vale o acordado pelas partes, condizente com a ordem pública e os *interesses dos filhos*. Em primeiro lugar, a lei determina, na hipótese de separação ou divórcio litigioso, a guarda ao cônjuge inocente

(art. 10, *caput*); no caso de culpa recíproca a guarda dos filhos cabe à mãe, *salvo se o juiz reputar inconveniente à formação e à moral dos menores* (art. 10, § 1.º). O poder discricionário do juiz é vasto, podendo até confiar a guarda dos menores a familiares de qualquer dos cônjuges, caso desaconselhável a convivência com os pais naturais (art. 10, § 2.º), ou regular de forma diversa, caso haja motivo grave, a situação com os pais (art. 13, da Lei do Divórcio, antigo art. 327 do Código Civil).

O menor é, portanto, parte ativa de direitos na separação e, sob o ângulo de seus reais interesses, devem ser resguardadas as decisões judiciais.

Promulgada a Constituição de 1988, a proteção aos interesses da criança adquiriu foros de maior relevância. É conclusão clara, retirada da análise do art. 227 da Carta Magna. Dever primordial do Estado, a proteção total ao bem-estar do menor é meta almejada pela ampla maioria das sociedades contemporâneas.⁴⁰

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA – Lei 8.069/90) trouxe válidas contribuições às disposições já existentes, derrogando vetustas normas do Código Civil e pormenorizando o desejo de integral proteção ao menor. Assim, “a doutrina do direito do menor busca preservar prioritariamente aos interesses da criança e do adolescente, dispensando atenção à sua formação e integridade física e moral”.⁴¹

Vale lembrar que o ECA é inovação muito bem-vinda, não se tratando apenas de texto legal substitutivo do antigo Código de Menores (Lei 6.697/79), cuja figura precípua era a do menor infrator.

A corroborar tal entendimento, ensina Caio Mário da Silva Pereira:

“Minuciosa em todos os sentidos a Lei 8.069/90 dá cobertura a tudo que envolva a existência social e jurídica da Criança e do Adolescente, desenvolvendo uma nova filosofia em que predomina a assistência, e retirando de seu centro o menor infrator.”⁴²

2.3.1 Direitos e deveres inerentes ao pátrio-poder

Reflexo desta tendência moderna, defendem os mais extremados a existência de um pátrio-dever. Não se concebe, por óbvio, o pátrio poder como em nosso direito anterior, herdado da *patria potestas* romano, onde o varão tinha direito de vida e morte sobre os filhos. Era um *auctoritas*, tal qual a que tinha o proprietário sobre a coisa de que era dono.⁴³ Explica-se tal rigorismo, pois a família romana era uma “unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional”,⁴⁴ em que o ascendente mais antigo tinha o poder de justiça.

Preleciona Arnoldo Wald, em escólio doutrinário de impressionante envergadura:

“Em Roma, a família era definida como um conjunto de pessoas que estavam sob o *patria potestas* do ascendente comum vivo mais velho. O conceito de família independia assim da consangüinidade. O *pater familias* exercia a sua autoridade sobre todos os seus descendentes não emancipados, sobre a sua esposa e sobre as mulheres casadas com *manus* com os seus descendentes.”

As raízes remontam ao direito romano, canônico e germânico, patente a evolução dos conceitos ligados às relações familiares. Todavia, caracterizar o pátrio-poder como dever apenas é flagrante equívoco. É poder/dever que deve ser exercido pelos pais indistintamente, verificada a igualdade absoluta entre homens e mulheres (art. 226, § 5.º, CF). Define-se como “um *munus*, encargo, dever, função; é esse o modo pelo qual a consciência moderna conceitua o pátrio-poder”,⁴⁵ ensina San Tiago Dantas.

Postos os conceitos basilares do *jus familias* e a situação da prole na discórdia dos genitores, há de se considerar os três principais aspectos atinentes ao pátrio-poder: guarda, direito de visitas e alimentos.

Deveres inarredáveis do conceito de pátrio-poder, cabe aos pais a guarda, o sustento e a educação dos filhos (Código Civil e Estatuto da Criança e do Adolescente). Por guarda entende-se tê-los por companhia, e sobre eles exercer vigilância, na incessante busca da correta formação física e psíquica.⁴⁶ Sustentar significa prover a subsistência material (alimentação, roupas etc.). Na educação reside o dever de dar à prole os meios para instrução básica e o ensino em graus superiores, na medida das condições sócio-econômicas dos pais.

Sanções estão previstas para aqueles ascendentes que não exercem satisfatoriamente os deveres inerentes à filiação. São as causas de suspensão (art. 394, CC) e destituição (art. 395, CC) do pátrio-poder. A enumeração das causas de suspensão é meramente exemplificativa, enquanto as causas de destituição apresentam-se *numerus clausus*, pois a gravidade da medida clama por maior segurança jurídica. O legislador penal não descuidou-se do assunto ao estabelecer a conduta delitiva dos pais omissos. Assim, o Código Penal prevê os crimes de abandono material (art. 244) e intelectual (art. 246).

Incorrendo os pais em descumprimento injustificado destes deveres, ocorrerá a perda ou suspensão mencionadas. Entretanto, tais penalidades não podem ser impostas arbitrariamente, quanto menos pela via administrativa. Há que se ter a competente decisão judicial, onde observados os princípios constitucionais do contraditório, ampla defesa, juiz natural e o valioso devido processo legal.

Ocorre a extinção do pátrio-poder nos casos dispostos pelo art. 392 do Código Civil. São fatores naturais (morte, amadurecimento completo) ou jurídicos (adoção, emancipação) impeditivos da continuação deste complexo de direitos e deveres.

2.3.2 Da outorga da guarda

Com rompimento da vida em comum dos conviventes (casados ou não), emerge a questão da outorga da guarda, pois inviável, ou demasiadamente difícil, o seu exercício comum.

Ao sustentar posicionamento diverso, em brilhante artigo, escreve Caetano Lagrasta Neto:⁴⁷

“A guarda conjunta, fruto de atribuição bilateral do poder parental, revela-se no casamento civil, na separação ou no divórcio, bem como na situação daqueles que formam entidades familiares, como a espécie mais desejável, conciliatória e civilizada.”

Cumpra conferir detida atenção à questão. Em caso de separação judicial consensual ou divórcio amigável, vale o acordo estipulado pelas partes. Nessa hipótese, em razão da assistência de advogado, ao juiz e ao promotor pouco resta para averiguar. Em princípio, existe uma presunção, embora não absoluta, do conhecimento daquilo que é conveniente para os filhos. No que se refere à litigiosa, a legislação é bastante clara ao estipular a permanência dos filhos menores na companhia do cônjuge inocente. Todavia, a disposição é apenas relativa, imperando principalmente o interesse da prole (arts. 10 e 13, Lei 6.515/77).

O dispositivo do art. 10 da Lei do Divórcio é punição ao consorte considerado culpado pelo rompimento do casamento. Entretanto, a regra não é aplicável como mera consequência do decreto de procedência de ação ou reconvenção. A afinidade e o bem-estar do menor não de prevalecer ante a norma fria da lei. Deveras, no caso de culpa recíproca na separação o interesse da criança precisa ser examinado pelo juiz. Assim, o problema da culpa ou responsabilidade pela separação ou divórcio não acarreta *ipso facto* a perda da guarda.

Assim, “não se justificaria sacrificar o bem-estar dos filhos à culpabilidade dos pais no processo de separação. O conforto moral e material dos menores é o critério fundamental que deve nortear o juiz na atribuição aos pais de sua guarda e educação. *Subsidiariamente e em igualdade de condições, a preferência deverá ser dada ao cônjuge inocente*” (grifamos).⁴⁸

O reconhecimento da culpa não impede o exercício do direito sob exame, desde que afirmada pelo *decisum*, não denote interferência na aptidão para a guarda.⁴⁹ É obstativa quando demonstra a inidoneidade para suprir as necessidades físicas e morais dos filhos menores.

A tendência natural é a guarda ser confiada à mãe. Normalmente, os filhos, sobretudo os menores impúberes, recebem maior atenção na companhia materna. Como sustenta Francisco de Assis Vasconcellos Pereira da Silva, “em nosso sistema familiar a criação dos filhos tem raízes sólidas no intenso relacionamento emocional deles com certas pessoas, especialmente a mãe. É ela que com menos esforço pode dedicar direta e constantemente suas energias, afeto e cuidados à prole”.⁵⁰ Mas a regra não é absoluta. Por capricho da vida, inúmeros são os casos de mães desidiosas e moralmente questionáveis, no embate com zelosos e amorosos genitores. Aí não é possível titubear o magistrado, para atribuir a guarda ao pai apto ao exercício. O estudo social e psicológico desenvolve, neste passo, importante papel, *é prática que convém ser generalizada, até tornar-se providência de rotina*.⁵¹ Nem se exclua a possibilidade, em casos extremos, de se confiar o menor a

terceiros, caso os pais naturais não apresentem a indispensável idoneidade moral.

Confira-se a jurisprudência:

“Guarda. Disputa entre pai e mãe. Hipótese em que a prova dos autos revela que o filho será melhor assistido, no momento, pelo pai. Ação procedente para esse fim. Apelo improvido.”⁵²

“Guarda de filhos. Genitora. Falta de amadurecimento e desenvolvimento completo de caráter. Colocação em família substituta.”⁵³

“Guarda de filhos. Estatuto da Criança. Colocação em família substituta. Pátrio-poder. Prevalência do interesse do menor.”⁵⁴

Embora a falta de recursos, *de per sí*, não importe em óbice à guarda,⁵⁵ a ausência de condições materiais pode influir na persuasão racional do juiz, ainda mais se o outro genitor apresenta melhores condições. Ressalte-se que mesmo na constância do dever alimentar, por vezes, as condições sócio-econômicas desfrutadas pelos ascendentes não se equivalem. Adquire relevância o aspecto material, apenas quando produz conseqüências nocivas à psique da prole, como a falta de moradia própria ou emprego estável, renda insuficiente,⁵⁶ dentre outras.

Assim, a diferença de contexto social e financeiro dos pais não é fator decisivo à outorga da guarda. Na realidade, a criação do filho não pode submeter-se vaziamente aos apelos materiais de um dos pais. As crianças não querem saber de colégios caros, roupas e empregadas, *antes, que lhes matem a sede e a fome de carinho.*⁵⁷

É o entendimento esposado pelo Estatuto (ECA), ao estipular que a falta de recursos materiais não é motivo suficiente para a perda ou suspensão do pátrio-poder (art. 22, *caput*).

Relação concubinária superveniente também não impede a concessão da guarda a qualquer dos cônjuges, nem autoriza sua modificação, se verificada a sadia convivência da prole com o(a) companheiro(a). Notória a influência positiva de uma união livre, mas respeitosa e duradoura à formação dos infantes. Verdadeiramente, “o concubinato daquele que tem os filhos não autoriza, só por si, a retirada deles, desde que o casal tenha vida regular, conduzindo-se com discrição, recato e respeito às convenções, como se unido pelo matrimônio”.⁵⁸ Embora a jurisprudência não seja uníssona,⁵⁹ é majoritário tal entendimento.

Contrario sensu, a constatação de vida desregrada, pautada pelo excessivo número de relacionamentos amorosos pouco recomendáveis num curto espaço de tempo, pode constituir-se em causa de perda da guarda ou outorga ao outro genitor. Tal comportamento revela falha moral, inclusive a pesar negativamente na apreciação do magistrado. Não se trata de posicionamento calcado no puritanismo, mas de regra que respeita o bom senso e, sobretudo, o interesse dos infantes.

Por outro lado, a guarda dos filhos somente será outorgada a terceira pessoa em último caso. Dizia Tito Fulgêncio que “os filhos nasceram para a companhia dos seus pais, e, portanto, para romper com o que é natural, preciso é que ocorram necessidades inevitáveis, que motivos graves o imponham para a maior vantagem dos filhos”.⁶⁰

E assim, estipula o Estatuto da Criança e do Adolescente, a adotar fielmente a filosofia de proteção ao menor. A ordem legal considera mais relevante a manutenção dos infantes na companhia dos familiares consangüíneos, sendo em último caso relegados a terceiros, sempre por motivos relevantes (ECA, art. 23, par. ún.).

Todavia, se a criança vive com a mãe e avós por longo tempo, o falecimento daquela não leva necessariamente à transferência da guarda ao pai sobrevivente. É preciso aferir o mais conveniente à felicidade da criança. As mudanças repentinas e abruptas do modo de viver devem ser sopesadas com extremo cuidado, pois seja qual for a idade da criança a separação dos genitores representa para ela momento de profunda crise. Por isso é de bom alvitre o construtivo relacionamento dos separandos. Os estudos psicopedagógicos nos mostram que a manutenção dos hábitos pretéritos e regras anteriores ao desfazimento da relação são medidas de suma importância para a boa formação dos infantes. É cediço que as crianças menores, por vezes, sentem-se culpadas pela separação, sendo salutar a adoção de medidas que lhes mostrem a inverossimilhança destes pensamentos; o amor e o carinho dos pais não terminam com o perecimento da relação. Página 8

Neste sentido deve inclinar-se o profissional do direito, sobretudo o advogado, instrumento hábil a aconselhar as partes, via de regra, rancorosas e beligerantes.

Com efeito, a maioria numerosa dos causídicos esquece-se da gravidade destas situações e dos cuidados que elas necessitam inspirar. Notadamente, é erro indesculpável tratar destes assuntos como se tratam as questões outras do Direito Civil. A preocupação mor do jurista, o cerne da questão, é sempre o interesse da parte mais frágil, o da criança. Destarte, nos termos da lei, questões que estão ao largo deste foco assumem feições nitidamente secundárias.

Outro aspecto importante é a salutar manutenção dos irmãos em companhia do mesmo genitor; ou seja, a prole não deve ser separada, pois importa à formação dos infantes a manutenção dos laços fraternos.

Importante, ademais, a manifestação da vontade do menor. Nos termos do ECA, são crianças os menores impúberes até os doze anos, e adolescentes os indivíduos até os dezoito anos. Posto que deva ser sempre considerado o desejo dos infantes (art. 28, § 1.º),⁶¹ o juiz aquilatará a capacidade de discernimento dos menores, sendo relevante, em tese, a manifestação emanada pelo adolescente.⁶² Na esteira da proteção integral à figura dos menores, o ideal é o magistrado manter contato direto com a situação vivenciada pela criança ou adolescente. Poderá, no entanto, valer-se de laudo técnico (assistente social, psicólogos etc.).

Com a prudência necessária, deve o julgador avaliar se a preferência está em consonância com a melhor solução aplicável ao caso. A escolha da criança, conquanto importante, é capaz de revelar predileção pelo genitor menos exigente. Algumas vezes sabidamente os filhos optam pelo pai relapso, preocupado em agradar ou “mimar”, ausente nas horas em que o pulso forte necessita atuar. São conhecidos os resultados nefastos, a longo prazo, desta espécie de educação dos filhos menores. Celso Martins em artigo notável, intitulado “Laços de família”, dá ênfase à questão:

“Pedido que uma criança fez a seus pais e professores.

Não tenham medo de ser firmes comigo. Prefiro assim. Isto faz com que me sinta mais seguro. Não me estraguem. Sei que não devo ter tudo o que peço. Só estou experimentando vocês. Não deixem que eu adquira maus hábitos. Dependo de vocês para saber o que é certo e o que é errado. (...) Insistam com amor e energia. Insistam através do exemplo e no futuro vocês verão em mim o fruto daquilo que plantaram.”⁶³

Cumprе ressaltar, ainda, a questão da responsabilidade dos pais por atos danosos dos filhos. Na separação ou no divórcio surge a responsabilidade do detentor da guarda pelos danos causados pelos menores (nos aspectos civis e penais). Não poderia ser outra a conclusão, visto que ligado ao direito de guarda está o dever de vigilância, a consubstanciar a culpa *in vigilando*. Nada impede, todavia, a responsabilização de ambos, nas hipóteses de guarda conjunta, ou a imputação de culpa ao outro genitor, quando o fato danoso ocorre durante o exercício do direito de visitas⁶⁴ (fins de semana alternados, férias etc.).

Portanto, “se a separação é legal; se a guarda foi transferida legalmente à mãe; se o pai tentou alterar judicialmente a guarda, para assumir vigilância dos filhos, e não o conseguiu – não se pode atribuir ao pai a responsabilidade pelos atos dos filhos; e não se pode pela simples razão de que não tinha e nem poderia pretender exercer a vigilância sobre os filhos, e é sobre a falta de vigilância que repousa esse tipo de responsabilidade”.⁶⁵

2.3.3 Do direito de visitas e do dever de sustento

Conquanto um dos genitores esteja alijado da presença diuturna dos filhos, permanece o dever de auxiliar àquele titular da guarda, ministrando o valor hábil a sustentar condignamente os rebentos. Salienta Eduardo Espínola que “êste dever não se confunde com a obrigação muito mais geral de prestar alimentos entre parentes”, explicitando os pontos de divergência: “a) a obrigação alimentícia pode durar por tôda a vida, ao passo que o dever de sustentar os filhos cessa com a maioridade; b) a primeira é recíproca, o segundo unilateral; c) êste independe da falta de recursos do alimentado, enquanto aquê se subordina à condição de penúria”.⁶⁶

Princípio importante nestes assuntos é o da necessidade/possibilidade, verdadeiros pressupostos materiais de concessão ou reconhecimento do direito mencionado.

A necessidade caracteriza-se como a impossibilidade de prover à própria manutenção pelo trabalho, ou em virtude da ausência absoluta de bens. Em se tratando de filhos menores, a definição não carece de maiores explicações.

Define-se a possibilidade pela existência de meios econômicos para suprir as necessidades materiais do alimentando. É fato, portanto, que a situação de miséria faz desaparecer o dever. Assim, “tanto se exige de prestá-los aquele que não o pode fazer sem sacrifício de sua própria subsistência quanto aquele que se porá em risco de sacrificá-la se vier a dá-los”.⁶⁷

Em menor importância, enumere-se a proporcionalidade e a reciprocidade. Versa a proporcionalidade sobre a equivalência entre o *quantum* alimentar (necessidade do alimentando) e as possibilidades daquele que pensionará. Por reciprocidade tem-se a possibilidade do credor vir a ser devedor de alimentos, caso inverta-se a relação.

Permanece o pátrio-poder (dever de alimentos e direito de visitas) de quem se privou da companhia mais estreita da prole. Da outorga da guarda ao ex-consorte, contudo, não se infere a perda do poder de fiscalizar a manutenção e educação dos filhos, nos moldes do art. 15, *in fine*, da Lei do Divórcio. É conceito indissociável do direito de visitas. Neste sentido, preleciona Edgard de Moura Bittencourt que “o direito de visitas envolve, também, o de vigilância, que cabe aos pais, mesmo afastados da companhia dos filhos; não exaure outros meios de comunicação com o menor, como a correspondência epistolar e telefônica, que o judiciário não pode impedir, embora deva tolher os abusos”.⁶⁸

Assiste aos pais o direito de visitar os filhos, na medida do acordado ou decidido pelo juiz. Providência salutar, assegura a permanência dos laços afetivos entre pais e filhos fragilizados pela separação. É daquelas espécies de direitos *que melhor se caracterizam como deveres*,⁶⁹ na lúcida definição de Caio Mário da Silva Pereira.

Nas palavras de Yussef Said Cahali “é irrenunciável, porque a afeição paterna (materna) no trato com os filhos obedece a motivos tão humanos e respeitáveis que nem mesmo a responsabilidade do genitor pela separação judicial ou pelo divórcio pode constituir-se em obstáculo para o exercício desse direito”.⁷⁰

Direito sagrado devido aos pais, não pode ser obstado, exceção feita à convivência nefasta à prole.⁷¹ Somente o interesse do menor autoriza a vedação ao direito de visita. Pode o juiz, tendo em vista a formação do caráter, de saúde e integridade física dos filhos, afastar o contato estreito com um dos genitores, ou com ambos (art. 13, Lei do Divórcio).

Imperativo tal entendimento, mesmo porque o matrimônio não pode mais ser encarado como em outros tempos. É instituição prestigiada, embora sua importância tenha diminuído, tendo o conceito de família sido ampliado pela Constituição vigente. Sobreleva notar que “os casamentos atuais se desfazem muito rápido. São várias as causas, mas uma parece ser mais importante. No passado, ser homem e ser mulher implicava assumir funções diferentes, bem como a adoção de comportamentos complementares.(...) Mas isso mudou trazendo conseqüências para o casamento. Cada vez mais, homens e mulheres se tornam auto-suficientes. Muitos assumem a solidão e vivem independentemente uns dos outros”.⁷²

Todavia, apenas em casos excepcionalíssimos, cabalmente comprovado o caráter prejudicial, será o exercício do direito de visitas denegado:

“Daí só de admitir em casos especialíssimos que tal direito possa ser recusado, como em caso de moléstia contagiosa que possa pôr em perigo a saúde do filho, ou de comprovada influência nociva no espírito do visitado.”⁷³

Nesse diapasão, inviável negar-se a visita do genitor descumpridor da obrigação alimentar. O fundamento é relevante. O direito de visitas, embora constitua em prerrogativa do ascendente, é direito maior do descendente, que dele jamais deverá ser privado porque formador da personalidade sadia. Não se cogita provocar dor profunda à prole (que muitas vezes estima demasiado ao inadimplente), privando-a do amor e carinho necessários ao seu desenvolvimento.

Neste passo, cabe separar a relação material desta outra mais relevante. Além disso, o ordenamento impõe sanção severa ao devedor alimentar. Exceção à constitucionalmente proibida prisão civil por

dívida, representa meio idôneo para dissuadir o devedor renitente.⁷⁴

Cumpra, no entanto, fazer menção à respeitável opinião contrária esposada pelo ilustre Des. Antonio Cezar Peluso, que a expõe em brilhante argumentação:

“Ora, não se entende nem justifica que o pai, capaz de assegurar a subsistência material do filho e que, culposamente, desatende a esta obrigação primeira, possa afetar, na pretensão das visitas, afeição e cuidados que não demonstra na ordem de prioridades da vida. O inadimplemento, em que é elementar a nota de *culpa*, no dever de sustento dos filhos menores, porque contraditório e incompatível com a exigibilidade de direito de visitas, autoriza a suspensão destas, no decurso de execução alimentar. Alimentos e visitas não são entidades autônomas, senão expressões conexas do mesmo dever unitário e do mesmo substrato moral do pátrio-poder.”⁷⁵

Sem embargo, não parece ser a interpretação mais corrente. A lei não criou essa regra, sendo vedado ao juiz adotar a restrição de visitas ao genitor inadimplente.⁷⁶

Andou bem o legislador pátrio ao dissociar a questão material da indigitada *quaestio* humanitária. Relevante o problema atinente ao sustento da prole, encontra-se inferiorizado se comparado à formação moral dos filhos, intimamente ligada à presença constante dos genitores. Ausente a convivência sã, marcas profundas certamente inserir-se-ão na psique do menor, chagas estas mais contundentes do que as geradas pelo mau exemplo advindo da inadimplência. Vastos os estudos psiquiátricos comprobatórios dos danos provocados pela ausência do pai ou da mãe, distúrbios estes de ordem sexual, inclusive.⁷⁷

No mais, ausente a disposição legal, não é lícito ao magistrado “criar” a norma, sob pena de invasão da seara legislativa, ramo estranho à atribuição jurisdicional.⁷⁸

Nem se diga ser na prática a maneira mais eficaz de conseguir o adimplemento da obrigação. Existe, neste passo, uma punição dupla, envolvendo também os filhos. Para eles, habitualmente, a convivência encontra-se em patamar superior ao pensionamento. Como no assunto sobleva o *interesse dos menores* (Constituição Federal, Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei do Divórcio, Código Civil etc.) enfraquece-se o argumento questionado.

Valioso o escólio doutrinário de Edgard de Moura Bittencourt, ao citar prudente jurisprudência:

“É muito de notar que a mãe não pode, como pretende, subordinar o direito de visita do pai ao pagamento mensal da pensão assinalada (...). Em nenhum país culto tal direito se permite assim clausulado.”⁷⁹

É direito líquido e certo do ascendente, autorizando, inclusive, a impetração de mandado de segurança, se por ventura obstado. Consoante ensina Orlando Gomes, o direito de visitas é “um direito de que não deve ser privado o pai, ou a mãe, sob nenhum pretexto, sanções enérgicas precisam ser previstas para assegurar o seu exercício”.⁸⁰ Não é outro o fundamento no conceito moderno de pátrio-poder (direito/dever).

Prerrogativa altamente protegida, não excepciona o direito de visitas sequer ao pai acusado de homicídio, ainda que da virago.⁸¹

Na separação ou no divórcio amigável, o problema mostra-se menos significativo, já que a compreensão e a boa vontade imperam na solução das dores e traumas da relação desfeita.

O mesmo não se diz com respeito ao litigioso. A intransigência e incompreensão são armas apontadas ao ex-consorte. Os filhos são usados como escudo e meio de agressão. O ódio e o rancor provenientes do amor ferido eliminam a solução compartilhada. Cabe, portanto, ao juiz, “estatuir a respeito das condições em que será exercido pelo genitor privado da guarda dos filhos o direito de visitas, estabelecendo-lhe o respectivo regime, períodos, horários, números, local, estipulações que poderão sempre ser revistas...”⁸²

Sempre no interesse dos incapazes, não é lícito ao detentor da guarda “vigiar” as visitas do outro, o que haverá de ocorrer com descontração e naturalidade. É preferível o encontro na casa de parentes ou amigos, evitando o exercício do direito/dever em ambientes públicos capazes de assumir caráter inibitório da relação que se pretende salutar:

“Só na impossibilidade de visita em local adequado, inclusive na residência de parente ou amigo comum do casal, é que se determinará a visita na sede do Juízo, pelos naturais inconvenientes que apresenta. Ambiente puramente burocrático, tolhe a liberdade e não permite a naturalidade e intimidade que devem perdurar nas relações entre pais e filhos. A possível presença de estranhos não é recomendável por provocar inibições da criança com desastrosas conseqüências posteriores.”
83

Na atualidade, o sistema de visitas pode ser amplo e formulado de acordo com a conveniência dos pais e, principalmente, dos menores.

Questão interessante é a da possibilidade de concessão do direito referido aos avós. Parte minoritária da jurisprudência tem entendido não ser viável esta forma de regulamentação, a ressaltar a ausência de disposição legal.⁸⁴ Contudo, o argumento não pode prevalecer. Os princípios que informam o Direito de Família têm forte caráter humanitário, e conquanto não se reconheça aos avós o direito na extensão dada aos pais, inegável que, geralmente, tais visitas serão sempre proveitosas aos menores. Neste sentido inclina-se a mais autorizada doutrina e jurisprudência.

É recomendável a estipulação dos dias de visitas, ainda que à época da separação o relacionamento dos pais não seja beligerante. Parece razoável a alternância de finais de semana, além de uma ou duas visitas semanais. Férias e feriados devem ser alternados, a possibilitar o contato estreito com ambos os genitores.

Deve-se trazer à baila, ainda, intrincada questão. Casos há em que os filhos demonstram a nítida preferência por um dos genitores, negando-se terminantemente a permanecer com o ascendente nos horários estabelecidos para visita. Dificuldade recorrente na vida cotidiana, a recusa dos filhos em ficar com o pai (mãe) quando da visitação, demonstra, às claras, uma reação de defesa da criança. Em geral, e a observação dos casos concretos autoriza este entendimento, tal predileção nasce da agressividade dos pais, quando da ruptura da relação. Agressividade dirigida à pessoa do ex-consorte ou mesmo voltada à prole. Pais que tendem a demonstrar abertamente aos filhos a repulsa pelo outro genitor, acabam por angariar a antipatia da criança, ou mesmo por torná-la meio hábil à agressão. Não se exclua, uma vez mais, o fato de alguns genitores “descontarem” nos filhos o ódio sentido pelo outro ascendente.

Não há meio idôneo para impor o direito de visitas às crianças, e nestas situações a atuação do aparato jurídico-estatal é ineficaz, senão impossível. A terapia familiar é recomendável nestes casos, meio eficiente de extravasar os indigitados sentimentos negativos. A solução compartilhada é assaz necessária, a possibilitar a pais e filhos a superação dos malfazejos rancores e traumas. O bom senso é a regra de ouro, impondo-se à norma.

Em que pesem tais considerações, a importância do advogado é soberba, profissional idôneo ao aconselhamento das partes, a estimular o entendimento e não recomendar o litígio, notadamente no interesse dos menores.

Por tudo exposto, logo se vê que o profissional do direito restrito ao campo jurídico-normativo está com os dias contados.⁸⁵ Há que se ter formação completa, humanística até. Conhecimentos de psicologia, história e antropologia não são mais um *plus*; quem não os têm possui um *minus*. Daí a reformulação dos cursos jurídicos, voltados tão-somente ao litígio forense, ser necessária e impostergável.

2.3.4 As medidas judiciais cabíveis

Em primeiro lugar, uma vez estipulada a guarda e o sistema de visitas em procedimento judicial (amigável ou não), a alteração somente poderá ser realizada através da competente ação de rito ordinário. Em segundo, o deferimento da modificação depende de fatos graves, desconhecidos ou supervenientes à época em que proferida a decisão.⁸⁶ Exceção à regra da ação judicial é a hipótese de petição conjunta dos genitores, alterando o precedentemente pactuado.

Nas hipóteses de extrema urgência, porém, as medidas cautelares são cabíveis, tanto para a busca e apreensão de menores, como para a regulamentação de visitas. Ambas geralmente serão preparatórias de ação principal. Não se exclua, ainda, a possibilidade de tutela antecipada, nos termos do art. 273 do Código de Processo Civil.

Se o genitor retira o filho e deixa de devolvê-lo, é possível a ação de busca e apreensão, seja por ação autônoma, de caráter *satisfativo*, ou mesmo nos autos do processo onde acordada a forma de visitas. Na segunda hipótese não há necessidade de ação diversa porque o direito já estava assegurado pela decisão concessiva da guarda em outro processo. No entanto, se houver risco na permanência do menor com o genitor a quem atribuída a guarda, a ação principal deverá ser ajuizada no prazo de trinta dias da efetivação da medida cautelar de busca e apreensão, de regulamentação de visitas ou alteração de guarda. Naquela, a ampla dilação probatória demonstrará os motivos graves que justificam a alteração.

Insta ponderar acerca da importância das liminares nestes assuntos (art. 804, CPC), presentes, obviamente, o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*. A irregular situação da criança é altamente danosa à psique infantil, indefesa que está dos desmandos e desacertos dos pais.

Quanto à posse cautelar dos filhos ressalta Ovídio A. Baptista da Silva: “A ‘posse’ provisória dos filhos é medida provisional que se toma como preparatória ou incidente de ações onde se controverta o próprio direito de guarda do menor (Moura Rocha, *Exegese*, p. 464). Daí ter a mesma nítido sentido *antecipatório* da decisão final, a ser proferida na demanda principal. E, em sendo tal, cautelar nunca será, um vez que seu resultado corresponde à *satisfação antecipada* do direito de guarda, sob forma de *execução provisória* de sentença, a dispensar, muitas vezes, os pressupostos da tutela assecurativa. Não há, aqui, duas lides, uma principal, ou satisfativa, e outra cautelar. *O que simula cautelaridade é uma porção da própria e única demanda sobre a guarda do menor, que se destaca para formar o conteúdo de uma provisão liminar de sentido antecipatório da pretensão articulada na demanda*”⁸⁷ (grifos nossos).

Por sua vez, o *habeas corpus* não é a via adequada para dirimir controvérsias sobre a guarda de filhos menores.⁸⁸ Este remédio constitucional, dirigido à proteção eficaz do direito da liberdade, não se presta a tal intuito.

Conveniente destacar a questão pertinente à competência. É competente, em regra, o foro de exercício do pátrio-poder. Mas nos casos de exercício conjunto do complexo de direitos e deveres, será competente o juízo do domicílio do possuidor da guarda (art. 147, I, ECA).⁸⁹ Sucede, outrossim, conexão entre ações, que, embora entre partes distintas, versem sobre direitos derivados do mesmo bem a ser protegido, qual seja, a vida do menor, sua guarda, sustento etc.⁹⁰

Há que se lembrar que as ações ligadas à guarda, pátrio-poder etc., têm como foro competente as Varas da Família e Sucessões (ou Varas Cíveis), como sói acontece. As Varas da Infância e Adolescência são competentes quando os infantes encontrarem-se em situação irregular ou de perigo.

2.3.5 Considerações finais sobre o tema

Notável a evolução alcançada pela doutrina e jurisprudência acerca do tema.

Aqui e alhures, nos dias de hoje dá-se a proteção efetiva ao interesse daqueles que são os mais fragilizados pelo rompimento dos laços familiares. Não há mais espaço para designações preconceituosas, nem punição aos infantes pelos erros dos pais. Estão ultrapassados os conceitos de filiação ilegítima, espúria e incestuosa.

Aliás, ao olharmos para o passado recente do Direito de Família, notamos a desumanidade de certas medidas contra criaturas inocentes. Portavam por toda a vida as marcas do preconceito, além da privação do *status* jurídico desfrutado pelos filhos legítimos. Era a sanção imposta aos considerados transgressores das normas de convivência social, profundamente arraigadas em preceitos morais e religiosos. Havia, por certo, ligação mais estreita entre os dogmas da religião e os demais ramos do pensamento humano, deles não se excluindo o Direito. Os filhos pagavam pelos “pecados” dos pais.

É fato que o conceito de justiça muda, assim como transforma-se a sociedade. Aquele vocábulo – como tantos outros – reflete intensamente uma realidade histórica, um momento social. O termo permanece, mas o conteúdo notadamente modifica-se.

O Direito Civil contemplava, como se disse, a sanção vedada pelo legislador penal, “passando a pena da pessoa do condenado”.⁹¹ As crianças nascidas fora do casamento eram, enfim, as que sofriam as sanções mais severas.

Mesmo porque, neste ramo sobreleva “a importância primordial do elemento social e ético, dependendo, pois, de uma realidade oriunda de contingências históricas”.⁹²

As restrições, pouco a pouco, foram superadas; na sociedade moderna o “substantivo filho não mais pode ser adjetivado. Agora é gênero sem qualquer espécie”.⁹³

Conquanto se possa pensar – comparando a situação atual com a derrocada da família grega e romana⁹⁴ – em um estado de desagregação familiar, é demasiado prematuro afirmar tal posição. A sociedade moderna tem seus princípios, não se podendo olvidar manifestações catastrofistas.⁹⁵

Sob a máscara da desordem, do declínio, ocultam-se as mudanças, as novéis feições da família e, por conseguinte, da sociedade.

A família, como outros institutos, sofre profunda modificação na dita sociedade de consumo globalizada. Como instituição e célula *mater* da sociedade ela não acaba, embora sua fisionomia modifique-se a olhos vistos.⁹⁶ São nestes conceitos rejuvenescidos que se busca a proteção total do menor, mormente quando inviável a convivência dos genitores.

A despeito da legislação encontrar-se em avançado estágio, a sua eficaz implementação é tarefa árdua, a exigir esforço soberbo da sociedade brasileira, pautada pela desigualdade sócio-econômica.

Acentua Fustel de Coulanges que “o passado nunca morre por completo para o homem. O homem pode esquecê-lo, mas continua sempre a guardá-lo em seu íntimo, pois o seu estado em determinada época é produto e resumo de tôdas as épocas anteriores”.⁹⁷

Deve-se olhar o passado para entender o presente e vislumbrar o futuro, esquivando-se dos erros cometidos, a buscar a evolução própria e coletiva. É a meta almejada; quiçá um dia o mundo real do é aproxime-se do idealizado universo jurídico do *dever-ser*, especialmente quando se trata da proteção dos interesses dos indivíduos em formação.

2.4 A prisão civil do devedor de alimentos

A prisão do devedor de alimentos, exceção à constitucionalmente vedada prisão civil por dívida, gera ainda controvérsias.

Argumento recorrente é o voltado à atualidade dos alimentos. Os alimentos pretéritos autorizam a medida prisional? Quando efetivamente tornam-se passados?

A resposta, sem embargo das opiniões contrárias, não nos parece residir unicamente no aspecto temporal. Em certos casos, mesmo alimentos passados e não cobrados permanecem atuais. O aspecto a ser investigado pelo julgador é a extrema necessidade, quando em verdade o não pagamento daquele débito pretérito (6 meses, 1 ano etc.) ameaça a subsistência dos credores, como uma “bola de neve” que aos poucos os inviabiliza economicamente. É fato inconteste que o não pagamento, ou pagamento insuficiente, pode lentamente tornar insustentável a manutenção dos alimentandos (juros de mora bancários etc.). Nestes casos, lícita é a prisão do devedor por débito não recente.

Contrario sensu, não se pode desejar a prisão civil quando o lapso temporal atesta a desnecessidade da medida. Salta aos olhos o escopo de dissuadir indevidamente o devedor quando, e. g., pleiteia-se o encarceramento por alimentos devidos e não cobrados relativos a períodos superiores a 2 (dois) anos.

Matéria também suscetível concerne à natureza das verbas que autorizariam a prisão civil (art. 733, CPC). Somente os alimentos ditos naturais possibilitam o aprisionamento, ou todas as verbas devidas pelo alimentante?

Boa parte da doutrina e a ampla jurisprudência⁹⁸ têm decidido pela impossibilidade de cárcere civil do devedor por débito não estritamente alimentar, e. g., honorários advocatícios, custas processuais, verbas voltadas exclusivamente ao lazer, em suma, todos os débitos não relacionados à subsistência material dos alimentandos.⁹⁹

Não se pode olvidar a posição de Yussef Said Cahali, a sustentar a possibilidade de aprisionamento do alimentante relapso por débito não exclusivamente alimentar, *in verbis*:

“Ensina Chiovenda que a relação que existe entre as despesas e o objeto do processo faz com que os privilégios próprios destes se estendam àquelas; assim, as despesas processuais gozam do mesmo tratamento de crédito a cuja realização são dirigidas e dos direitos a cuja realização são destinadas; e isto resulta do princípio de que o direito do autor deve ser declarado sem diminuição. Assim, não só o patrimônio do sujeito do direito deve sofrer qualquer desfalque em consequência do reconhecimento judicial de seu direito, como também a reintegração do seu patrimônio lesado deve ser sempre acompanhada da mesma garantia que seja própria do direito a cuja realização se fez necessária a intervenção da Justiça, pois, de outro modo, a recomposição do direito do vencedor seria incompleta.”¹⁰⁰

No mesmo sentido, Araken de Assis: “Em doutrina, e com poderosas razões, nada diminuídas pelas intransigentes vozes contrárias, propugna-se a extensão à sucumbência, aos juros e à correção, de regime uniforme ao conferido à verba alimentar em sentido estrito”.¹⁰¹

Sem embargo, não nos parece a tendência mais acertada, à vista da excepcionalidade da medida prisional civil.

Em que pese a respeitabilidade dos argumentos expendidos, a Carta Magna (art. 5.º, LXVII) ciosa dos Direitos Fundamentais, numa interpretação sistemática, veda a prisão civil quando o crédito não se traduz na manutenção dos alimentandos. Tais verbas, conquanto relevantes, não estão diretamente ligadas à subsistência dos credores. A cobrança dar-se-á, portanto, de outra forma e sem prejuízo ao vencedor, não importando, contudo, no encarceramento do devedor. Não é outro motivo que tem ensejado, inclusive, restrição pretoriana à prisão do depositário infiel.¹⁰²

Pari passu, não há que se dizer que os alimentandos ficam prejudicados, pois o crédito remanesce inatacável, valendo-se, contudo, das vias corriqueiras para a sua satisfação. À suposta lesão ao patrimônio de credor (custas, honorários etc.) sobrepõe-se o Direito Constitucional de Liberdade, censurável tão-somente quando houver risco à integridade física do credor.

A liberdade ambulatoria do executado é, em verdade, direito natural, posto de lado quando os alimentandos encontram-se perigosamente desassistidos.

Há forte colorido ético neste assunto, não figurando o procedimento *in executivis* (art. 733, CPC) como mera “atividade prática tendente a satisfazer créditos”.¹⁰³ É, ou deve ser, algo mais do que a letra fria da lei, mormente se sopesados os significativos interesses envolvidos.

Insta ponderar, a prisão civil do devedor é medida de exceção, decretável somente em casos extremos, como na hipótese do *ius sanguines*, ou se na separação não couber qualquer bem ao cônjuge credor. De fato, se ausente a prole e efetuada a partilha de bens suficientes à manutenção íntegra de ambos, não há necessidade de encarceramento do devedor. Não se exclua a real impossibilidade do devedor solver o débito.

Não é muito de notar ser devida a correção monetária dos débitos alimentícios. Tal correção não caracteriza cobrança arbitrária do devedor, mas tão-só atualização do poder aquisitivo da pensão arbitrada, indispensável, portanto, à manutenção dos credores.

No mesmo sentido a incidência dos juros de mora legais (6% ao ano), sanção mais que razoável ao renitente devedor. Como é cediço, privados do numerário indispensável às suas despesas, os alimentandos também arcarão com o ônus da inadimplência: juros, correção monetária etc.

Com vistas à equidade, dentre outros motivos, aplica-se esta penalidade ao descumpridor do dever alimentar.

Também é bom que se diga, caracterizada a renitência do devedor, não cabe ao credor¹⁰⁴ diligenciar exaustivamente em busca de bens passíveis de penhora, legitimada a prisão do executado, nos termos do art. 733 do Código de Processo Civil, mesmo que haja inicialmente proposto a execução com esteio no art. 732 do mesmo *codex*. Assim, é lícito ao credor, verificada a teimosia do recalcitrante devedor que não indica bens à penhora, malgrado os possua, modificar ulteriormente o procedimento escolhido, tudo com base na economia processual e na devida prestação jurisdicional.

Por outro lado, serão sempre pertinentes certas considerações por parte dos Magistrados quando da decretação da prisão. Alguns fatores devem ser levados em conta, não apenas a existência do

débito. A idade dos filhos, a qualidade e o estilo de vida do cônjuge, o valor pensionado, são questionamentos indispensáveis à caracterização da imprescindibilidade dos alimentos:

“A drástica forma de intimidação deve ser adotada para as hipóteses em que as necessidades emergem com vestes ameaçadoras para a permanência íntegra do credor. (...) Não é para alcançar uma prestação compensatória pelo que foi perdido com a ruptura de vida conjugal, que se presta o decreto de prisão. Semelhante dívida há de ser tratada como dívida patrimonial, vinculada só ao Direito de Família, em tudo mais a assemelhar-se a um crédito meramente obrigacional.

E deflui do contexto que a alimentanda dispõe, mesmo separada, de elevado padrão de vida, a exercer trabalho de destacado *status*, além de habitar a residência conjugal. Finalmente o casal não tem filhos.

Essas considerações apenas podem conduzir à concessão da ordem.”¹⁰⁵

Forçosamente, o julgador deve, no caso concreto, perquirir a necessidade da medida extrema. Casos há em que o pedido mascara indevida forma de pressão ou revide pelo que foi perdido com o rompimento da vida comum. Como medida extrema, a prisão civil do devedor de alimentos exige, repita-se, o risco objetivo à integridade física dos alimentandos.

Nos lembra Humberto Theodoro Júnior que “essa prisão Civil não é meio de *execução*, mas apenas de coação, de maneira que não impede a penhora de bens do devedor e o prosseguimento dos atos executivos propriamente ditos”.¹⁰⁶ Se assim é, cuidado redobrado faz-se indispensável, à vista da possível ilegalidade, e mesmo injustiça, da coação.¹⁰⁷

Estes assuntos não prescindem destes questionamentos práticos, não se afazem ao formalismo excessivo, em que “se é devedor, preso deve estar”. Repita-se, na seara da família a equidade e o bom senso são as regras de ouro.

1 “(...) há uma tendência marcante para retirá-lo (Direito de Família) do Direito Privado, sob fundamento de que não se deve restringir à proteção da pessoa e à afirmação de direitos subjetivos, mas tem em vista, mais do que o indivíduo, a tutela da sociedade, ou do Estado mesmo” (Ruggiero e Maroi. *Istituzioni di diritto privato*, vol. I, p. 47).

2 Arnoldo Wald. *O novo direito de família*. 12. ed., São Paulo: RT, p. 27.

3 *Instituições de direito civil*. 12. ed., Rio de Janeiro: Forense, vol. V, p. 2.

4 Silvio Rodrigues. *Direito civil*. Max Limonad, 1972. vol. I, p. 28-29.

5 Arnoldo Wald. *O novo direito de família*. 12. ed., São Paulo: RT, p. 26.

6 Caio Mário da Silva Pereira. *Instituições de direito civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, vol. V, p. 1.

7 A semelhança de patrimônio genético ocorre, todavia, quando da existência de gêmeos idênticos, univitelinos.

8 Ayush Morad Amar e Marcelo J. Ayush Amar. *Investigação de paternidade e maternidade – Aplicações médico-legais do DNA*. Ícone, p. 7.

9 Caso interessante e confirmatório da tese: “O primeiro caso conhecido no Brasil ocorreu em 1988, quando um exame de DNA comprovou que o filho da ex-mulher de um diplomata não era do seu marido. Embora ela tivesse registrado o filho em seu nome, em 1984, ela entrou na Justiça para contestar a paternidade do marido. Na época, o teste de DNA ainda não estava disponível e um exame de sangue registrou 90% de probabilidade de que o diplomata fosse o pai. Quatro anos depois, o teste de DNA desmentiu o exame anterior e resolveu a dúvida” (*Panorama da Justiça*, out.-nov., 1999).

10 Investigação de Paternidade. Prova. “Posse de estado” de filho e confissão não escrita. Insuficiência para a procedência da ação. Mera aparência, da qual resulta simples presunção. Depoimentos de testemunhas, ademais, contraditórios. Não configuração de qualquer das hipóteses do art. 363 do CC. Ação improcedente (STF) RT 639/210.

11 ApCiv 279.904-1 – Aparecida – 10.^a Câmara de Férias “A” de Direito Privado – rel. Quaglia Barbosa – 14.02.1996 – v.u.

12 Súm. 149 do STF: “É imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança”.

13 *Direito sumular*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

14 Sobre o assunto vide RT 774/155.

15 REsp 4.987-RJ, RSTJ 26/378.

16 Nesse sentido confira-se RT 205/147.

17 *Panorama da Justiça*, out.-nov., 1999.

18 A título elucidativo citemos os EUA que realiza em média duzentos mil testes de DNA por ano (*Panorama da Justiça*, out.-nov., 1999).

19 STJ – 4.^a Turma, REsp 7.870-SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, DJU 03.02.1992, p. 469.

20 “Para tanto, porém, é de rigor que o juiz indique as razões que levaram a desprezar o laudo do perito (v. g., livros especializados, incoerência das afirmações, insuficiência dos elementos técnicos etc.)”. João Batista Lopes. *A prova no direito processual civil*. São Paulo: RT, 1999. p. 129.

21 “Ação de investigação de paternidade. Perícia técnica. Exame de DNA.

1. A falibilidade humana não pode justificar o desprezo pela afirmação científica. A independência do juiz e a liberdade de apreciação da prova exigem que os motivos que apoiaram a decisão sejam compatíveis com a realidade dos autos, sendo impossível desqualificar esta ou aquela prova sem o devido lastro para tanto. Assim, se os motivos apresentados não estão compatíveis com a realidade dos autos há violação do art. 131 do CPC.

2. Modernamente, a ciência tornou acessível meios próprios, com elevado grau de confiabilidade, para a busca da verdade real, com que o art. 145 do CPC está violado quando tais meios são desprezados com supedâneo na compreensão equivocada da prova científica.

3. Recurso conhecido e provido, em parte.”

(REsp 97148-MG – 20.05.1997 – rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito).

22 Prova plena aqui tem o sentido de certeza irrefutável, probabilidade matemática que nos faz crer na superioridade deste exame sobre os demais meios de prova (data do ato sexual e do nascimento, posse de estado de filho etc.), mesmo as demais perícias (grafotécnicas etc.). Ainda que as provas outras denotem incerteza, deve prevalecer o indigitado exame genético, salvo quando duvidosa a sua idoneidade. O exame do DNA é uma forma diferenciada de perícia que, pela técnica científica apurada, traz aos autos a *verdade real*.

23 ApCiv 78.880-4 – Sorocaba – 9.^a Câm. de Direito Privado – TJSP – rel. Des. Ruiter Oliva – 19.05.1998 – v. u.

24 “Investigação de paternidade. Prova. Investigado já falecido. Depoimentos testemunhais contraditórios. Impossibilidade de reconhecimento fundado em razoável hipótese de paternidade. Ação improcedente. Voto vencido” (TJSP) RT 640/65.

25 Veja-se, por exemplo, a questão dos bancos de espermatozoides. A doação do material genético

masculino desvincula o doador da responsabilidade para com o futuro rebento? Embora a questão seja discutível, a resposta afigura-se negativa. O doador, *sponte propria*, não pode desvincular-se da futura paternidade. Tem direitos e deveres para com a criança, de natureza patrimonial inclusive. Entender diversamente seria atentar contra o ordenamento jurídico posto e contra o bom senso.

26 Atendidos, obviamente, os pressupostos da necessidade/possibilidade.

27 “Investigação de Paternidade. Laudo pericial que não exclui a paternidade atribuída ao réu. Possibilidade, contudo, de coincidência de grupos sanguíneos. Necessidade de comprovação do efetivo relacionamento entre o réu e a mãe da autora à época da concepção. Testemunhas que não confirmam o relacionamento. Inobservância do art. 363 do Código Civil. Hipótese em que não é lícito fundar decisão em mera probabilidade. Sentença confirmada. Recurso não provido. A ação de investigação de paternidade somente tem cabimento naqueles casos expressamente admitidos em lei; insuscetíveis de ampliação analógica ou interpretação extensiva: concubinato, relações sexuais, rapto, escrito emanado do pai, segundo o disposto no art. 363 do Código Civil” (ApCiv 205.052-1 – Bauru – rel. Felipe Ferreira – v.u. – 30.11.1994). Não subsiste, entretanto, qualquer vedação quanto aos filhos ditos espúrios.

28 “Investigação de Paternidade. Filiação adulterina a patre. Ação movida por filho presumivelmente adulterino. Admissibilidade. Equiparação dos filhos com o advento da nova Constituição da República. Impossibilidade jurídica do pedido afastada. Cabimento da ação. Recurso não provido” (rel. Silva Ferreira – AgIn 177.927-1 – Marília – 01.09.1992).

29 Nada veda nestas ações a concessão da tutela antecipada: “Tutela antecipada. Alimentos. Concessão no curso de Investigação de Paternidade. Cabimento como *jus novum*, a despeito do anterior indeferimento como provisionais. Deferimento mantido, sem a contracautela da caução. Recurso não provido” (AgIn 2100-4 – Ibitinga – 2.ª Câm. de Direito Privado – rel. Des. José Roberto Bedran – 16.04.1996 – v.u.).

30 Ronaldo Frigini. *Reconhecimento de paternidade – Considerações sobre a Lei 8.560/92*, 1993. p. 18.

31 “Alimentos. Execução. Suspensão. Admissibilidade. Ação negatória de paternidade procedente em primeiro grau. Alegada pendência de recurso. Decisão sem trânsito em julgado. Irrelevância. Paternidade excluída por exame pericial do DNA. Descontinuidade do pagamento justificada. Recurso não provido. Excluída a paternidade com base em exame pericial pelo sistema DNA, é natural a suspensão de execução alimentícia” (AgIn 217.926-1 – São Paulo – rel. Des. José Osório CCIV 8 – v.u. – 30.11.1994).

32 El na ApCiv 4.745 – Rio de Janeiro – rel. Olavo Tostes Filho (citado por Arnaldo Wald, ob. cit., p. 471).

33 “O instituto clássico do pátrio poder passa por numerosas transformações que lhe alteram a caracterização jurídica, modificam o seu fundamento e a sua finalidade, que é deslocada para uma concepção mais moderna de “poder de proteção”, substitutivo do *patria potestas* romano, que traduzia a subordinação autocrática e enfeixamento de direitos parentais”. Caio Mário da Silva Pereira. *Instituições de direito civil*, vol. V, p. 5.

34 *Código Civil anotado*. 3. ed., São Paulo: Saraiva, p. 314.

35 “Logo, como a ação negatória de paternidade legítima, que segue o rito ordinário, é de ordem pessoal, apenas o marido, suposto pai, poderá promovê-la, por ter nela interesse moral, dentro dos prazos decadenciais (...) do Código Civil”. Maria Helena Diniz, ob. cit., p. 317.

36 Em dois meses se presente; em três meses quando ausente (§ 4.º, I, do mesmo artigo).

37 Se presentemente ainda se vê com reserva indagações relativas à paternidade, o que dizer de tais dúvidas na sociedade do início do século? Eram, por certo, vexatórias, expondo os envolvidos ao escândalo.



- 38 REsp 194866/RS – DJ 14.06.1999 – rel. Min. Eduardo Ribeiro, v.u.
- 39 Edgard de Moura Bittencourt. *Família*. Alba, p. 166.
- 40 É tendência consolidada, consagrada inclusive pela Declaração Universal dos Direitos da Criança, aprovada em 1959, e ratificada pelo Brasil em 1990.
- 41 RT 766 – agosto de 1999 (4.ª T. do STJ – rel. Sálvio de Figueiredo Teixeira, RMS 6.935-SP).
- 42 *Instituições de direito civil*. 11. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998. vol. V, p. 30.
- 43 San Tiago Dantas. *Direito de família*, p. 398.
- 44 Arnoldo Wald. *O novo direito de família*. 12. ed., São Paulo: RT, 1999. p. 32.
- 45 *Direito de família*, p. 399.
- 46 Preleciona Eduardo Espínola: “por isso que guarda e vigilância dos filhos constitui um dever de ambos os genitores, tem caráter obrigatório e sua sanção se encontra em disposições tanto da lei civil como da penal. O direito moderno, diversamente das antigas legislações, não reconhece o direito de abandonar o filho menor” (*Família no direito civil brasileiro*, p. 228).
- 47 “Guarda Conjunta”. *Tribuna da Magistratura*, out., 1998.
- 48 Arnoldo Wald. *O novo direito de família*. 12. ed., São Paulo: RT, 1999. p. 153.
- 49 E assim entende Antonio Cezar Peluso: “De maneira genérica, pode-se dizer que ofensas pessoais, restritas à sensibilidade do consorte e que não induzam desqualificação moral, posto autorizem separação, não envolvem deficiência incompatível com assunção da guarda. É preciso acautelar-se contra a tentação de entrever, naquelas normas, forma ou sinal de punição ao cônjuge culpado ou responsável” (“O menor na separação”, *RJTJESP/Lex* 80, p. 17).
- 50 ApCiv 238.776.1/0-00, 2.ª Câmara. – TJSP.
- 51 Yussef Said Cahali. *Divórcio e separação*. 7. ed., São Paulo: RT, 1994. t. 2, p. 979.
- 52 *Boletim AASP* 2063, p. 636.
- 53 *IOB/3*, 12.166.
- 54 *IOB/3*, 11.718.
- 55 “... A pobreza não é causa legítima para a preterição do direito de guarda de menor de pouca idade se não comprometida seriamente por outros fatores que possam influir na formação pessoal do filho” (AC 76.456, rel. Des. Toledo César, j. 24.03.1987, RT 620/65).
- 56 *Boletim AASP* 2063 (Ap 63.056-4/0, Marília-SP, rel. Des. G. Pinheiro Franco).
- 57 Edgard Moura Bittencourt, ob. cit., p. 176.
- 58 RT 383/180, TJSP, 5.ª Câmara, 27.12.1965.
- 59 Guarda de filho menor. Modificação. Mãe desquitada que passou a viver em concubinato com outro homem. O desquitado que vem a levar vida irregular, embora *more uxorio* perderá a guarda dos filhos que com ele ficaram em razão de acordo de desquite (Ap 174.768/68, maioria) – 5.ª Câmara. TJSP. Vide, ainda, RT 284/279, 419/382.
- 60 Yussef Said Cahali. *Divórcio e separação*, 7. ed. São Paulo: RT, 1994. t. 2, p. 979.
- 61 Embora o artigo referido esteja situado no capítulo referente à colocação do menor em família



substituta, inegável a viabilidade de sua aplicação às demais situações, *sempre no interesse maior que é o dos menores*.

62 Filho. Guarda. Menor com idade superior a doze anos. Prevalência da vontade do mesmo na escolha do genitor com quem quer ficar. Interesse que deve ser respeitado. Recurso não provido. *JTJ/Lex* 191/77..

63 *RIE* 1011/86, ano LXII.

64 Defende Caetano Lagrasta Neto a responsabilização de ambos os genitores no caso de guarda conjunta, fazendo a seguinte diferenciação: “Há que se distinguir da situação em que o menor é autorizado e, muitas vezes, incentivado, por um dos genitores, à prática de atos abusivos ou proibidos pela legislação: aqui, sim, cabe-lhe assumir integralmente a reparação civil” (“Guarda conjunta”, *Tribuna da Magistratura*, out., 1998).

65 *RT* 522/101 (Yussef Said Cahali, ob. cit., p. 1.011).

66 *A família no direito civil brasileiro*, p. 227.

67 De Page. *Traité élémentaire*. v. I, n. 550-bis (apud Caio Mário da Silva Pereira, *Direito de família*, p. 278).

68 “O concubinato no direito brasileiro”, IV, n. 398, p. 95.

69 Ob. cit., p. 157.

70 *Divórcio e separação*. 7. ed., São Paulo: RT, 1994. t. 2, p. 988.

71 “O direito de visitas, inerente ao pátrio-poder, só pode ser negado ou não regulamentado se demonstrado, eficazmente, que o convívio do pai com sua filha poderia trazer a esta risco insuperável, físico ou moral. Demais, deve-se preservar, por todas as formas, a realização das visitas, do genitor despojado da guarda, em atenção aos interesses da criança, que terá, assim, formação moral e emocional mais completa” (TJPR – 2.ª Câmara Cível – ApCiv 0061.898-2 – Curitiba-PR – rel. Des. Ronald Accioly, j. 15.04.1998, v.u., ementa – *Boletim AASP* 2127, p. 231).

72 Rosa Avello. “Educar bem”, jan., 2000.

73 Yussef Said Cahali. *Divórcio e separação*, p. 991.

74 Nem mesmo a prisão civil por dívida alimentícia é forma de punição imposta ao devedor: “Decreta-se a prisão civil não como pena, não com o fim de punir o executado pelo fato de não ter pago a prestação alimentícia, mas sim com o fim muito diverso, de coagi-lo a pagar. Lembrando Bellot, a prisão civil é meio de experimentar a solvabilidade, ou vencer a má vontade daquele que procura ocultar o que possui” (Yussef Said Cahali. *Dos alimentos*. 3. ed., São Paulo: RT, p. 1.050).

75 *RJTJESP/Lex* 80/13.

76 “(...) o descumprimento do dever de pagar as pensões alimentícias devidas não é de modo a autorizar a suspensão do direito de visitas, pois esta infração dos deveres paternos poderá ser sanada com as medidas judiciais próprias...” (*RJTJESP* 3/72 – 4.ª Câmara do TJSP, 04.05.1967; Yussef Said Cahali. *Divórcio e separação*).

77 De acordo com a teoria psicanalítica de Freud, há uma triangulação inconsciente entre pais e filhos. É esta necessária para que a criança receba os papéis masculino e feminino (necessários à formação da própria identidade): “A triangulação inconsciente pais-filho pode conduzir a efeitos aparentemente contraditórios. Assim, a criança criada por apenas uma única pessoa, e que é obrigada a se identificar com esta, é levada a buscar saídas para suas pulsões ativas e passivas nessa mesma pessoa, que encarna sozinha os dois pólos da triangulação” (Françoise Dolto. *Quando os pais se separam*. 2. ed., Zahar, p. 20-21).

78 Quanto a este argumento, mencione-se a definição recente do conceito de separação dos poderes: “Em conclusão, o Direito Constitucional contemporâneo, apesar de permanecer na tradicional linha de idéia de Tripartição de Poderes, já entende que esta fórmula, se interpretada com rigidez, tornou-se inadequada para um Estado que assumiu a missão de fornecer a todo o seu povo o bem-estar, devendo, pois, separar as funções estatais, dentro de um mecanismo de controles recíprocos, denominado de ‘freios e contrapesos’ (checks and balances)” (Alexandre de Moraes. *Direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, p. 281).

79 *Família*. p. 180.

80 *Direito de família* (apud Yussef Said Cahali. *Divórcio e separação*, p. 988).

81 RT 517/125, 6.ª Câ. do TJSP, 12.12.1975.

82 Yussef Said Cahali. *Divórcio e separação*, p. 987.

83 TJSP, 1.ª Câ. RJTJSP 45/145 (*Divórcio e separação*).

84 RJTJSP 75/120.

85 Conforme já tivemos oportunidade de dizer: “Em 1960 havia 49 cursos de Direito no Brasil, em 1997 já eram 270. Hoje mais de 400. Apenas em termos de comparação, nos Estados Unidos há 178 Cursos de Direito. Pouco, muito pouco, quase nada tem se modificado. O aluno ainda é formado (quando isso ocorre) para o litígio forense, formas diferenciadas de solução de conflitos, estratégias que exercitem o raciocínio, a pesquisa e o direito material não são temas usuais nas faculdades. Há uma super valorização do processo em detrimento do direito” (*Informativo 44 do IASP*, editorial, set., 1999).

86 Theotonio Negrão. *Código Civil e legislação civil em vigor*, nota 13.1 ao art. 13 da Lei do Divórcio.

87 *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. XI, arts. 796-889, 2. ed., Lejur.

88 STF – HC 75.352-CE, rel. Min. Carlos Velloso, j. 19.08.1997 (Theotonio Negrão. *CPC e legislação processual em vigor*, 30. ed., Saraiva, nota 3c ao art. 888).

89 *Boletim AASP* 2127, p. 231 (STJ – 2.ª Seção; CComp 18.967-MG; rel. Min. Barros Monteiro – j. 13.05.1998, v.u., ementa).

90 *Boletim AASP* 2127, p. 231 (STJ – 2.ª Seção; CComp 18.961-RJ; rel. Min. Cesar Asfor Rocha – j. 09.09.1998, v.u., ementa).

91 É princípio penalmente consagrado o da *individualização da pena*, aplicável esta apenas à pessoa do condenado.

92 Arnoldo Wald. *O novo direito de família*. 12. ed. São Paulo: RT, p. 26.

93 Gontijo, 1995 (apud Caetano Lagrasta Neto. “Guarda conjunta”, out., 1998).

94 “Carcopino, no seu estudo sobre a vida cotidiana dos romanos, assinala que à medida que o pai deixava de ser a autoridade severa e arbitrária dos primeiros tempos para reconhecer a autonomia e independência dos filhos, multiplicava-se em Roma a figura leviana do *fillius* mimado e egoísta, gastando num dia fortunas acumuladas pelo trabalho de gerações, caracterizando assim uma sociedade que adquiriu o hábito do luxo e perdeu a sobriedade”. Arnoldo Wald, ob. cit., p. 32.

95 “Homens de pensamento, com muita freqüência, aludem à crise da família, proclamando e lamentando a sua desagregação. Mais aparente do que real, pois o que se observa é a mutação dos conceitos básicos, estruturando a organização familiar à moda do tempo, que forçosamente há de diferir da conceptualística das idades passadas”. De Page. *Traité élémentaire*, vol. I, p. 538.

96 O casamento já não é elo essencial à constituição da família moderna. Dados recentes nos



mostram que são 3,2 milhões de mães solteiras, das quais 1,7 milhão cria seus filhos de forma independente, 1,5 milhão na casa dos pais. São 6,1 milhões de separados ou viúvos com filhos e 2,1 milhões de “quarentões” vivendo com os pais. A família adquire formas heterogêneas. (*Folha de S. Paulo*, Caderno *Família*, 20.09.1998).

97 *A cidade antiga*, 1. ed. Edameris, vol. I, p. 30.

98 RT 590/94, 531/293, 670/132, JSTF/Lex 112/337.

99 Nesse sentido, Edgard de Moura Bittencourt, João Claudino de Oliveira e Cruz, Álvaro Villaça Azevedo, dentre outros.

100 *Dos Alimentos*. 3. ed., São Paulo: RT, 1999. p. 1.084-1.085.

101 *Da execução de alimentos e prisão do devedor*. 3. ed., São Paulo: RT, p. 155.

102 Prisão civil. Depositário infiel. Decretação de plano. Impossibilidade. Troca do bem penhorado não comprovada. Apuração necessária. Recurso parcialmente provido (AglIn 269.771-2 – Piracicaba – 9.ª Câmara. Civ. – rel. Celso Bonilha – 19.10.1995 – v.u.).

103 Araken de Assis, ob. cit., p. 159.

104 O argumento ganha mais força quando se trata de filho menor, por óbvio mais dependente do pensionamento.

105 RJTJSP 133/260, rel. Des. Fonseca Tavares.

106 *Processo de execução*. 18. ed., Universitária de Direito, p. 420.

107 Ilegalidade sempre sanável pelo remédio heróico (*habeas corpus*), embora o âmbito de cognição da ação constitucional seja bastante restrito, vedada a discussão do *quantum*, necessidade/possibilidade etc., discutíveis somente no juízo cível.