

DULCE IRENE FINARDI

**O REPENSAR DE UM CENÁRIO: A FAMÍLIA MONOPARENTAL E A
SITUAÇÃO JURÍDICA DA CRIANÇA NA RUPTURA DOS LAÇOS CONJUGAIS**

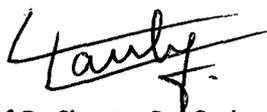
FLORIANÓPOLIS (SC), FEVEREIRO DE 2001

**O REPENSAR DE UM CENÁRIO: A FAMÍLIA MONOPARENTAL E A
SITUAÇÃO JURÍDICA DA CRIANÇA NA RUPTURA DOS LAÇOS CONJUGAIS**

DULCE IRENE FINARDI

DISSERTAÇÃO APRESENTADA AO CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA, COMO REQUISITO À OBTENÇÃO DO TÍTULO DE MESTRE EM DIREITO, ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: INSTITUIÇÕES JURÍDICO-POLÍTICAS.

ORIENTADORA: PROF^a DR^a. JOSIANE ROSE PETRY VERONESE



Prof. Dr. Christian Guy Caubet
Coordenador CPGD/CCJ/UFSC

FLORIANÓPOLIS (SC), FEVEREIRO DE 2001

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA – UFSC
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

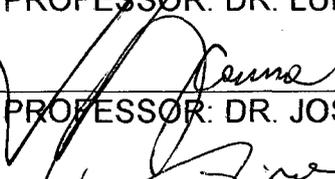
A PRESENTE DISSERTAÇÃO INTITULADA: O REPENSAR DE UM CENÁRIO: A FAMÍLIA MONOPARENTAL E A SITUAÇÃO JURÍDICA DA CRIANÇA NA RUPTURA DOS LAÇOS CONJUGAIS, ELABORADA POR DULCE IRENE FINARDI E APROVADA PELA BANCA EXAMINADORA COMPOSTA PELOS PROFESSORES ABAIXO ASSINADOS, OBTEVE APROVAÇÃO COM MÉRITO, COM MÉDIA GLOBAL 8,6 (OITO VÍRGULA SEIS), SENDO JULGADA ADEQUADA PARA A OBTENÇÃO DO TÍTULO DE MESTRE EM DIREITO.

FLORIANÓPOLIS (SC), FEVEREIRO DE 2001.

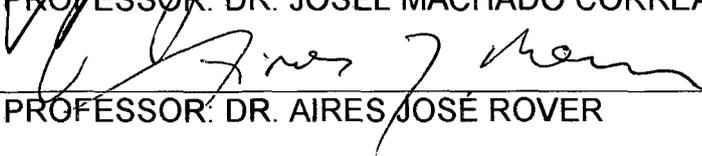
BANCA EXAMINADORA:



PROFESSOR: DR. LUIZ OTÁVIO PIMENTEL



PROFESSOR: DR. JOSEL MACHADO CORREA



PROFESSOR: DR. AIRES JOSÉ ROVER

AGRADECIMENTOS

A Jorge Luís, meu esposo;

George, Cristiane e Eliane, meus filhos.

Com compreensão e espírito de renúncia, entenderam minha ausência ao lar.

A Luíza Thereza, minha mãe;

Amiga incentivadora em meus momentos de desânimo.

À Prof^ª. Dr^ª. Josiane Rose Petry Veronese, minha orientadora, pela dedicação e carinho com que me conduziu nesta dissertação.

Ao Prof. Dr. Luiz Otávio Pimentel, Coordenador do Mestrado, pela sua eficiência na coordenação do mestrado.

À Direção e Coordenação do Curso de Direito da Unoesc-Universidade do Oeste de Santa Catarina, Campus de Chapecó, pela imensa colaboração durante o Mestrado.

À UFSC - Universidade Federal de Santa Catarina, pela organização funcional e qualidade dos professores do mestrado.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
CAPÍTULO 1 – A FAMÍLIA MONOPARENTAL: BREVE TEXTURA HISTÓRICA	10
1.1. A família: sua evolução do tradicional ao contemporâneo.....	10
1.1.2. A família no Direito Romano.....	12
1.1.3. A família no Direito Canônico.....	16
1.1.4. A família no Brasil.....	18
1.1.5. A família no Código Civil e nas leis posteriores (1917-1988).....	21
1.2. A família monoparental vista como um fenômeno social.....	25
1.3. Múltiplos determinantes da família monoparental.....	28
1.3.1. A separação e o divórcio.....	28
1.3.2. A união livre.....	31
1.3.3. Mães solteiras.....	33
1.3.4. A viuvez.....	36
CAPÍTULO 2 – A SITUAÇÃO JURÍDICA DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NO CONTEXTO MONOPARENTAL	38
2.1. A dimensão do que precisa ser revisto.....	38
2.2. A cisão dos laços de filiação: advento da família monoparental.....	39
2.3. Pais divorciados.....	46
2.4. O “interesse da criança”: algumas ponderações.....	50
CAPÍTULO 3 – OS PAIS: DIREITOS E DEVERES DESTES EM RELAÇÃO AOS FILHOS	58
3.1. Os bens dos filhos.....	58
3.2. A guarda do genitor: a responsabilidade civil.....	59
3.3. Dever de visita.....	60
3.4. Dever de fiscalização.....	64
3.5. Alimentos.....	66
3.6. A fiscalização como um elemento substitutivo e permanente da autoridade parental do “não guardião”.....	71
3.7. Decisões.....	72
3.8. Comentários aos Julgados.....	74
CONSIDERAÇÕES FINAIS	76
BIBLIOGRAFIA CONSULTADA	80

RESUMO

Esta dissertação aborda a situação jurídica da criança na ruptura dos laços conjugais e o advento da família monoparental. A caracterização da família monoparental é realizada por meio da interpretação crítica-reflexiva da Constituição Federal de 1988, a qual alterou profundamente a concepção jurídica da família, reconhecendo a importância do mundo fático e atribuindo-lhe relevância que, até então, o mundo jurídico encontrava dificuldade de agasalhar. A situação jurídica da criança na ruptura dos laços conjugais é analisada à luz da Constituição Federal e da Lei Nº 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente, tendo em vista os efeitos quase sempre desastrosos da monoparentalidade em relação à criança, não só os de ordem material (alimentos) mas, e sobretudo, aqueles de ordem imaterial, isto é, autoridade parental, visita e guarda.

RESUMEN

Esta disertación aborda la situación jurídica del niño en la ruptura de los lazos conyugales y el advenimiento de la familia monoparental. La caracterización de la familia monoparental es realizada por medio de la interpretación crítico-reflexiva de la Constitución Federal de 1988, la cual alteró profundamente la concepción jurídica de la familia, reconociendo la importancia del mundo fáctico y atribuyéndole relevancia que, hasta entonces, el mundo jurídico encontraba dificultad de agasajar. La situación jurídica del niño en la ruptura de los lazos conyugales es actualizada a la luz de la Constitución Federal y de la Ley N° 8.069/90 – “Estatuto da Criança e do Adolescente”, teniéndose en cuenta los efectos casi siempre desastrosos de la monoparentalidad en relación al niño, no solo de orden material (alimentos) pero, y sobretudo, aquellos de orden inmaterial, es decir, autoridad parental, visita y guarda.

INTRODUÇÃO

A família monoparental e a situação jurídica da criança na ruptura dos laços conjugais é um tema multifacetário. Para a compreensão deste cenário no plano jurídico necessita-se de uma precisa definição em torno dos elementos sob os quais se deseja realizar o estudo.

Desse modo, a pesquisa limita-se a verificar as dimensões da proteção ao direito e aos interesses da criança nas famílias monoparentais brasileiras.

A pesquisa tem por objetivos: 1. verificar como se procede a proteção aos direitos e interesses da criança no interior de uma família monoparental; 2. analisar o rompimento dos laços de filiação e o advento da família monoparental; 3. verificar qual é a responsabilidade do Estado frente à inoperabilidade da manutenção dos direitos e interesses da criança; 4. tecer considerações acerca dos limites da pensão alimentar relacionada com a necessidade material da criança.

No Capítulo 1, abordamos a evolução da família, do tradicional ao contemporâneo, resgatando a família no Direito Romano e no Direito Canônico até chegarmos à família brasileira atual. Abordamos também, a família no Código Civil e nas leis posteriores (1917-1988). Após, tratamos da família monoparental vista como um fenômeno social. Por fim, detalhamos os múltiplos determinantes da família monoparental, isto é, a separação e o divórcio, a união livre, as mães solteiras e a viuvez.

No Capítulo 2, tratamos da situação jurídica da criança no contexto monoparental. Discutimos também, acerca da cisão dos laços de filiação e o advento da família monoparental, do divórcio e do “interesse da criança”.

No Capítulo 3, dissertamos acerca dos direitos e deveres dos pais em relação aos filhos, enfocando os bens destes, a guarda do genitor, o dever de visita, o dever de fiscalização e os alimentos.

Enfim, esta dissertação aborda a nova concepção de família, redimensionada pela Constituição Federal de 1988 (art. 226, CF), que também colocou em outros patamares o entendimento de filiação (art. 227, CF), valorizando corajosamente os elementos afetivos e sociológicos dessa relação, algo considerado como uma grande conquista da sociedade na Constituição de 1988.

CAPÍTULO 1

A família tradicional e a família monoparental: breve textura histórica

1.1. A família: sua evolução do tradicional ao contemporâneo

Até o início da década de 60 não se poderia pensar em uma história da família. As ciências históricas ainda se achavam sob o domínio e forte influência dos cinco livros de Moisés - patriarcalismo, forma mais antiga que também se identificava com a família burguesa de hoje e contemplada no direito canônico, não houvesse a evolução através da história. No máximo admitia-se que nos tempos primitivos pudesse ter havido um período de promiscuidade sexual. Além da monogamia, conheciam-se a poligamia no oriente e a poliandria na Índia e no Tibete.

A descendência, por vezes contada pela forma paterna também é contada por linha materna, mais precisamente entre povos antigos e algumas tribos selvagens.

O estudo da história da família começa, de fato, em 1861, com o direito moderno de Bachofen, cujas idéias estavam pautadas em seres humanos primitivos que viviam em promiscuidade sexual, onde excluía toda a possibilidade de estabelecer, com certeza, a paternidade, pelo que a filiação apenas podia ser contada por linha feminina. Tal costume levou as mulheres a gozar de grande apreço e respeito, chegando ao domínio feminino absoluto.

Defendeu também a passagem para a monogamia, em que a mulher pertence a um só homem, que incidia na transgressão de uma lei religiosa muito antiga - isto é, do direito imemorial que os outros homens tinham sobre aquela mulher -, transgressão que deveria ser castigada ou cuja tolerância se compensava com a posse da mulher por outros, durante determinado período.

A transição do direito materno ao paterno processou-se entre os gregos em desenvolvimento através de concepções religiosas e introdução de novas divindades. Pouco a pouco, os velhos deuses vão sendo relegados ao segundo plano pelos novos, determinando as transformações históricas na situação social recíproca do homem e da mulher.

Dentro do seu ponto de vista, Bachofen interpreta a Oréstia de Ésquilo como um quadro dramático da luta entre o direito materno agonizante e o direito paterno, que nasceu e conseguiu a vitória sobre o primeiro na primeira época das epopéias.

Bachofen teve como seu sucessor, em 1865, em pólo oposto, o ávido juriconsulto MacLennan, que defendeu a história da família, através dos costumes de povos selvagens, bárbaros e civilizados.

Já o americano Morgan¹, em 1871, faz o estudo da família através do sistema de parentesco próprio dos iroqueses, e ainda em vigor entre eles. Concluiu que o sistema de parentesco indo-americano estava globalmente em vigor na Ásia e sob fôrma ligeiramente modificada em muitas tribos da África e Austrália. Que este sistema tinha sua mais completa explicação numa forma de matrimônio por grupos, que se achava em processo de extinção no Havai e em outras ilhas australianas. Que nessas mesmas ilhas, ao lado desta forma de matrimônio, existia uma forma de parentesco, que só podia ser explicada por uma forma de matrimônio entre grupos, ainda mais primitiva, mas hoje desaparecida.

Tomou como ponto de partida os sistemas de parentesco e reconstituindo as formas de família a eles correspondentes, abriu novos caminhos a investigação e criou a possibilidade de se ver muito mais longe na pré-história da humanidade.

O direito da família contemporâneo tenta resgatar os laços familiares, preocupando-se mais com os motivos e conseqüências da ruptura familiar, respeitando as inúmeras formas de vínculos afetivos em detrimento dos laços biológicos.

¹ ENGELS, Friedrich. A origem da família, da propriedade privada e do Estado, p 37.

A Lei nº 6515/77, ao contrário do que possa parecer, não veio dissolver a estrutura familiar, senão dar-lhe maior respeitabilidade, diante de inúmeras situações de inconformismos e preconceitos em uma resistência inviável e ofensiva, na insistência em uma união falida.

A Constituição Federal de 1988 trouxe enorme colaboração ao tema, estabelecendo igualdade formal entre homens e mulheres, condenou todas as formas de discriminação (sexo, idade, cor, etc.), quebrou a monarquia biológica da filiação e dignificou a família, estabelecendo a amplitude da entidade familiar formada fora dos laços do matrimônio.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8069/90) enfatizou o princípio da afetividade e veio regular e promover os institutos da guarda, adoção e tutela numa tentativa de amparar a criança e o adolescente, vítimas da falência familiar.

Com a Lei nº 8971/94 (Lei do Concubinato) e Lei nº 9278/96 (União Estável), a entidade familiar não se resume mais ao casamento entre homem e mulher e sua prole. O vínculo matrimonial não é mais requisito para formação da família. O homem solteiro ou a mulher solteira e sua prole podem ser considerados "família".

A família no mundo moderno contemporâneo teve seu significado ampliado, não obstante, com limites definidos pelo amor e pelo respeito. Este é o papel do Estado. Ao se estabelecer direitos e deveres, estar-se-á limitando, esclarecendo e resguardando as possibilidades e necessidades do ser humano.

1.1.2. Evolução histórica da família: a família no Direito Romano

O conceito de família brasileira sofreu grandes influências da família romana, da família canônica e da família germânica.

Em Roma, a família era definida como o conjunto de pessoas que estavam sob a 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.

A família era, então, simultaneamente, uma unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional. Inicialmente, havia um patrimônio só que pertencia à família, embora administrado pelo pater. Numa fase mais evoluída do direito romano, surgiam patrimônios individuais, como os pecúlios, administrados por pessoas que estavam sob a autoridade do pater.

A família era uma unidade religiosa, pois tinha uma religião própria, a religião doméstica dos antepassados falecidos.

O pater familias administrava a justiça dentro dos limites da casa e, na primeira fase do direito romano, a família era uma unidade política, constituindo-se o Senado pela união dos chefes de famílias (patres conscripti).

O pater era uma pessoa sui juris, independente, chefe dos seus descendentes, e estes eram alieni juris, sujeitos à autoridade alheia.

A mulher, ao casar, podia continuar sob a autoridade paterna, no casamento sem manus, ou entrar na família marital, no casamento com manus. O que não se admitia era que uma mesma pessoa pertencesse simultaneamente a duas famílias.

Existiam em Roma duas espécies de parentesco: a agnação e a cognação. A agnação vinculava as pessoas que estavam sujeitas ao mesmo pater, mesmo quando não fossem consangüíneas (filho natural e filho adotivo do mesmo pater; por exemplo). A cognação era o parentesco pelo sangue que existia entre as pessoas que não deviam necessariamente ser agnadas uma da outra. Assim, por exemplo, a mulher casada com manus era cognada mas não agnada do seu irmão, o mesmo ocorrendo com o filho emancipado em relação àquele que continuasse sob a patria potestas.

Ao lado da família, existia a gens, que alguns consideravam como subdivisão da cúria e outros como um agregado das famílias oriundas de um tronco comum.

A gens criava entre os seus membros direitos sucessórios e exercia importante função política, tendo território próprio e chefe – o pater gentis.

A evolução da família romana foi no sentido de se restringir progressivamente a autoridade do “pater”, dando-se maior autonomia à mulher e aos filhos e substituindo-se o parentesco agnático pelo cognático.

O pater perdeu o “ius vitae necisque (direito de vida e morte) que exercia sobre os filhos e sobre a mulher”². Os filhos passaram a administrar os pecúlios castrense (vencimentos militares), quase castrense (vencimentos de funcionários civis), profectício (doações feitas pelo pai) e adventício (doações e legados feitos ao filho por terceiros).

O casamento com manus, que se realizava mediante solenidade especiais, como a confarreatio, a coemptio e o usus, foi sendo substituído pelo casamento sem manus.

A emancipação do filho, que, outrora, era considerada como sendo uma pena, passou a ser um favor, conservando o emancipado os seus direitos sucessórios.

No Império, desaparece a gens e se concedem direitos sucessórios e alimentares aos cognados. O Estado limita a autoridade do pater, admitindo-se que o alieni juris possa recorrer ao magistrado no caso de abuso do pater. Desaparece a venda dos filhos pelo pai, e a este só se permite aplicar a modica castigatio (pena moderada). A mãe, em virtude de disposições de direito pretoriano, é autorizada a substituir o pai, ficando com a guarda dos filhos. Com o Senatus-consulta Tertuliano, passa ela a ter direitos sucessórios na herança do filho, tornando-se herdeira legal na ausência de descendentes e de irmãos consangüíneos do falecido. Por sua vez, o Senatus-consulta Orfitiano dá aos filhos direitos na sucessão materna.

O parentesco dominante passa a ter como fundamento a vinculação do sangue, e o pátrio poder sofre importantes restrições.

² ENGELS, Friedrich. *Idem*, p 48.

Com a passagem do casamento com manus ao casamento sem manus, realizou-se a emancipação gradual e progressiva da mulher romana. A mulher casada sine manu continua sob o pátrio poder do seu ascendente e, se não tiver mais antepassados vivos do sexo masculino, fica sob a tutela de um agnado. No fim da República, a tutela, nestes casos, perde a sua importância, desempenhando um papel exclusivamente formal. Com as leis demográficas de Augusto, ficam, outrossim, isentas de tutela as mulheres que são mães de três ou mais filhos, e, na época de Adriano, a mulher não necessita mais da assistência do tutor para praticar os atos jurídicos.

Na época imperial, a mulher goza de completa autonomia, participando da vida social e política, não se satisfazendo mais com as suas funções exclusivamente familiares. O feminismo se revela então na vida esportiva que levam as mulheres, comparecendo e participando de caçadas e de outros esportes. Corresponde a essa fase a dissolução da família romana, corrompida pela riqueza. Os adultérios e os divórcios se multiplicam.

A vida dos homens políticos reflete a instabilidade da família romana. Pompeu divorciou-se, Júlio César repudiou sua segunda mulher. Cícero separou-se de Terência para casar com a jovem e rica Publícia. Sêneca esclarece que naquela época as mulheres casavam para se divorciar e se divorciavam para casar novamente.

A idéia romana do casamento é diferente da dominante em nossos dias. Para os romanos a affectio era um elemento necessário para o casamento, que não devia existir apenas no momento da celebração deste, mas enquanto perdurasse. O consentimento das partes não devia apenas ser inicial, mas continuado. Assim, a ausência de convivência, o desaparecimento da afeição eram, por si sós, causas necessárias para a dissolução do casamento.

Justiniano tentou restringir as causas de divórcio, só o permitindo em casos especiais, mas pouco depois voltava a ser admitido pelo direito romano o divórcio

por consenso mútuo. A mesma vontade que fizera o casamento, pensavam os romanos, podia desfazê-lo.

1.1.3. Evolução histórica da família: a família no Direito Canônico

Considerando um instituto contrário à própria índole da família e ao interesse dos filhos, os canonistas opuseram-se ao divórcio.

Sendo o matrimônio não apenas um contrato, um acordo de vontades, mas também um sacramento, não podiam os homens dissolver a união realizada por Deus.

Durante a Idade Média, as relações de família se regem exclusivamente pelo direito canônico, sendo que, do século X ao século XV, o casamento religioso é o único conhecido.

Se as normas romanas continuam a exercer profunda influência no tocante ao pátrio poder e às relações patrimoniais entre os cônjuges e, especialmente, quanto ao dote, também devemos salientar a importância crescente de certas normas de origem germânica.

Na doutrina canônica, o matrimônio é concebido como sacramento, reconhecendo-se a indissolubilidade do vínculo e só se discutindo o problema do divórcio em relação aos infiéis, cujo casamento não se reveste de caráter sagrado.

É importante mencionar, por outro lado, a existência de uma divergência básica entre a concepção católica do casamento e a concepção medieval. Enquanto para a Igreja, em princípio, o matrimônio depende do simples consenso das partes, a sociedade medieval reconhecia no matrimônio um ato de repercussão econômica e política para o qual devia ser exigido não apenas o consenso dos nubentes, mas também o assentamento das famílias a que pertenciam.

Sendo o casamento indissolúvel, a doutrina canônica visou a estabelecer um sistema de impedimentos, ou seja, de motivos que impediam a sua realização,

justificando a sua nulidade ou a sua anulabilidade. A Igreja se limitou a exigir para a validade do casamento o consenso dos nubentes e as relações sexuais voluntárias, relegando para um plano secundário o consentimento paterno e entrando em choque com o direito civil leigo, que, por motivos de ordem pública, considerava-o como um dos requisitos essenciais para a realização do casamento e sua validade.

Coube ao direito canônico destacar a importância das relações sexuais no casamento, só permitindo que a mulher recebesse o “pretium virginitatis após ter tido relações sexuais com o marido”³. Assim, o casamento se realizava pelo consenso, declarando as partes a sua vontade, normalmente em público e na presença de sacerdote, tornando-se perfeito com a cúpula carnal. Distinguiu-se, pois, entre o “conjugium intiatium (consenso) e o ratum (cópula carnal), admitindo-se a dissolução do primeiro, mas não a do segundo.”

Firmou-se a doutrina da Igreja no sentido de que o simples consenso atual e presente concretiza o casamento, mas, quando não seguido por relações sexuais entre os nubentes, pode ser dissolvido em casos excepcionais previstos pelo direito eclesiástico.

O direito canônico constituiu o quadro dos impedimentos para a realização do casamento, abrangendo causas baseadas numa incapacidade (idade, diferença de religião, impotência, casamento anterior), num vício do consentimento (dolo para obter o consentimento matrimonial, coação ou erro quanto à pessoa do outro cônjuge) ou numa relação anterior (parentesco, afinidade).

Finalmente, tanto nos países católicos como nos protestantes, o poder civil legislou moderadamente no tocante ao direito de família, embora, paulatinamente, a competência das autoridades eclesiásticas tivesse sido absorvida pela autoridade civil, seja como órgão originariamente competente, seja como tribunal ao qual as partes podiam recorrer das decisões eclesiásticas.

³ ENGELS, Friedrich. *Ibidem*, p. 65.

A doutrina, por sua vez, foi destacando como elementos distintos os aspectos civil e religioso do casamento, o primeiro vinculado à lei do Estado e dependente de tribunais leigos, e o segundo como sendo da competência exclusiva dos órgãos eclesiásticos.

Passou a dominar assim modernamente a concepção leiga do casamento, vitoriosa na maioria das legislações vigentes, sem prejuízo do reconhecimento do casamento religioso.

Na sua técnica, o direito leigo de família conservou, todavia, os conceitos básicos elaborados pela doutrina canônica, que ainda hoje encontramos no próprio direito brasileiro.

1.1.4. A família no Brasil

Na época do descobrimento do Brasil o poder da igreja católica era extremamente forte, sendo comparado ao do Estado. Portugal era um país católico, tendo a família formada através do casamento religioso, o que conseqüentemente também legou a colônia.

Ao tempo do descobrimento, vigoravam em Portugal as Ordenações Afonsinas, de 1446, substituídas pelas Ordenações Manuelinas, de 1521 e, finalmente, pelas Ordenações Filipinas, de 1603. Esta, a mais importante de todas, porque teve vigência no Brasil, em matéria civil, até o dia 31 de dezembro de 1916, isso porque a 01 de janeiro de 1917, entrou em vigor o Código Civil Brasileiro.

As Ordenações Filipinas não traziam no seu bojo quaisquer disposições sobre o casamento, a não ser quanto à proibição de casamento sem licença "Del Rei", às mulheres que tinham bens ou recebiam rendas originárias da Coroa, e a proibição aos julgadores temporais de se casarem com mulheres de sua jurisdição.

No primeiro caso, tratava-se de disposição relativa às mulheres que, por sucessão hereditária, houvessem recebido de seus antecessores bens dados pela Coroa, ou que desta recebessem qualquer vantagem pecuniária, sob pena de perda daqueles bens ou vantagens.

A outra proibição tinha como objetivo evitar os incômodos naturais do casamento de um juiz com mulheres residentes na sua jurisdição, o que poderia resultar em prejuízo ao exercício da judicatura.

Do Brasil Colônia ao Brasil Império, mais precisamente até setembro de 1861, só eram reconhecidos os matrimônios realizados sob os auspícios da Igreja Católica Apostólica Romana, de maneira que qualquer pessoa que não professasse aquela fé religiosa era mantida à margem da sociedade. Naquele ano surgiu o Decreto nº 1.144, de 11 de setembro, cuja ementa assim dizia:

“Faz extensivo os efeitos civis dos casamentos, celebrados na forma das Leis do Império, aos das pessoas que professarem religião diferente da do Estado, e determina que sejam regulados o registro e provas destes casamentos e dos nascimentos e óbitos das ditas pessoas, bem como as condições necessárias para que os Pastores de religiões toleradas possam praticar actos que produzão efeitos civis”⁴

Como se pode verificar, naquela época, bem antes da proclamação da República, mas ainda sob a égide do governo imperial, o Brasil já demonstrava uma tendência à laicização, ou seja, a não adoção oficial de qualquer religião. Aquele decreto passou a reconhecer os efeitos civis dos casamentos de pessoas que não professassem a religião do Estado, que era a católica, celebrados segundo os ritos e leis que os contraentes estivessem sujeitos.

Interessante observar a distinção feita a casamentos celebrados dentro do Império, portanto de brasileiros ou de pessoas aqui residentes e não católicos, e de casamentos celebrados fora do Império, de estrangeiros que para cá vieram já sob o estado civil de casados. A lei falava também em ritos, numa alusão nitidamente religiosa.

⁴ MAGALHÃES Rui, *Instituições de Direito de Família*, p. 34.

Mas, a norma não fazia referência somente ao casamento, mas, também, ao nascimento e óbito. É que a Igreja chamou para si a soberania disciplinar sobre esses dois fatos, a exemplo do que fizera com o casamento, de maneira que o registro de nascimento era feito pelo batismo e a Igreja expedia uma certidão denominada "batistério", que tinha os mesmos efeitos civis da atual certidão de nascimento. Também os óbitos eram registrados em seus livros.

Advirta-se, contudo, que os efeitos dessa lei se aplicavam unicamente aos casamentos, nascimentos e óbitos de não católicos, pois com relação a estes continuavam em vigor as disposições eclesiásticas.

No intuito de excluir o elemento religioso ou eclesiástico da organização estatal, em janeiro de 1890, através do Decreto nº 181, foi introduzido o casamento civil no Brasil, convertendo-se, assim, o casamento em instituição legal, passando o Estado a se tornar presente nas relações de família.

Esse decreto entrou em vigor em 24 de maio de 1890. Em junho daquele ano, o Governo provisório editou o Decreto nº 521, de 26 de junho de 1890, estabelecendo a precedência da celebração do casamento civil e prevendo a responsabilização penal do ministro religioso que celebrasse antes o casamento religioso, punindo-o com seis meses de prisão e multa. Na primeira Constituição Republicana, promulgada em 24 de fevereiro de 1891, no artigo 72, §4º, declarava: "a República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita", ficando clara a preocupação do Estado em assentar a família no instituto do casamento, preceito constitucional que deixa à margem da legalidade qualquer outro tipo de constituição familiar.

Em 1º de janeiro de 1917, entrou em vigor o Código Civil Brasileiro, cujas disposições em matéria de casamento e família, basicamente, repetiram as do Decreto nº 181/90.

A segunda Constituição Republicana, outorgada em 16 de julho de 1934, no artigo 144, caput, dispunha: "a família constituída pelo casamento indissolúvel está sob a proteção especial do Estado".

Quando se pensava que a divisão entre o casamento civil e religioso estava definitivamente sedimentada, quando as pessoas já haviam se acostumado com a celebração de dois casamentos, um civil e outro religioso, eis que a Constituição de 1934, volta a contemplar o casamento religioso com efeitos civis. Teria sido isso um retrocesso? De certa forma sim, pois a Igreja e Estado sempre mantiveram uma disputa velada pelo poder e, em matéria de família, o poder eclesiástico reinou absoluto durante séculos.

É certo que a Constituição de 1934 não mais assegurou a primazia da Igreja Católica, possibilitando que as demais religiões também praticassem essa espécie de casamento. O que ela fez foi reconhecer a autoridade dos ministros religiosos para celebrar o casamento, em substituição à autoridade civil.

A Constituição de 1937 manteve o preceito constitucional no tocante a família.

A Constituição de 1946, em outras palavras, vem repetir a inteligência sobre o conceito de família.

Já a Constituição de 1967, apesar de ter mantido a tradição, afirmava que a proteção do Estado só alcançava a família constituída pelo casamento formal, o que foi mantido também na Emenda Constitucional 1/69, de 17 de outubro.

Na Emenda Constitucional n.º 9, de 28 de junho de 1977, o divórcio foi instituído no Brasil, com a seguinte redação: "o casamento poderá ser dissolvido nos casos expressos em lei desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos", devidamente regulamentada pela lei do divórcio sob n.º 6.515, de 26 de dezembro de 1977.

1.1.5. A família no Código Civil e nas leis posteriores (1917-1988)

O Código Civil Brasileiro revela um direito mais preocupado com o círculo social da família do que com os círculos sociais da nação, tendo mantido, num Estado leigo, uma técnica canônica, e, numa sociedade evoluída do século XX, o privatismo doméstico e o patriarcalismo conservador do direito das Ordenações.

O Código Civil aceitou os processos de direito canônico referentes ao processo preliminar de habilitação para o casamento, aos impedimentos dirimentes e impedientes, às nulidades e anulabilidades e considerou indissolúvel o vínculo matrimonial.

Na versão de 1917 do Código Civil, o homem mantém, com algumas pequenas restrições, a sua posição anterior de chefe de família, em oposição à mulher casada, que o direito incluiu no rol dos relativamente incapazes, dependendo do marido para poder exercer uma profissão. Na legislação então vigente, mãe bínuba perde o pátrio poder sobre os filhos do primeiro casamento. A unidade econômica da família é defendida pela aceitação generalizada do regime de comunhão universal de bens, exigindo-se a outorga uxória ou a autorização marital para a venda de bens móveis, mesmo no regime da separação. O direito sucessório revela, por sua vez, a preocupação do legislador em defender os interesses do grupo familiar; aumentando a legítima (parte necessariamente atribuída aos descendentes na herança), permitindo que seja gravada com cláusula de inalienabilidade e autorizando a substituição fideicomissória. Por outro lado, a fim de evitar a entrada de estranhos, dificulta-se a adoção e só se permite o reconhecimento dos filhos naturais quando não forem adulterinos nem incestuosos.

A partir de 1930, numerosas leis asseguram a proteção da família (Decreto-Lei nº. 3.200, de 19.04.1941), dispendo, outrossim, sobre a guarda de filhos menores no desquite judicial (Decreto-Lei nº. 9.701, de 03.09.1946) e sobre a prova do casamento para fins de previdência social (Decreto-Lei nº. 7.485, de 23.04.1945).

A Constituição de 1937 beneficiou o filho natural, e a Lei nº. 883, de 21.10.1949, permitiu o reconhecimento e a investigação de paternidade do filho adulterino depois de dissolvida a sociedade conjugal e, conforme alteração que sofreu pela Lei nº. 7.250, de 14.11.1984, autorizou, também, o reconhecimento de filho havido fora do matrimônio pelo cônjuge separado de fato há mais de cinco

anos contínuos. A lei nº. 968, de 10.12.1949, estabeleceu a fase de conciliação prévia nos desquites e nas ações de alimentos. A Lei nº. 1.110, de 23.05.1950, regulamentou o reconhecimento dos efeitos civis do casamento religioso, já assegurado na Constituição de 1937 e reiterado nas Magnas Cartas posteriores. A Lei nº. 1.542, de 05.01.1952, tratou do casamento de diplomatas brasileiros com pessoas de nacionalidade estrangeira. A Lei nº. 3.133, de 08.05.1957, atualizou a adoção, enquanto a Lei nº. 4.655, de 02.06.1965, introduziu no direito brasileiro a legitimação adotiva. Uma reforma processual da ação de alimentos foi feita pela Lei nº. 5.478, de 25.07.1968.

Importante diploma legislativo referente ao direito de família é a Lei nº. 4.121, de 27.08.1962, considerado como o "Estatuto da Mulher Casada", o qual emancipou a mulher casada, reconhecendo-lhe, na família, direitos iguais aos do marido e situação jurídica análoga, restaurando, outrossim, o pátrio poder da mulher bínuba. A mencionada lei modificou os princípios básicos aplicáveis em matéria de regime de bens e de guarda de filhos. Embora inspirada em propósitos, apresentou-se com sérias falhas técnicas, transformando assim o direito de família numa verdadeira colcha de retalhos, a exigir uma nova revisão, para dar coerência e sistemática a este ramo do direito privado.

Algumas leis especiais trataram dos prazos de decadência das ações de nulidade ou anulação de casamentos e várias disposições de direito da previdência social complementaram as normas de direito da família, além de decisões arrojadas que fazem parte integrante de nossa jurisprudência.

A jurisprudência vem amparando o direito da companheira concubina. Com o desenvolvimento da previdência social, passou o civilista a também dar certos efeitos restritos à união estável. O direito civil, pela jurisprudência do STF, passou a atribuir à concubina certos direitos à herança do companheiro ou a indenização, no caso de morte deste decorrente de ato ilícito. A Lei do Inquilinato permite continuar na locação residencial a concubina do finado locatário (art. 12 da Lei nº. 8.245, de 18.10.1991).

Outras matérias que ensejaram polêmicas e variações jurisprudenciais foram a homologação de divórcio estrangeiro, o regime de separação obrigatória de bens, o direito aos alimentos da mulher desquitada e o sentido da presunção de paternidade. A tendência dominante nos tribunais brasileiros é no sentido de fortalecer a família, permitindo, sempre que possível, a comunicação dos bens de ambos os cônjuges. Por outro lado, amplia-se e facilita-se o reconhecimento de filhos e a investigação de paternidade sempre que não forem excluídos por texto imperativo e explícito de lei.

A Lei nº. 6.515, de 26.12.1977, que regulou os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivo processo, e deu outras providências é, sem dúvida, a mais importante no campo do direito de família nos últimos tempos.

Possibilitada a dissolução do vínculo matrimonial pela Emenda Constitucional nº. 9, de 28.06.1977, a Lei nº. 6.515, de 26.12.1977, alterou profundamente o sistema de Código Civil em matéria de família, que repousava na indissociabilidade do matrimônio. A lei aboliu a palavra desquite, trazida ao nosso direito pelo Código Civil, e substituiu-a pela expressão separação judicial.

O regime de comunhão parcial passou a ser o legal, ou seja, aquele imposto pela lei no silêncio das partes, passando o regime da comunhão universal a ser convencional e não dispensado, por conseguinte, o contrato antenupcial.

Cuidando da proteção da pessoa dos filhos, estabeleceu que mesmo aqueles nascidos de casamento nulo não putativo são considerados legítimos e atribuiu igualdade no direito à herança aos filhos de qualquer condição.

A obrigação de pagar alimentos entre cônjuges foi transmitida aos herdeiros, no caso de falecimento do devedor e dentro das forças da herança. Garantias maiores foram dadas aos credores de alimentos, com a constituição de garantia real ou fidejussória ou, ainda, o usufruto de bem do devedor.

As mesmas críticas dirigidas contra a Lei nº. 4.121, de 27.08.1962, podem incidir sobre a Lei nº. 6.515, de 26.12.1977.

O que se nota é uma transformação radical do meio ambiente e da escala de valores, sem que, até agora, se tivesse pensado numa reforma ampla, em vez de uma série de modificações particulares, que acabam tornando o sistema incoerente e desorganizado.

Tal reforma, que deverá atender ao espírito do nosso povo, não poderá negligenciar as descobertas científicas as mais recentes e os problemas e soluções que trazem para o direito, a fim de permitir o desenvolvimento e a democratização da família.

1.2. A família monoparental vista como um fenômeno social

A partir da constituição de 1988 a figura da família monoparental⁵ tomou “corpo” no texto da lei (CFart.226 §4º). Antes de 1988, era tida como “ilegítima, que, por não se organizar de acordo com a lei, era considerada como mera situação fática, portanto, marginal ao direito e, como tal, inferior.”⁶ Cabe ressaltar, porém, que a monoparentalidade sempre existiu, “mas se impôs como fenômeno social nas três últimas décadas, mas com maior intensidade, nos vinte últimos anos, ou seja, no período em que se constata o maior número de divórcios (uma das causas geradoras do fenômeno)”⁷. Em decorrência da não aceitabilidade histórica da monoparentalidade no contexto social, muitos segmentos da sociedade “procuram negar ou lamentar o reconhecimento das famílias monoparentais e, para o desacreditar, procuram assimilá-las ao concubinato, quando é sabido que o concubinato é uma forma de família, mas não é uma forma

⁵ Uma família é definida como monoparental quando a pessoa considerada (homem ou mulher) encontra-se sem cônjuge, [sic] ou companheiro, e vive com uma ou várias crianças. Enquanto na França determinou-se a idade-limite desta criança – menos de 25 (vinte e cinco) anos – no Brasil, a Constituição limitou-se a falar em descendentes, tudo levando a crer que o vínculo pais x filhos dissolve-se naturalmente com a maioridade 21 (vinte e um) anos, conforme disposição constante no art. 9º do Código Civil brasileiro.

⁶ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias Monoparentais: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal**, p. 15.

⁷ LEITE, Eduardo de Oliveira - Idem, p. 22.

de família monoparental”⁸. Na verdade, o reconhecimento da família monoparental na Constituição Federal de 1988 fez com que surgissem efeitos devastadores no Direito de Família “que se pretendia pacificada pela tradição, pela ordem natural dos fatos e pela influência grandiloqüente do Direito Canônico”.⁹ No que concerne à tradição, podemos incluir também o conceito reducionista de casamento, visto como elemento indispensável para a constituição de uma família tradicional. Este conceito é retratado sutilmente por Friedrich ENGELS, pois marca de forma explícita que o casamento, muitas vezes, ocorria apenas por uma imposição social, uma conveniência, que servia de pano de fundo ao adultério:

“Em todas as classes históricas (...) o matrimônio continuou sendo o que tinha sido desde o matrimônio sindiásmico, coisa de conveniência, arranjada pelos pais. A primeira forma do amor sexual aparecida na história, o amor sexual como paixão, e por certo como paixão possível para qualquer homem (...), como paixão que é a forma superior de atração sexual (o que constitui precisamente seu caráter específico), essa primeira forma, o amor cavalheiresco da Idade Média, não foi, de modo algum, amor conjugal. Longe disso, na sua forma clássica, entre os provençais, voga a todo pano para o adultério, que é cantado por seus poetas. A flor da poesia amorosa provençal são as albas (em alemão Tagelieder – cantos do alvorecer). Pintam, com vivas cores, como o cavaleiro deita com sua amada, mulher de outro, enquanto na rua começa a clarear a madrugada (Alba), para que possa escapar sem ser visto. A cena de separação é geralmente o ponto culminante do poema.”¹⁰

Ainda, prevendo, mesmo que condicionalmente, mudanças na natureza da família, ENGELS expõe que, “se num futuro remoto, a família (...) não mais atender às exigências sociais, é impossível predizer a natureza da família que a sucederá”¹¹.

A partir da década de sessenta, o casamento, antes muito controlado, agora “desvincula-se das amarras jurídicas e se faz mais livre para os jovens, tornando-se a união de dois indivíduos, e não mais de duas famílias”¹². Inspirados nessa tendência, os movimentos sociais bem como a revolução dos costumes nas décadas de sessenta e setenta refletiram na Constituição de 1988. A partir desse

⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira- Ibidem, p. 25

⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira, Ibidem, p. 07

¹⁰ ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*, p.75-76.

¹¹ ENGELS, Friedrich. Idem, p. 91

momento, “o Estado constitucionalmente, passou a dar proteção às famílias que não fossem constituídas pelo casamento. Então, podemos ver a família como um gênero que comporta várias espécies. É o reconhecimento de que a família não é mais singular. É plural.”¹³

Indubitavelmente, além do histórico desprestígio social, a família monoparental é ponto de partida para inúmeras outras situações que, na visão de Leite, podem ser de natureza jurídica e econômica, vejamos:

“As famílias monoparentais - não é mais possível negar ou esconder – geram problemas de natureza jurídica (pensão alimentícia, direito de guarda ou de visita, convenção do divórcio, ausência de legislação no caso de separação de um concubino) e, também, de natureza econômica (mães desqualificadas para o trabalho, mães sem trabalho, pais sem recursos, ausência de habitação, de seguro, de proteção social, de inserção profissional etc.)”¹⁴

Nesse contexto, o fenômeno da monoparentalidade mesmo com a sua diversidade frente à família tradicional foi aceito. Estas famílias “se tornaram novas normalidades admitidas pela sociedade, contrariamente à ideologia burguesa de um século XIX que se prolongou até os anos de 1960 e fazia da família legalmente constituída a norma única e constrangedora”¹⁵

Seguindo-se esta linha de raciocínio, expõe Leite que:

“Base, início, meio ou fim, a verdade é que o constituinte de 1988 acabou reconhecendo a existência de outras formas de família, ou novas formas de família, consagrando – a gosto ou contragosto – a noção de família monoparental, no que revelou uma tendência contestável na maioria dos países ocidentais: a referência à família biparental (até então considerada ‘legítima’ e elevada à categoria de juridicamente válida)”¹⁶

Do exposto, pode-se tecer que outro entrave à família monoparental é a sua própria coexistência com a família biparental¹⁷. “Não é no interior destas famílias que se deve procurar sua ‘homogeneidade’ ou sua ‘identidade’ mas na sua

¹² LEITE, Eduardo de Oliveira – Op. Cit. , p. 16.

¹³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord). **Direito de família contemporâneo**, p. 15.

¹⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira – Op. Cit. , p. 25.

¹⁵ M. Segalen, e F. Zonabend, “Familles en France”, in **Histoire de la famille**, t.2, p. 501-502.

¹⁶ LEITE, Eduardo de Oliveira – Op. Cit. , p. 27.

relação com o exterior – ao lado da organização social – que as obriga a conviver com um ambiente onde sua situação não foi prevista”.¹⁸

Enfim, aceita, mas “marginalizada,” a família monoparental é uma realidade, tornando-se inegável o aumento do fenômeno nos últimos anos. Torna-se, portanto, necessário inseri-la numa faixa de transparência jurídica, desvendar os seus meandros e enxergá-la como um fenômeno em constante evolução. Por fim, como evidencia Leite “o termo ‘monoparentalidade’ revela a superfície de um fenômeno de dimensões ainda não bem avaliadas, aumentando, assim, paradoxalmente – através dos dados estatísticos colocados em evidência -, a angústia frente à desintegração da família conjugal”¹⁹

1.3. Múltiplos determinantes da família monoparental

1.3.1. A separação e o divórcio

Atualmente, verifica-se que a falta de estabilidade familiar é medida pelo aumento de separações e divórcios, consoante pensamento equivalente daqueles que tratam da matéria. Ressalta-se, entretanto, que a crise na família e os problemas no casamento estão ligados a uma série de fatores. Estes fatores, conforme evidencia Arnaldo Rizzardo “vão desde a estruturação da sociedade até a constante modificação de concepções e mentalidades.”²⁰

Ainda, conforme o mesmo autor, há “uma notória mutação de conceitos básicos de valores, sendo abandonados antigos princípios que impingiam maior seriedade à família. O próprio relaxamento dos costumes, as liberalidades permitidas, a dimensão das regras morais e de conduta, a pouca convivência do grupo familiar em razão da atividade laboral, não raramente de todos seus

¹⁷ Aqui entendida como aquela família constituída por pai, mãe e filho(s)

¹⁸ Caroline Guillot, e Gérard Neyrand, “le parent seul, l’enfant, la société”, in **Monoparentalités: échec ou défi?**, p. 50.

¹⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira – Op. Cit., p. 34.

²⁰ RIZZARDO, Arnaldo. **Separação e divórcio**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord). **Direito de família contemporâneo**, p. 285.

membros, entre incontáveis outros fatores, importam no aumento acentuado das dissoluções da sociedade conjugal.”²¹

Verifica-se que são menos de ordem jurídica, mas mais de relacionamento, os problemas de família, que dão origem à separação. Esta separação pode ser considerada como um dos fatores determinantes da monoparentalidade.

O cenário do divórcio no plano internacional pode ser visualizado através das palavras de Leite:

“A tendência separatista começou em 1960, delineando-se um quadro preocupante a partir de 1965. Inicialmente restrito à Europa do norte e à Suíça, em 1975, na Suécia, atinge-se a proporção alarmante de um divórcio para cada dois casamentos – logo, um índice de divórcio da ordem de 50% (cinquenta por cento).

A partir de 1972, o número de divórcios aumentou muito rápido, não se limitando mais aos países europeus, mas se tornando um fenômeno palpável em todos os países ocidentais.”²²

Já, para o cenário nacional, Leite tece o seguinte:

“No Brasil, a tendência separatista já se manifestara muito antes da Lei do Divórcio (Lei 6.515/77). As separações vinham ocorrendo como manifestação veemente da sociedade brasileira contra a manutenção do desquite, absolutamente contrária à tendência social que não mais admitia a hipocrisia de uma ruptura de vida conjugal sem possibilidade de novo casamento. Portanto, não se pode atribuir à nova lei do divórcio a liberalização da ruptura e a possibilidade de divorciar por mútuo consentimento. A nova lei apenas se adaptou às novas tendências de costumes ou, como sempre se afirmou, confirmou, no plano legal, uma prática que de há muito vinha exigindo uma postura mais definida do legislador. Com efeito, no Brasil, a lei tão-somente permitiu regularizar um número considerável de rupturas já consumadas no plano fático, o que explica a estabilidade das separações, a partir da entrada em vigor da Lei do Divórcio (contrariamente às expectativas dos detratores do divórcio, que encaravam a lei como fomentadora de rupturas).”²³

Cabe assinalar, também, que o casamento constitui-se ainda no modo “dominante de constituição da família”²⁴. Prova disso encontra-se no artigo 226, §

²¹ RIZZARDO, Arnaldo. **Separação e divórcio**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord). **Direito de família contemporâneo**, Idem.

²² LEITE, Eduardo de Oliveira – Op. Cit, p. 37.

²³ LEITE, Eduardo de Oliveira – Idem, Ibidem.

²⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira – Idem, p. 38

1º da Constituição de 1988: “Art 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 1º. O casamento é civil e gratuita a celebração.”

Porém, Leite, utilizando-se das palavras de Jacques Commaille²⁵ enfatiza que “a ruptura aparece como uma eventualidade prevista pelos casais de hoje”²⁶. Isso implica em dizer que, atualmente, o divórcio é tido como um ato normal num casamento, isto é, é admitido normalmente nos atuais modelos matrimoniais.

Há de se esclarecer, entretanto, que o divórcio estende-se as mais variadas classes sociais. Nas classes sociais mais abastadas, a mulher tende a se manter só, ou por já possuir uma certa reserva econômica, ou por ser uma profissional autônoma. Geralmente, após sair de um casamento fracassado, ela não vincula-se mais a outro homem através do casamento, mas sim, através de uma ligação puramente afetiva ou sexual. Nessas mesmas classes, os homens, conforme Leite,

“garantidos financeiramente pelas rendas oriundas do trabalho, vinculam-se facilmente a outra mulher, ‘refazem sua vida’ e constituem, geralmente, nova família. Os que optam pela vida solitária (embora vinculados faticamente a uma mulher), sustentados (e lamentados) por sua família de origem, delegam uma parte dos encargos que representa a criança (quando ficam com a guarda dos filhos) à avó paterna. São os avós que se ocupam dos netos, já que um homem não pode educar uma criança todo o dia, dadas suas atividades profissionais.”²⁷

No tangente às classes menos favorecidas, expõe o mesmo autor que o divórcio ocorre mais frequentemente, isto devido a problemas principalmente de ordem econômica e afetiva.

Em suma: a separação e o divórcio são elementos que podem dar origem - a uma família monoparental. Cabe lembrar, porém, que não restam dúvidas quanto aos efeitos negativos que traz a separação dos pais junto aos filhos. Mesmo que se tente fazer com que os filhos aceitem a idéia da separação por ser a melhor

²⁵ Jacques Commaille, *Familles sans justice? Le droit et la justice face aux transformations de la famille*, p. 57

²⁶ LEITE, Eduardo de Oliveira - Op. Cit, p. 38.

²⁷ LEITE, Eduardo de Oliveira - Idem, p.40.

forma de evitar conflitos, não se pode evitar as muitas decepções e desestruturas emocionais que estes mesmos filhos venham a sofrer. Salienta-se também, que não é aqui o palco onde se desenvolverá o aprofundamento maior sobre a matéria, por ser campo de outras ciências.

Indubitavelmente, estamos diante da fragmentação do casamento. O fenômeno da separação está generalizado, principalmente nas grandes cidades. Homens e mulheres se unem preferindo o descompromisso, isto é, sem desejar o casamento e muito menos a constituição de uma família. Nessa união, há a preservação da individualidade e a superficialidade no relacionamento. A relação nesse caso, restringe-se a momentos ou a alguns dias, ou a encontros, com o que são evitados atritos normais do casamento, porque não ocorre um envolvimento maior das personalidades e dos caracteres do ser humano.

No momento em que o casamento se frustra, muitas angústias e tensões afloram e, de modo constante, os desencantos e os desentendimentos passam a afligir a sociedade conjugal já deteriorada. Logicamente, neste ponto, a família já está prejudicada não havendo mais espaço para o casamento. Bem como menciona Heinrich Lehmann, o matrimônio perde seu valor como fundamento da família e “la comunidad de vida de los cónyuges ha quedado insubsanablemente perturbada. Será entonces una cédula enferma dei organismo social que perturba a la comunidad o, al menos, carece para ella de valor”²⁸

1.3.2. A união livre

A união livre, atualmente, vem se contrapor e demonstrar que o casamento entrou em declínio. Na verdade, configura-se como um combatente do próprio casamento. Constitui-se numa união não formal e garante aos sujeitos a

²⁸ FERNÁNDEZ, Arroyo. *Derecho de familia*. Trad. José M. Novas, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1933, tomo IV, p. 236

individualidade bem como a isenção de responsabilidades e compromissos. Opunha-se, desta forma, às características básicas do casamento.

Podemos inferir que muitas são as razões da união livre, porém, podemos adiantar que elas estão intimamente ligadas às mudanças de “conduta, de ideologia e de valores”²⁹. Compondo o cenário a respeito do assunto, Leite informa que

“a ausência da legislação do divórcio, tardia no caso brasileiro, favoreceu consideravelmente o acesso às uniões livres. O insustentável desquite que separava o casal sem lhe permitir o acesso a novo casamento contribuiu bastante para a evolução destas uniões pois, vedando o acesso à legalização de uma nova união, obrigava os candidatos ao casamento a permanecerem numa situação fática, marginalizada pela sociedade e pelo Direito.”³⁰

Com registros iniciais nos anos sessenta, a prática da união livre tinha vez quando jovens vivenciavam relações pré-matrimoniais e acabavam se casando, principalmente se ocorresse uma gravidez.

O pano de fundo do cenário que se compunha na época (1960) baseava-se em ensaios, isto é, experiências: se o exame da vida comum não fosse aprovado pelo casal, o remédio era a separação. Do contrário, e havendo pleno interesse em se formar uma família, casava-se.

A constituição de uma família implicava em gerar filhos. A cobrança desse episódio era uma realidade social e dava-se pela própria sociedade. Nesse contexto, se o casal encontrava-se em união livre e desejava ou já estava a espera de filhos, a situação era regularizada através do casamento. A sociedade não admitia o nascimento de filhos sem a figura do casamento. A união era livre, mas não o parentesco.

Paulatinamente, toda essa preocupação, que ligava filho a casamento, foi deteriorando-se. O resultado dessa evolução nos costumes de uma sociedade fez com que surgissem quatro fases, as quais foram de 1960 até 1980, e de 1980 até

²⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira – Op. Cit, p. 45.

³⁰ LEITE, Eduardo de Oliveira – Idem, Ibidem.

nossos dias. A primeira fase (1960 a 1965) é caracterizada pelo baixo número de crianças “ilegítimas”³¹. Esta ilegitimidade tangia ao estado civil dos pais. Se os pais não fossem casados, os filhos eram considerados ilegítimos. Já, a segunda fase (1965 a 1972) foi inexpressiva e “representa as gerações do baby boom, do pós-guerra, chegando à idade do casamento e da fecundidade”³². Na terceira fase (1972 a 1980) ocorre um decréscimo no número de casamentos. Neste cenário, há um cuidado por parte dos jovens nas concepções pré-nupciais, afastando, desse modo, filhos indesejados e, por conseqüência, o casamento. A quarta e última fase caracteriza-se pelo número elevado e crescente de filhos concebidos sem a preocupação do casamento.

Do exposto, verifica-se que a união livre gerou para a atualidade, o parentesco livre.

Finalmente, mesmo reconhecida como entidade familiar pela Constituição de 1988 a união entre homem e mulher com convivência duradoura, pública e contínua e com objetivos de constituir família, a união livre, que tenha gerado filhos, se dissociada, dará origem a uma família monoparental.

1.3.3. Mães solteiras

Perante a sociedade, a figura da “mãe solteira” trazia à tona a imagem de uma mulher situada às margens de uma conduta considerada normal e correta. Para os filhos desta mãe solteira só lhe restava um caminho: o risco, o desprezo. Toda a “irresponsabilidade” da mãe era repassada à criança. Na sociedade, era vista como “aquele é filho de mãe solteira”

Conforme expõe Dominique Frischer,

“a mãe solteira é oriunda de um meio familiar dissociado e de uma certa categoria social. Para outros, com tendência psicológica, ela é invariavelmente descrita como uma sem rumo. Isto é, uma personalidade imatura, se ela é de origem modesta, uma temível

³¹ LEITE, Eduardo de Oliveira – Idem, Ibidem.

³² LEITE, Eduardo de Oliveira – Idem, p. 47.

neurótica, mais ou menos megalomaniaca, se ela é intelectual e economicamente evoluída. Em todos os casos uma 'irresponsável' cujo rebento só tem um destino: ser uma criança de risco"³³

Foi palpável a situação vivenciada no Brasil. Em nossa sociedade, o padrão de conduta mais correto dependia da maternidade originária do casamento. Lógico que este cenário ainda merece muito cuidado e atenção, pois poderá proporcionar novas mudanças na legislação brasileira. Sobre esse aspecto, pondera Leite que

"quanto às 'conquistas' legislativas: socialmente falando, as mães solteiras, as mulheres que abortam, as concubinas, continuam oneradas no plano legislativo, ainda que o discurso legislativo se manifeste redentor, igualitário ou pseudojusto. Quando se legisla sobre o aborto, numa cultura que o reprova, fica explícito 'que apenas o tolera como um mal necessário (conservando-o) implicitamente criminalizado', quando se legisla sobre a gravidez celibatária, o casamento compulsório é sugerido pela lei como meio de reparar o mal praticado: quando se legisla sobre o concubinato ou sobre os novos direitos a ele reconhecidos se esfacela diante de sentenças ditadas por magistrados desconfiados ou insuficientemente aptos a encarar as novas realidades ditadas pela evolução das mentalidades. Como o poder discricionário em matéria familiar é praticamente absoluto e, na dúvida exegética, ao Juiz é concedido o poder de decidir 'de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito'(art.4º.LICC), é o tradicional, certamente, que se impõe (com referência às condutas tidas e aceitas como 'padrão') e, excepcionalmente, decisões corajosas, modernas e arejadas."³⁴

Cabe ressaltar que existem diferentes tipos de situações familiares que entram na categoria maior das mães solteiras: 1. mães que já experimentaram um casamento tradicional e que resolveram conceber novamente um filho, porém, sem entrar num outro casamento ou manter um relacionamento de casal. 2. Pessoas que experimentaram ou não, uma vida de casal e que não tiveram filhos. Decidem-se a serem pai ou mãe já sabendo que ficarão sozinhas ou, então, querem ficar sozinhas para assumir a criança.

Observando estes dois itens, verificamos que não cabe, atualmente, a idéia de que a mãe solteira seja vítima da sociedade, isto é, que a mãe solteira seja vista como uma pessoa irresponsável, imatura, ignorante e ingênua. Prova do

³³ FISCHER, Dominique. **Les mères célibataires volontaires**, p. 9.

exposto, podemos encontrar nas expressões que veiculam por toda a parte, no contexto social, como por exemplo: “produção independente”.

Finalmente, como podemos verificar, a família monoparental designa a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. Quando falamos em “mães solteiras” logo nos vêm à mente a imagem de uma mulher grávida, abandonada, sem recursos e desprezada pela sociedade. Na verdade, essa categoria de mães tende a desaparecer, substituindo-se por uma maternidade voluntária, querida e desejada.

Embora a reprodução e conseqüente perpetuação da espécie seja natural em todos os animais, no homem assume um caráter diferenciado, pois muito além dos instinto de preservação, possui muitos outros aspectos, sendo um dos que mais se destaca, a paternidade.

Existe uma distinção entre a procriação e a paternidade. A procriação resulta de uma lei natural, que o homem e a mulher desencadeiam, mesmo não havendo amor, requerendo apenas a união sexual. Ainda que esta união seja furtiva ou acidental, estando presentes certos requisitos orgânicos, é suficiente para a geração biológica.

A Justiça pode constranger alguém, após o devido processo, a reconhecer a paternidade e auxiliar no sustento pagando pensão, pois a lei prevê expressamente o dever de assistência material e intelectual, constituindo crime a omissão, mas infelizmente jamais poderá obrigar ao carinho, ao afeto e ao amor, tão essenciais quanto a alimentação, o vestuário e a escola.

Não existe missão mais sublime do que colocar uma criança no mundo, oferecendo-lhe as melhores condições possíveis para um desenvolvimento completo, físico, emocional e intelectual, naturalmente dentro dos recursos de cada um.

³⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira – Idem, p. 53.

Lamentavelmente o assunto é banalizado e tratado de forma egoística, e só através da educação, conscientização e responsabilização de nossos jovens, poderemos projetar um futuro melhor para as próximas gerações.

1.3.4. A viuvez

Em 1968, para cada duas mulheres em situação monoparental, uma era viúva. A partir de 1982, a tendência das viúvas na monoparentalidade tende a se reduzir (uma viúva para cada grupo de três mulheres), se considerarmos que aumentou a esperança média de vida dos homens. Outra causa que pode ser invocada é a fragilidade dos casais casados que tendem a se desunir pela separação ou pelo divórcio, antes da morte de um ou outro cônjuge.

O problema maior das viúvas é decorrente da inaptidão ao trabalho e, conseqüentemente, não acesso ao mercado de trabalho, o que as torna vulneráveis, considerando o baixo rendimento garantido pelas pensões estatais ou pecúlios de natureza particular.

Na sua expressiva maioria, as viúvas pertencem a uma geração na qual a identidade social da mulher se elaborava a partir da esfera doméstica e não da esfera profissional. O trabalho fora do lar era considerado há trinta anos atrás uma situação excepcional, mal vista não só no interior do grupo familiar, como também pela comunidade circunvizinha. Igualmente, estas mulheres, preparadas para a reprodução e para o lar, não se preocupavam em adquirir melhores conhecimentos, seu grau de instrução limitava-se, quando ocorria, ao primeiro grau.

Assim, explica-se o fato que, de todos os grupos anteriormente citados, elas são as menos diplomadas, ou inexpressivamente diplomadas, o que as coloca numa posição de desvantagem frente às novas gerações, indiscutivelmente melhor preparadas para enfrentar o mercado de trabalho.

Sem recursos intelectuais (ou escolares) e sem experiência profissional, as viúvas são, sem nenhuma dúvida, as menos favorecidas no mercado de trabalho. Aquelas, dentre elas, que são ativas, são principalmente empregadas (pessoal de serviço) ou operárias, e ocupam geralmente, nestas profissões, os cargos menos qualificados.

As viúvas, na grande maioria, pertencem a uma geração na qual a mulher dedicava-se exclusivamente a casa, ao lar. De um modo geral, não se dedicava à profissionalização e não conhecia o mercado de trabalho por ser sustentada pelo marido, o qual, com a sua morte, deixava-lhe, geralmente, com uma escassa pensão. Essa situação as coloca em posição de desvantagem frente às novas gerações. São as novas gerações melhores qualificadas para os desafios do mercado de trabalho, indubitavelmente.

CAPÍTULO 2

A situação jurídica da criança e do adolescente no contexto monoparental

2.1. A dimensão do que precisa ser revisto

Como já mencionado anteriormente, a figura da família monoparental se impôs como fenômeno social nas três últimas décadas, porém, acentuou-se nos últimos vinte anos. É neste período que se constata o maior número de divórcios, os quais constituem-se numa das grandes causas geradoras do fenômeno.

Ainda, no conceito de família monoparental, encontramos a imagem da criança. Nesse aspecto, não poderíamos olvidar que a parte mais frágil no processo de formação da família monoparental é a criança. A desunião pode provocar graves conseqüências para sua formação: ela altera seu quadro referencial em relação aos pais, muda seu esquema de vida, a separa de um de seus pais ou de uma parte de sua família, altera as relações com os outros membros da família e, quase sempre, concentra a autoridade nas mãos de um só. O divórcio, a separação de corpos, os nascimentos extramatrimoniais, podem transformar a criança num objeto de disputa, nos quais os pais tentarão garantir a presença e a afeição.

A questão da criança agrava-se ainda mais se compartilhada com o problema econômico familiar no qual o mesmo encontra-se inserido. Nestes termos, se invocarmos as questões pertinentes à pensão alimentar, temos que a mesma restringe-se à inoperabilidade. Esta ocorre no momento da instalação da monoparentalidade, causada pela ausência de renda, ou seja, não se pode repartir o que não existe.

Com base no exposto, a ocorrência da monoparentalidade, tanto nos lares mais simples quanto nos abastados, atinge a todos do mesmo modo. Percebido

isso, o constituinte sensibilizou-se com o problema e reconheceu-o na Carta Magna, mais especificamente, na “Proteção do Estado”. O que se desconhece, porém, são os meios de operacionalização da prevista “proteção”. E ainda, o problema da monoparentalidade é complexo porque não está inserido numa faixa de transparência jurídica.

Enfim, é válido ponderar que na grande maioria dos casos é a criança quem perde. Perde porque, privada da garantia de seus direitos e interesses, se vê condenada à exclusão.

Assim, todas estas considerações têm conduzido a sociedade a repensar o cenário, sendo que a maioria das teses se direciona à conclusão inevitável: o poder judiciário, isoladamente, não tem condições de planificar o futuro das crianças sem o apoio material do poder público. Isto é, a pensão alimentar, da forma como vinha se desenvolvendo, precisa ser revista, repensada e redimensionada, urgentemente. E isso, constitui-se em apenas um dos vários direitos e interesses da criança e do adolescente que precisa ser revisto.

2.2. A cisão dos laços de filiação: advento da família monoparental

Já vimos que o rompimento de um laço de filiação pode gerar o surgimento de uma família monoparental. O afastamento entre os pais cria a figura da criança isolada, da criança-conflito. Isso ocorre vez que esta criança não mais verá o seu ponto de apoio, isto é, a presença do pai e da mãe juntos. Enfim, a criança, fruto de uma união conjugal fragmentada, representa o produto de uma união passageira.

Paralelamente ao exposto, muitos outros problemas a criança poderá enfrentar, seja pelo conflito de se ver obrigado a viver dentro de uma família monoparental, seja pela ausência de um dos genitores.

A criança ainda enfrentará também problemas de ordem jurídica e de envergadura ainda não avaliada, já que os dispositivos do Código Civil foram

todos elaborados com base numa presunção de paternidade (pater is est quem justae nuptias demonstrat) hoje completamente nula e, a partir de um modelo familiar (família legítima) que se tinha por único padrão, quando hoje – é sabido – as estruturas familiares se transformaram profundamente e, ao modelo único (fundado no casamento) se substituiu uma pluralidade de modelos. Basta considerar as hipóteses familiares previstas na Constituição de 1988 (casamento civil, casamento religiosos, união estável e entidade familiar –unilinear ou monoparental)

A perspectiva infantil, até então não devidamente apreciada – se considerarmos uma tendência “adultocentrista” a permear todos institutos de nosso Direito de família-, colocou a nu a complexidade da situação destes filhos que, de um momento para o outro, se vêem privados do relacionamento pai x mãe (o que explica, em parte, a inserção da previsão da matéria no texto constitucional) e desencadeou uma reação de diversos segmentos profissionais interessados em minorar, abrandar ou aliviar os efeitos negativos que daí possam advir em relação aos filhos.

Sociólogos, psiquiatras, assistentes sociais, psicólogos, pediatras e juristas, lado a lado, manifestam seu saber, confrontam seus pontos de vista e procuram apreender a crise das famílias, assim como suas especificidades, tentando superá-la.

Tal tendência atual é tão nítida e sua percepção tão notória que levou o ministro da solidariedade nacional (na França) a afirmar que não se pode perder de vista que os problemas criados pela atribuição da guarda dos filhos são de natureza sociológica e não jurídica. Os tribunais, através das decisões dadas, são apenas o reflexo do estado dos costumes e da realidade sociológica do momento.

A evidência desta interdisciplinarietà tem se manifestado sempre mais na prática dos serviços de acompanhamento que se socorrem de assistentes sociais, médicos ou psicólogos, sempre que a complexidade o exigir. Prova disso é que os Tribunais uruguaios e argentinos já se socorrem do apoio multidisciplinar nas

ações de família e, no Brasil, o Tribunal de Justiça de Porto Alegre e de São Paulo recorrem a mesma prática, com indiscutíveis vantagens, conforme se pode deduzir da doutrina examinada nesse sentido.

O Estado, no seu próprio interesse e no interesse da família propriamente dita, interfere, via Judiciário na expectativa de contornar ou tornar menos dolorosas as situações de crise. Esta intervenção é necessária, sempre que o interesse maior dos filhos está em jogo. Desaparece o particular, anula-se o intimismo do privado em favor do público.

E este ressurgir é legítimo e necessário porque ao Direito compete velar pelo futuro dos casais e, especialmente, dos filhos. Toda desunião pode provocar graves conseqüências para a criança. Ela altera seu quadro referencial em relação aos pais, ou de uma parte de sua família, altera as relações com os outros membros da família e, quase sempre, concentra a autoridade nas mãos de um só.

Considerando que a estrutura familiar, na tradição do Código Civil Francês, sempre priorizou a figura do homem, colocou a mulher e os filhos numa relação de subordinação e categorizou a filiação em duas nítidas posições – legítima, cercada de vantagens e ilegítima, carregada de ônus -, o legislador atual se vê obrigado a proteger a mãe e o filho, dentro do princípio de igualdade estabelecido pelo Constituinte de 1988 (art. 226, §5º c/c o artigo 227, § 6º).

Toda e qualquer decisão contrária ao princípio da igualdade é não só criticável, mas é igualmente, inconstitucional, porque atentatória à norma maior estampada no texto constitucional. A monoparentalidade, decorrente de uma opção pessoal (mães ou pais solteiros) ou de uma desunião oriunda de separação e divórcio, não pode atingir o princípio da igualdade desejado pelo constituinte. Entretanto, é forçoso reconhecer, na legislação ordinária civil, tanto aquela materializada no Código Civil brasileiro quanto esta – objeto de legislação suplementar – como é o caso da Lei 6.515/77 (Lei do Divórcio) – organizou-se sob a égide de princípios constitucionais que, certamente, não reservavam espaço à atual igualdade. Assim, em matéria de exercício da autoridade paterna, ou de

guarda, a legislação infraconstitucional sempre reconheceu todo poder ao genitor que não “deu causa” ao divórcio (art 10), só deixando ao outro direito de visita e companhia (art 15).

Com efeito, dispõe o art. 10, caput, da Lei do Divórcio: “Art 10. Na separação judicial, fundada no caput do art. 5º, os filhos menores ficarão com o cônjuge que a ele não houver dado causa”

No caso de ambos os genitores serem responsáveis pela separação, o legislador divorcista priorizou a figura da mãe: “Art 10, § 1º. Se pela separação judicial forem responsáveis ambos os cônjuges, os filhos menores ficarão em poder da mãe, salvo se o juiz verificar que de tal solução possa advir prejuízo de ordem moral para eles”

E o art 15, referindo-se à visita, assim dispôs: “Art 15. Os pais, em cuja guarda não estejam os filhos, poderão visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo fixar o juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação”.

Em um só dispositivo, amplo e genérico, o legislador nacional regulamentou três matérias importantíssimas: direito de visita, companhia e fiscalização. O que em outros direitos é objeto de minucioso detalhamento, restringiu-se, em nosso Direito, a uma reduzida disposição.

Em se tratando de família natural (união livre; união estável ou entidade familiar), partindo do pressuposto que ela já nasce unilinear, ou, embora bilinear, tende naturalmente à monoparentalidade, o legislador nacional sempre entendeu que a guarda é inteiramente confiada à mãe (talvez convencido que esta nunca – ou dificilmente – se omite de reconhecer o filho).

Embora o art. 360 do CC tenha previsto a supremacia do pai, no caso de reconhecimento conjunto dos genitores, a legislação complementar posterior (art 16 do Dec.-lei 3.200/41, na redação que lhe deu a Lei 5.582/70) retornou àquela prerrogativa ao poder materno. Assim: “Art 16. O filho natural enquanto menor ficará sob o poder do genitor que o reconheceu e, se ambos o reconheceram, sob o poder da mãe, salvo se de tal solução advier prejuízo ao menor”.

Também, o artigo 383 do CC, que dispõe sobre o pátrio poder, se direciona no mesmo sentido, ao dispor: “Art. 383. O filho ilegítimo não reconhecido pelo pai fica sob o poder materno”.

Logo, em poder da mãe, porque, em regra, o genitor que reconhece o filho, na filiação natural, é a mãe e, se ambos o reconheceram, ainda em poder da mãe, desde então, por força de dispositivo legal.

A guarda, pois, é confiada, de forma prioritária, à mãe, rompendo, assim, a igualdade prevista no texto constitucional. Na família legítima, a criança é confiada ao pai ou à mãe, mas, se ambos forem responsáveis pela separação (art. 10, §1º, da Lei do Divórcio), à mãe; e na família natural, a criança é educada e guardada, em princípio, pela mãe.

A preferência dada pelo legislador só encontra justificativa na família legítima, tomada como referência. Regulamentaram-se as conseqüências da dissolução e a organização das relações no interior da família natural, tomando como modelo a família legítima. Tendência, aliás, notável na evolução legislativa e doutrinária nacional, até a promulgação da nova Constituição. A partir de então, as posições se dividem e o paralelismo de soluções tende a se atenuar.

Nada de estranhável na nova conduta assumida, especialmente, pela doutrina mais corajosa. O desenvolvimento de formas alternativas da vida familiar – largamente reconhecida no texto constitucional, ainda que segmentos mais tradicionais da sociedade brasileira tentem mascará-lo – impunha a reconsideração daquele parâmetro tradicional.

O aumento considerável do número de pais divorciados e, conseqüentemente, de filhos de pais divorciados, a freqüência das famílias naturais, quer de natureza concubinária, quer de uniões livres, o crescimento das opções unilineares, tipo mãe solteira e pai solteiro, revelaram o aspecto não mais marginal das novas formas de conjugalidade. Ou como bem analisou Mary-Ann, no prefácio da obra *Les concubinages en Europe*,

“o que parece ter ocorrido nestes países é, na realidade, uma mudança nas mentalidades, nada menos que uma transformação das significações que se atribui, geralmente, ao casamento, às relações familiares, e, enfim, à própria vida. A manifestação mais evidente desta transformação cultural é a banalização de comportamentos anteriormente considerados como ilegítimos”.³⁵

A organização monoparental da família natural ou da família legítima, onde ocorreu a ruptura, dificilmente pode se adaptar a situações que não foram previstas no texto legislativo até então preponderante. Tanto num caso como noutro caso, a seqüência monoparental é vivenciada com dificuldade dadas às novas tendências e condutas que não guardam nenhuma similitude com o modelo previsto pelo legislador.

A defasagem de óticas, aqui, mais que em qualquer outra passagem da legislação familiar, é veemente.

A disposição legislativa pode nos causar espécie, numa primeira abordagem, mas, uma análise mais cuidadosa nos conduz a compreender a *nens legis* do dispositivo. A separação ou o divórcio implica ruptura que, diretamente, atinge os filhos. Para evitar que o filho seja disputado entre seus pais e que o conflito atinja a pessoa do filho, o legislador houve por bem minorar os efeitos desastrosos do divórcio quanto aos filhos, concedendo a um dos genitores os meios de conduzir a educação do filho sem que os poderes atribuídos ao outro (visita, companhia e fiscalização) possam interferir no exercício deste direito reconhecido em lei.

Assim, mudança de conduta do pai revelou a ocorrência de um novo perfil paterno, até então insuspeitável: numerosos pais não mais se sujeitam a uma posição “lateral”, após a ruptura da união e reivindicam a participação na educação de seus filhos, independente das previsões legais. Tanto na separação fática (no caso das famílias naturais) quanto nas jurídicas (próprias das famílias legítimas) todo um conjunto de reivindicações tem sido invocado pelos “novos” pais, colocando em cheque as previsões legais, até então, inquestionáveis nestas matérias.

³⁵ GLENDON, Mary-Ann. Prefácio à obra **Les concubinages en Europe**, p. 9

O fenômeno revela um dado novo que precisa ser considerado: a oposição rígida entre família legítima e família natural está, sem dúvida, ultrapassada. Os acontecimentos sociais provocaram uma unidade a qual o Direito não estava habituado, nem instrumentado a enfrentar: quer o filho seja legítimo, quer natural, os problemas decorrentes da monoparentalidade são os mesmos, quer esta criança se encontre numa família unida, ou desunida.

“Parece, portanto, evidente”, como sublinhou Fulchiron,

“que a situação moral ou material da criança que tem a sorte de viver no seio de uma família estável, como aquela situação da criança alvo da disputa de seus pais ou dividida entre dois lares, como aquela criança que só vive com um de seus pais, são situações idênticas, qualquer que seja a natureza dos laços de filiação que unem a criança a seus pais (...) As soluções previstas para resolver os problemas que geram as relações entre pais e filhos nos limites de uma família legítima ou natural, unida ou desunida, biparental ou monoparental, devem levar em conta esta igualdade fática”³⁶

Nesse sentido, o texto constitucional foi exemplar quando se referiu à igualdade entre homem e mulher (o constituinte foi cauteloso em não se referir ao “marido e à mulher”) e à igualdade dos filhos. Trata-se, de um lado, de garantir plenamente a igualdade do homem e da mulher, enquanto casal, isto é, igualdade de direitos e deveres enquanto pais; e, de outro lado, igualdade dos filhos, “havidos ou não da relação de casamento,” reconhecendo-lhes o direito de ter relações com seus dois genitores, unidos ou desunidos. O princípio maior do nosso texto constitucional – ainda não suficientemente apreciado e aplicado – reside aí: pouco importa a natureza dos laços que unem os pais entre si e aqueles que vinculam os filhos a seus pais. O importante é que a ocorrência de filiação (legítima ou natural) garanta ao filho a estabilidade afetiva que lhe é necessária e fundamental.

Para se poder apreciar o estágio atual do Direito Civil aplicável às famílias em situação de monoparentalidade, é mais fácil distinguir duas situações: a do

³⁶ FULCHIRON, Hughes, *Autorité parentale et parents désunis*, p.22.

divorciado e a do pai natural, já que, na maioria dos casos trata-se, efetivamente, da mulher.

2.3. Pais divorciados

A ruptura provocada pelo divórcio atinge diretamente os filhos que, a partir deste momento, não poderão mais continuar a viver com seus pais. Por isso – e neste sentido, a lei divorcista foi extremamente realista – a guarda é atribuída a um só dos pais, e não a ambos, como poderia se imaginar. Quando sobrevém a separação ou o divórcio um novo regime de autoridade paterna substitui, em princípio, o regime igualitário normal: a autoridade é exercida pelo esposo a quem o Tribunal confiou a guarda da criança.

Esta fórmula pode conflitar os espíritos mais ciosos da igualdade prevista na Constituição, mas a solução se impunha para evitar os efeitos danosos sobre a pessoa do filho pois freqüentemente os adultos comprometidos com os laços conjugais não conseguem superar seu fracasso pessoal de forma a evitar que seu desentendimento de esposos não se torne um desentendimento de pais.

Daí a fórmula do art. 10, §1º, da Lei do Divórcio, "...os filhos menores ficarão em poder da mãe...", o que, certamente, não implica poder exclusivo da mãe. Se um dos pais perde o exercício da autoridade da qual se beneficiava durante o casamento, não deixa de ser titular desta autoridade, mesmo após o rompimento dos laços matrimoniais.

Nesse sentido, é bom que se reveja a exata dimensão do pátrio poder com a releitura exigida pelo novo texto constitucional.

Enquanto o art. 379 do CC dispõe que os filhos "...estão sujeitos ao pátrio poder, enquanto menores" o art. 380 reafirma que "durante o casamento, compete o pátrio poder aos pais" e, finalmente, o art. 381 (que ainda se refere ao desquite) deixa claro que a ruptura da sociedade conjugal não altera as relações entre pais

e filhos (titularidade de direito), senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos (guarda e companhia).

Logo, a mãe, hodiernamente, exerce o pátrio poder-dever conjuntamente com o pai, força não só do inc. I do art. 5º como, especialmente, do § 5º do art. 226 da Constituição de 1988. Em decorrência da disciplina constitucional, os genitores estão em igualdade de condições para exercitar os direitos advindos do pátrio poder, ex vi do art. 226, § 5º, da Carta máxima.

Qualquer interpretação diversa afrontaria o princípio constitucional da igualdade.

Até 1988, em decorrência da atuação do marido como cabeça-de-casal, a ele era deferido o direito de exercitar o pátrio poder sobre a pessoa dos filhos, reservando-se à esposa o papel suplementar de colaboradora. Em ocorrendo divergência de posições, o varão detinha a primazia da decisão, ressalvada à colaboradora a prerrogativa de recorrer à Justiça (art. 380, parágrafo único, Código Civil tacitamente revogado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 21).

Com o advento da Constituição e do Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8.069/90, as disposições do Código Civil devem ser interpretadas da seguinte maneira:

- **Regra geral:** “O exercício do pátrio poder compete igualmente a ambos os genitores. Na falta ou impedimento de um deles, passará o outro a exercê-lo com exclusividade”.
- **Exceção:** “Se ocorrer divergência entre os detentores do pátrio poder, um deles poderá recorrer à Justiça, a fim de resolver a dissensão existente”.

Dúvida, pois, não há, de que os dois genitores permanecerão titulares da autoridade parental em relação a seus filhos e independente do rumo que tomar seu casamento. Conforme já se teve oportunidade de repetir em diversas oportunidades: o divórcio separa marido e mulher, mas jamais anula os laços que

vinculam os pais a seus filhos. Logo, a ruptura do casal não tem o condão de provocar a ruptura dos laços jurídicos da filiação, que persistem imutáveis, independente dos acontecimentos. Por isso, e com razão, o art. 371-2 do Código Civil francês dispõe que "...a autoridade pertencente ao pai e à mãe".

A separação, ou o divórcio, apenas divide este direito entre os genitores, por força das circunstâncias. Assim, enquanto o genitor que detém a guarda mantém o filho junto de si, para educá-lo, mantê-lo e protegê-lo, o genitor não-guardião tem os direitos de visita, de fiscalização e de companhia, perfeitamente assegurados pelo texto legal.

A monoparentalidade gerada pela ruptura não implica, como pretendem alguns, "perda" de direitos, que subsistem sempre, mas tão-somente em divisão de atribuições (exercício de direitos) com manutenção integral da titularidade originária.

Que critério é utilizado pelo juiz para determinar a atribuição da guarda do filho a um ou outro genitor? O interesse do menor. É o que se depreende da leitura do art.10 e seus parágrafos, da Lei do Divórcio, a contrario sensu. Enquanto o § 1º se refere ao "prejuízo de ordem moral para eles" (os filhos menores), o § 2º reafirma o "interesse", quando dispõe: "Verificado que não devem os filhos permanecer em poder da mãe nem do pai".

O interesse dos filhos é o único critério legal que permite ao juiz confiar a guarda do filho a um dos genitores. E este poder discricionário é tão intenso que o juiz pode mesmo contrariar o acordo estabelecido entre os pais, recusando-se a homologar qualquer proposta de consenso que lhe pareça não preservar suficientemente os interesses dos filhos.

Nesse sentido, o disposto no art.34, § 2º da Lei do Divórcio: "Art.34, § 2º O juiz pode recusar a homologação e não decretar a separação judicial, se comprovar que a convenção não preserva suficientemente os interesses dos filhos ou de um dos cônjuges" (grifo nosso).

Mesmo depois de homologada, e ainda que transitada em julgado, a guarda dos filhos pode ser alterada a favor do interesse maior dos mesmos.

Assim, o art.13, da Lei do Divórcio, reafirma: “Art. 13. Se houver motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular por maneira diferente da estabelecida nos artigos anteriores a situação deles com os pais”.

O texto abrange todas as hipóteses, pois dispôs, textualmente, “em qualquer caso,” o que levou Theotonio Negrão a concluir, acertadamente, “isto é, quer haja, quer não haja sentença transitada em julgado quanto à guarda dos filhos”, com a ressalva, porém, de que “no primeiro caso (sentença transitada em julgado), a alteração da guarda não há de ser demandada em ação ordinária, e só deve ser deferida ‘se houver motivos graves’ supervenientes, ou, pelo menos, não conhecidos ao tempo em que foi proferida a sentença concedendo a guarda.”

Afirmado pela lei³⁷, repetido, constantemente, pela jurisprudência e reafirmado na doutrina, como princípio diretor de organização das relações familiares, antes e após a ruptura, o “interesse do menor” constitui, efetivamente, a noção primordial à qual se referem os juízes e os advogados.

No entanto, “a noção de interesse do menor permanece vaga, e por isso mesmo, eminentemente flexível, abrindo espaço à interpretação e à subjetividade (...) noção fluida que, em muitos casos, evita levar adiante o problema da viabilidade de certas práticas, enfrentando-o de frente”.

Resta, pois, definir, a extensão e o conteúdo desta noção de “interesse”, tão freqüentemente invocada pela legislação, pela doutrina e pela jurisprudência, embora sua dimensão e complexidade sempre encubram uma sensação de perplexidade.

³⁷ Art. 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente: Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais”

2.4. O “interesse da criança”: algumas ponderações

A dificuldade da determinação de noção de “interesse” já surge da dualidade a qual ela está naturalmente submetida. Assim, muito antes de se discutir, na Justiça, sobre o interesse da criança, são os pais, apoiados e orientados pelos advogados, que estabelecem os parâmetros de como vai se exercitar a autoridade parental. Eles antecipam suas decisões que serão, posteriormente, confirmadas (ou reformadas) pelo arbítrio judicial.

A opinião do juiz é, sem dúvida, o elemento inicial de caracterização da subjetividade da noção, o que levou Leite a encarar tal arbítrio com as devidas reservas: “o interesse sendo multiforme e algumas de suas formas impalpáveis (o interesse moral, o interesse futuro, o interesse familiar, onde se mistura o interesse moral e futuro), cada pessoa, com muita boa-fé, pode tirar daí as concepções mais diversas e a noção é, finalmente, demais vagas para fornecer um princípio objetivo de solução”.³⁸

Não bastasse a dualidade da determinação inicial (pessoal, do casal, de um lado e pública, jurídica, de outro), a lei, na ótica de Le Guidec³⁹, faz atuar a noção em dois níveis: como controle e como solução.

O interesse da criança serve, primeiramente, de critério de controle, isto é, de instrumento que permite vigiar o exercício da autoridade parental sem questionar a existência dos direitos dos pais. Assim, na família unida, o interesse presumido da criança é de ser educado por seus dois pais; mas se um deles abusa ou usa indevidamente suas prerrogativas, o mesmo critério permitirá lhe retirar, ou controlar mais de perto, o exercício daquele direito. O interesse da criança é utilizado, de outro lado, como critério de solução, no sentido de que, em caso de divórcio, por exemplo, a atribuição da autoridade parental e do exercício de suas

³⁸ NEGRÃO, Theotônio. **Código civil brasileiro**. Comentários em nota de rodapé, ao art. 13 da Lei do Divórcio, p. 496.

³⁹ LE GUIDECC, R. **L'intérêt de l'enfant en droit civil français**.

prerrogativas pelos pais depende da apreciação feita pelo juiz do interesse da criança.

Irène Théry, por sua vez, estudou com profundidade as transformações sofridas pela noção e constatou que o emprego deste critério único estava, cada vez mais, sendo contestado, principalmente, por duas razões: primeiro, porque não existe mais unanimidade social sobre a divisão tradicional dos papéis materno e paterno, divisão a que recorre a maioria dos autores, quando se referem ao “interesse da criança”. Ora, se os papéis tradicionalmente reservados à mãe e ao pai, na sociedade conjugal, vêm sendo contestados nos últimos dois decênios, a referência perde a sua razão, já que a premissa é falsa. Igualmente, entende Théry,

“os modos de regulamentação social em matéria familiar têm sofrido mutações consideráveis. A definição do interesse do menor é uma estratégia empregada pelos diferentes meios profissionais convocados a intervir no campo familiar: magistrados, advogados, assistentes sociais, psicólogos, clínicos, psiquiatras. Em um contexto de incerteza e de indefinição, no qual a exigência de proteção social socorre-se da noção para reivindicar a liberdade individual, os debates sobre os filhos de pais divorciados só têm sentido quando se referem à discussão, caótica e contraditória, de um sistema complexo de regulamentação social do campo familiar.”⁴⁰

Inegavelmente, a escolha do pai como detentor da guarda dos filhos, no interesse da criança, não foi favorecida por este clima de contestação e de questionamento caótico e contraditório. Primeiro, porque os pais são vítimas de normas antigas que punem sempre, quando se trata dos papéis dos pais junto aos filhos, e, em seguida, porque os pais, até agora, não tiraram nenhuma vantagem aos debates mais recentes entre os diferentes intervenientes do campo familiar, à procura de um controle social problemático.

A tão-só consideração destes elementos revela a dificuldade de apreender, num conceito limitado, a complexidade e extensão da noção de “interesse da criança”.

⁴⁰ THÉRY, Irène. *La référence à l'intérêt de l'enfant. Du divorce et des enfants*, INED et Ministère de la Justice. Cahier n. 111.

Um dado inicial, entretanto, pode ser retido: que a noção de “interesse” traduz de forma mais clara a evolução do direito de família em direção ao abandono de um modelo familiar único e transcendente em proveito do reconhecimento da diversidade social e da gestão das situações individuais, sua indefinição se revelando como o sinal mais evidente de uma diluição da norma.

A noção não se adapta, nem permite – como se pretende no mundo jurídico – reduzir tudo a esquemas perfeitamente delimitados a uma definição geral, já que a análise feita pelo juiz depende sempre de cada caso, de cada situação, exigindo condutas subjetivas de apreciação.

A jurisprudência e a repetição de certos acórdãos permitem precisar algumas tendências: o desenvolvimento físico e moral da criança, a qualidade de suas relações afetivas e sua inserção no grupo social constituem pontos de referência do “interesse” da criança. Outros juízes levam em consideração a pessoa da criança, como a idade (as crianças de tenra idade são quase sempre deixadas com a mãe), o sexo (as filhas são confinadas à mãe, enquanto os filhos permanecem com o pai), a irmandade (procurando-se, sempre que possível, não separar irmãos), o apego ou a indiferença que a criança manifesta em relação a um de seus pais, ou a estabilidade da criança.

Em cada espécie, o juiz deve apreciar e julgar levando em consideração as necessidades da criança, sua personalidade, seu meio, seus pais.

Da mesma forma, as condições que cercam a pessoa dos pais também podem ser levadas em consideração: condições materiais (atividades profissionais, renda mensal, alojamento, facilidades escolares, ocorrência ou de existência de lares) ou condições morais (vínculo de afetividade existente entre o pai e o filho, círculo de amigos, ambiente social, qualidade de cuidados e investimento paterno, etc.) são alguns dos elementos que podem servir de caminho ao juiz que lhe permitem descobrir, caso a caso, o que lhe parece ser o “interesse da criança”.

A investigação, portanto, é essencialmente subjetiva, dependendo sempre dos elementos que dispõe o juiz e da argumentação dos pais.

Até o momento do pronunciamento da decisão, e mesmo depois, todas as medidas tomadas, a exemplo do que ocorre em matéria de alimentos são provisórios. Se o “interesse” da criança é soberano, sempre que as circunstâncias indicarem a necessidade de alteração, o juiz pode rever sua posição, assim como as partes podem solicitar alteração daquilo que haviam previamente ajustado. Daí o significado do disposto no art. 13 da Lei do Divórcio.

O acordo entre os pais continua sendo o melhor elemento de convencimento do juiz, partindo-se do pressuposto de que ninguém melhor que os pais conhecem seus filhos e sabe o que é melhor para o futuro dos mesmos.

A importância do acordo é tão grande, nestas matérias, que o legislador não admitiu qualquer possibilidade de separação judicial consensual que não especifique a questão da guarda e educação das crianças.

Assim, o art. 1.121, do CPC, dispõe que: “Art. 1.121. A petição, instruída com a certidão de casamento e o contrato antenupcial, se houver, conterà: I; ...;II. o acordo relativo à guarda dos filhos menores.

A Lei do Divórcio, conforme já citáramos, prevê a recusa à homologação e à não decretação da separação judicial, se o juiz se convencer que “a convenção não preserva suficientemente os interesses dos filhos...”(art. 24, §2º).

Da mesma forma, no art. 13 da referida Lei, o legislador previu a possibilidade do juiz “regular por maneira diferente da estabelecida nos artigos anteriores, a situação deles com os pais”, reafirmando o elevado poder discricionário atribuído ao juiz, independente do acordo dos pais. Ou seja, a manifestação de vontade do “interesse” da criança, mas não tem qualquer poder vinculante.

O acordo dos pais protege mais que qualquer decisão autoritária o interesse dos filhos. Mas, como Mazeaud⁴¹ já sublinhara, não se deve subestimar as

⁴¹ MAZEAUD, H. Le divorce par casement forcé, in Recueil Dalloz-Sirey, 1963, Chron, p. 141.

possibilidades de pressão que um dos cônjuges pode exercer sobre o outro, nem esquecer que no fragor da disputa, ou no sentimento de culpa que, naturalmente, acompanha a parte responsável pela ruptura, os pais não vacilam em sacrificar os filhos diante da liberdade recuperada.⁴² Quem atua na complexa área do Direito de Família pode avaliar com total conhecimento de causa, o que se está aqui afirmando.

Como na separação consensual o juiz já recebe toda a proposta das partes, devidamente instrumentada e comprovada, só lhe resta na audiência de instrução e julgamento rever os pontos, porventura, nebulosos, precisando-os ou complementando-os. Quase sempre, a sentença confirma aquilo que as partes estipularam na inicial.

Em se tratando, porém, de separação judicial litigiosa, a posição do juiz é bastante mais difícil já que o poder de decisão sobre o destino dos filhos recai integralmente sobre sua figura, aumentando, consideravelmente, seu poder de decisão e a responsabilidade daí advinda.

O perigo maior continua residindo nos preconceitos decorrentes do sexo, sempre negativos em relação ao homem, quando se trata de guarda. A referência ao papel tradicional da mãe “naturalmente” boa, abnegada, apegada aos filhos, continua exercendo um poderoso fascínio sobre os julgadores, que não conseguem se desembarcar de uma tradição, hoje, contestada a nível fático

Que a atitude, majoritariamente, indiferente dos pais, em relação aos filhos, tenha criado este tipo de crença, não pode nos causar surpresa. A todo efeito corresponde uma causa. Mas que a atitude conduza a uma generalização de conduta judiciária, parece-nos altamente criticável.

A atitude provoca a resistência dos juizes em separar uma criança de sua mãe. Mas esta resistência, consagrada pelo texto legal (art. 10, § 1º, da Lei do Divórcio: se ambos os cônjuges forem responsáveis pela separação, “os filhos

⁴² Ver, nesse sentido, o trabalho de M. Brazier, *Le divorce par consentement mutuel et la pratique des tribunaux*, in Répertoire Defrénois 1979, p. 241.

menores ficarão em poder da mãe”), conduz o juiz a separar os filhos, sistematicamente, dos pais.

Por quê? Em nome de que Direito?

Para justificar a prática, e torná-la “legítima” aos olhos da sociedade (o consenso dos segmentos sociais desempenha um papel importante em matéria familiar), toda uma série de preconceitos é sugerida ou formulada contra os pais. Preconceitos injustos, maldosos, ofensivos e nocivos.

Sullerot arrolou alguns dos preconceitos que levam a desqualificar o pai “no interesse do filho”. Assim:

“(...) o homem que pede o divórcio age por egoísmo, enquanto a mulher pensa nos seus filhos. Um homem não pode, espontaneamente, querer educar sozinho seus filhos: se ele pede a guarda, é para prejudicar sua mulher. Os filhos não podem, espontaneamente, querer viver com seu pai: se eles exprimem este desejo, é porque eles foram manipulados. Sempre se suspeita de um homem que quer a guarda de sua filha: não há qualquer coisa de incestuoso neste desejo?

A um pai que se sai bem profissionalmente, retruca-se sempre que, com seu trabalho, ele não conseguirá se ocupar dos filhos. Se ele alega preferir seus filhos à sua carreira, ele é taxado de fracassado. Se o pai chora, ou exprime uma forte emoção, é um homem frágil, depressivo, talvez psicopata. Se ele assiste, calmo, às lágrimas de sua mulher, é um insensível. Se ele declara que pretende trocar seus horários, trabalhar menos para ter tempo para seus filhos, todos o dissuadem da pretensão. Ele trabalha demais, ou não trabalha suficientemente.”⁴³

Por mais folclórico que possa parecer o rol de situações inventariado pela autora, ele revela, de forma aguda, a existência de preconceitos que, certamente, dificultam a atribuição de uma guarda conjunta (a exemplo do que já ocorre nos países escandinavos e vem sendo confirmado pela jurisprudência francesa), garantidora do interesse maior do filho, que assumirá a “presença” constante do pai e da mãe.

São os preconceitos, sempre os preconceitos, que inviabilizam o princípio segundo o qual uma criança tem necessidade, ao mesmo tempo, de uma mãe e de um pai, na medida do possível, é fundamental lhe deixar os dois genitores.

⁴³ SULLEROT, Evelyne. **Quels pères? Quels fils?** p. 258-259.

São os preconceitos que, em grande número de ações, desencorajam os homens a solicitar uma guarda conjunta porque as chances para um homem, de obter esta guarda, são nulas. E a própria legislação favorece este estado de coisas.

E mais uma vez, e ainda, são os preconceitos que negam uma igualdade prevista e desejada pelo constituinte de 1988. A igualdade dos pais (art. 226, § 5º) não tem se manifestado com a intensidade esperada nos julgamentos das separações ou dos divórcios. O interesse do menor guia o magistrado, conforme a lei, isto é, priorizando a mãe. Logo,

“não há como salvaguardar os direitos do pai, mas sim, procurar o que representa o pai face á segurança, à moralidade e à saúde do filho, em comparação ao que representa a mãe. Não se trata, pois, de uma negação de direito, que poderia ser acusado o magistrado que não escuta o pai e o afasta de chofre. Pode-se, porém, lhe fazer observar que ele preenche sua função de árbitro designando o melhor genitor para o filho, vinculando-se a estereótipos ultrapassados e não procurando reavaliar – à luz dos fatos reais – o valor educativo e afetivo que pode ter um pai”⁴⁴

A propagação e ‘legitimação’ dos preconceitos não se deve unicamente aos juízes, mas, igualmente, aos advogados maniqueístas que não se cansam de reproduzir a fórmula: “mãe-devotada, melhor genitora” em oposição ao “pai egoísta absorvido pela sua carreira” e , nos seus escritórios de advocacia, “defendendo” os pais, falam através de estereótipos, argumentam invocando preconceitos e agem, freqüentemente, contra seus próprios clientes, que não chegam a compreender na sua realidade mais íntima.

“Eles e elas constituem uma legião, os advogados que desencorajam o pai de solicitar a guarda do filho. (‘Nós estamos nos encaminhando a um fracasso certo, caro senhor! O que não é razoável!’). Mas procurarão convencer o cliente do que sua capacidade de advogado é capaz de conseguir: oh! Não a criança, não, nem as condições humanas de exercício do direito de visita! Mas a avaliação, a menor possível, da pensão que será necessário pagar...(eu me mostrarei firme, senhor, de abaixar ainda mais o valor! Nós só seremos condenados a pagar tantos francos!)”⁴⁵

⁴⁴ SULLEROT, E. op. Cit., p. 262.

A prioridade é toda concentrada no material e a questão afetiva é contornada com habilidade pelo advogado, afastando qualquer prerrogativa no pantanoso terreno da guarda.

Resguardado nessas orientações, o Estatuto da Criança e do Adolescente representa uma evolução especificando direitos, visando uma proteção integral aos interesses da criança e do adolescente, colocando-os, pelo menos tecnicamente, a salvo de negligência, exploração, crueldade⁴⁶, e mesmo quando tratar-se de menor infrator, impor-lhe tratamento diferenciado e propício para uma reestruturação, nem sempre com sucesso garantido.

Restabelece a garantia de prioridade absoluta concedendo a primazia de receber proteção e socorro; precedência de atendimento nos serviços públicos; preferência na formulação e na execução de políticas sociais e destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude, sendo dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária⁴⁷.

⁴⁵ SULLEROT, E. *idem*, p. 263.

⁴⁶ Art. 5º da lei 8.069 de 13-7-1990.

⁴⁷ Art. 4º, *idem*..

CAPÍTULO 3

O s pais: os direitos e deveres destes em relação aos filhos

3.1. Os bens dos filhos

Conforme artigo 389 do Código Civil “o usufruto dos bens dos filhos é inerente ao exercício do pátrio poder salvo a disposição do art. 225”. Isto quer dizer que, é conferido ao genitor – guardião o encargo da administração dos bens do filho menor de idade e o direito de gozo destes bens.

O art. 13 da Lei do Divórcio, no entanto, pondera que: “Art. 13. Se houver motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular por maneira diferente da estabelecida nos artigos anteriores a situação deles com os pais”.

Pode haver, porém, que, em determinadas circunstâncias a prerrogativa de administrar os bens dos filhos seja dada ao pai.

Cabe lembrar, que, consoante o art.385 do CC “o pai e, na sua falta, a mãe são os administradores legais dos bens dos filhos que se acham sob o seu poder, salvo o disposto no art. 225”. Porém, o art. 226, §5º da Carta Magna estabelece que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. Isto quer dizer que, o art. 385 do CC passou a ser assim interpretado: os progenitores são os administradores legais dos bens dos filhos que se acham sob o seu pátrio poder, salvo o disposto no art. 225.

Interessante ressaltar, que com a dissolução do matrimônio, pela Lei do Divórcio (art.27) “o divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos”.

Do exposto, o genitor guardião pode, sozinho, praticar todos os atos conservatórios e de administração relativos aos bens do menor de idade.

3.2 A guarda do genitor: a responsabilidade civil.

Conforme art. 1521 do CC “são também responsáveis pela separação civil: I- os pais, pelos filhos menores que estiverem sob o seu poder e em sua companhia”.

São necessárias três condições para o desencadeamento da responsabilidade dos pais em relação ao dano causado. Sob este prisma, a primeira presunção diz respeito ao pai e à mãe, enquanto exercem o direito de guarda. Isso é de suma importância pois limita a responsabilidade aos pais e não a terceiros (avós, escola) que detenha a guarda da criança. No que tange à segunda presunção, temos que a responsabilidade dos pais só é presumida enquanto se referir a um filho menor de idade com eles coabitando. Essa presunção só pode ser invocada enquanto os filhos são menores, logo, a maioridade exclui a presunção de responsabilidade em relação aos pais. No que concerne à coabitação dos filhos menores com os seus pais, pondera-se que ela é de suma importância. Disso, é que decorre a vida comum, a vida familiar e a fiscalização dos filhos.

No momento da instauração da monoparentalidade surge uma indagação: a solidariedade dos pais em termos de responsabilidade persiste ou não? Na separação de fato, alheia ao mundo jurídico, há a manutenção da solidariedade na responsabilidade, isto é, ambos os pais são responsáveis pelos danos cometidos pelos filhos menores de idade, solidariamente.

Leite, sobre essa questão, informa que

“poderia o pai, entretanto, num verdadeiro tour de force, invocar a carência de coabitação para afastar a responsabilidade, mas, certamente, veria sua pretensão frustrada face ao caráter ‘ilegal’ da separação de fato. Se esta separação fática provoca efeitos no terreno do divórcio (art. 40 da Lei do Divórcio c/c art. 226, § 6º da CF), nada justifica sua interrupção extensiva em matéria de responsabilidade civil. São matérias distintas e, portanto, o tratamento deve ser diverso.”⁴⁸

⁴⁸LEITE, Eduardo de Oliveira – Op. Cit. , p. 219.

No caso de separação judicial ou de divórcio não há solidariedade "...a partir do momento em que se instaura a guarda unilateral, sobre aquele genitor recai a presunção de responsabilidade: se a criança praticou um dano é porque o genitor cometeu um erro na sua educação ou na fiscalização de sua pessoa."⁴⁹

Por fim, discorre Leite que:

"...o genitor guardião só será responsável na medida em que o filho coabita consigo, coabitação entendida, não só como um vínculo de dependência jurídica, mas, igualmente, de dependência material entre genitor e filho. Igualmente, o genitor – guardião pode se exonerar da responsabilidade provando em juízo que não cometeu qualquer falta na educação ou na vigilância do menor.

Finalmente, o genitor pode invocar as causas gerais de exoneração: força maior, caso fortuito, culpa de terceiro etc. Em todas as situações, (...) competirá ao juiz se pronunciar sobre a ocorrência ou ausência de culpa do genitor-guardião. Com base nos fatos narrados e no direito invocado, o juiz estabelecerá se o guardião observou um comportamento apropriado a um bom genitor, se foi suficientemente prudente, diligente e cauteloso na educação do filho"⁵⁰

Por último, conforme o artigo 15 da Lei do Divórcio, o genitor não-guardião exercerá o direito de visita e de fiscalização.

3.3. Dever de visita

O direito de visita, ou o dever de manter relações com o filho e de o receber regularmente, conforme as modalidades que, na ausência de acordo, são fixadas pelo juiz, é um direito maravilhosamente adaptado à nossa época de afrouxamento familiar e de férias (pois ele é cada vez mais, o direito de conduzir o filho em férias).

A visita é um expediente jurídico de caráter compensatório que procura minorar os efeitos da ruptura dos laços entre pais e filhos e, por isso, estabelece períodos, mais ou menos longos, conforme o calendário estabelecido pelo juiz ou pelos esposos, de contato entre o pai não-guardião e o filho. Quase sempre os

⁴⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira – Op. Cit. , p..220.

⁵⁰ LEITE, Eduardo de Oliveira – Idem, Ibidem.

períodos de visita são fixados nos finais de semana, corridos ou alternados, feriados, dias de festa (aniversários, dia dos Pais, dia das Mães, Páscoa, Natal e Ano-Novo, sempre alternados) e nas férias de inverno (julho) e de verão (janeiro e fevereiro). Em se tratando de crianças de tenra idade – até 5 (cinco) anos- a jurisprudência tem se manifestado contrária a que criança durma fora do lar do guardião. É a forma quase ritual como se tem regulado o direito de visita.

Vale lembrar que, contrariamente à noção de direito “sagrado”, “indisponível” e “absoluto” que se tem procurado vincular à visita, este direito pode ser suprimido ou recusado sempre que a conduta do genitor (pai ou mãe) se revelar contrária ao interesse do menor. Assim, entendemos que a ocorrência de um “pai fantasma”, bem como a moralidade duvidosa, a violência no comportamento, ou a inadimplência da pensão alimentícia são elementos suficientes à recusa ou à supressão do direito de visita.

Da mesma forma, se a criança, após uma longa ausência do pai (quase sempre, decorrente de uma paternidade que se estabeleceu judicialmente, ou à revelia do pai), não quiser usufruir da presença do pai, é perfeitamente sustentável a tese que o exercício de um direito de vida obrigatório, imposto, é inadmissível. A repetição destas hipóteses já levou a jurisprudência francesa a subordinar o exercício dos direitos do pai não-guardião à concordância do adolescente (e, agora, das crianças, também, face aos dispositivos constantes nas convenções internacionais).

As soluções, em matéria de visita, exigem redobrada cautela e grande sensibilidade do juiz. Considerando a necessidade que tem a criança de privar com os genitores, todo esforço do Judiciário deve ser canalizado na manutenção da visita, permanecendo o testemunho do menor (ou do adolescente) numa situação excepcional, sob risco de se favorecer situações injustas e, pois, contrárias ao interesse do menor. Não raramente se vivenciam situações dolorosas de separações, nas quais a mãe (na maioria das vezes, guardiã) insinua no espírito da criança sentimentos de ódio, desprezo e hostilidade, em relação ao

seu ex-esposo, tornando ainda mais precária a situação da mesma frente à ruptura. A idade e a maturidade da criança são elementos decisivos à decisão do juiz.

Os elementos considerados são suficientemente veementes a deixar transparecer uma idéia ainda não bem recepcionada junto aos pais: o direito de visita não é um “direito” dos pais em relação aos filhos, mas é, sobretudo, um direito da criança. Direito de ter a companhia de seus dois genitores, direito de ter amor de um pai ausente, direito de gozar da presença decisiva do pai, direito de minorar os efeitos sempre nefastos de uma ruptura incontornável. Logo, é um dever que a lei impõe àquele genitor que se vê privado da presença contínua do filho.

Toda separação brutal, sem atenuantes, particularmente para uma criança-jovem, é uma situação de alto risco para ela, tanto no plano afetivo quanto no plano cognitivo e somático, por isso o direito positivo desenvolveu, atualmente, instrumentos que permitem manter as relações pais-filhos após a separação, qualquer que tenha sido a causa.

A experiência nos tem demonstrado que após a separação o dever de visita não é exercido de forma equilibrada e favorável à criança. Os extremos, freqüentemente, pontuam a manifestação deste direito. Ou bem a visita desencadeia graves conflitos entre os pais, com todos sobressaltos e tumultos impostos aos filhos, ou bem os pais se desinteressam de seus filhos e não exercem o seu dever de visita. Segundo Comaille,⁵¹ uma pesquisa levada a efeito na Inglaterra comprovou que este direito é exercido regularmente em apenas 44% (quarenta e quatro por cento) dos casos estudados; e 30% (trinta por cento) (quase um terço dos casos) o direito de visita nem é exercido. Já uma pesquisa australiana demonstrou que, em 50% (cinquenta por cento) dos casos (metade,

⁵¹ COMMAILE, Jacques. **Familles sans justice? Le droit et la justice face aux transformations de la famille**, Paris: Le Centurion, 1982.

pois) um dos cônjuges não exerce o direito de visita e, praticamente, abandona o filho com o genitor-guardião.

A realidade vivenciada no dia-a-dia forense revela o quanto ainda resta percorrer até se atingir uma situação, se não ideal, de relativa estabilidade em relação às crianças. Depois da ruptura, segundo estatística realizada a partir de dados jurisprudenciais, coletados a partir de 1962, as questões que mais provocam contendas judiciais são dos alimentos e a do exercício do direito de visita.

O caso brasileiro é, particularmente, delicado em matéria de visita, já que este “direito” recebeu consagração legislativa em apenas um artigo –e, assim mesmo, de forma secundária – deixando-se ao total arbítrio da construção jurisprudencial a regulamentação de matérias, por vezes, extremamente delicadas e complexas. Se, na França, muitos desejam uma reforma da lei sobre diversos pontos bem definidos (tais como, vínculo entre direito de visita e pagamento de pensão alimentícia, subordinação do direito de visita a seu efetivo exercício, maior liberdade deixada à criança), no Brasil, a questão não depende de uma “reforma,” mas sim de uma construção legislativa capaz de precisar os pontos fundamentais da extensão, conteúdo e exercício do direito de visita.

É forçoso reconhecer que o atual estágio de nossa legislação (insuficiente) e as contradições existentes nas decisões (indesejáveis e perigosas, porque favorecedoras de toda sorte de abusos) geram um clima de insegurança e angústia, contrário ao interesse maior da criança.

Por isso, a doutrina alienígena tem invocado toda sorte de argumentos tendentes a encontrar as melhores soluções, ou, ao menos, evitar as dificuldades até hoje criticadas.

Enquanto uns, na tentativa de evitar que a criança seja disputada pelos genitores, propõem que o genitor a quem foi deferida a guarda tome isoladamente as decisões, outros entendem que não se poderia retirar tal direito do genitor não

guardião e que o direito de visita deveria se subordinar ao efetivo exercício por parte daquele genitor que não detém a guarda do filho.

Enfim, no momento da ruptura dos laços conjugais entre os pais, há uma dura prova ao filho. Ele não só deverá aprender a viver sem o seu pai ou sua mãe como, o que se revela bem mais grave, sempre correrá o risco de se tornar objeto de disputa, no qual se materializam as contradições dos adultos. Por isso, toda a proposta que atender ao radicalismo deve ser encarada com reserva.

Os pais, mesmo motivados pelas melhores intenções, quando se trata de obter o governo, ou o poder, sobre a criança, geralmente, não vacilam em tudo sacrificar, mesmo que a disputa transforme a criança numa vítima.

Daí a tendência em deixar a questão da visita livre, quando os pais, após a ruptura, continuam a manter um relacionamento amistoso e, em caso de conflito, regulamentar-se em detalhes, os dias e horas de visita, mas, em ambos os casos, garantido fica o direito de visita, procurando-se evitar os dolorosos conflitos que daí possam advir.

Na realidade, tudo vai depender da atitude dos pais e da capacidade de superarem a crise da ruptura. Uma coisa é certa: quanto mais a superação for evidente, menores serão os problemas que podem surgir no campo da visita, e contrariamente, uma ruptura não superada, quase sempre se manifesta desastrosa no dever de visita.

A experiência tem demonstrado que o exercício do dever de visita deve ser regular, se integrando no ritmo da vida da criança.

Paralelamente ao dever de visita, o genitor não-guardião dispõe de um outro direito, que lhe é igualmente reconhecido pelo texto legislativo, a saber, o direito de fiscalizar sua manutenção e educação.

3.4. Dever de fiscalização

A “fiscalização,” antes de determinar o conteúdo desse direito, aparece como um substitutivo permanente da autoridade parental que o genitor não-guardião

passa a exercer, após a ruptura, de modo indireto; e que lhe permite, controlar se o cônjuge (detentor da guarda) utiliza de forma correta as prerrogativas que lhe foram conferidas, no interesse da criança.

Esta é a primeira idéia que ressalta da fiscalização.

Logo se impõe uma segunda noção: a de acessoriedade e relatividade da prerrogativa reconhecida pelo legislador que, com efeito, só se manifesta, quando o pai-guardião deixa de exercer corretamente os poderes que lhe forem conferidos, quando da atribuição da guarda.

O que isto quer dizer? Que a fiscalização pode ser constante (quando a guarda é mal exercida) ou pode nunca se manifestar (se a guarda é realizada de maneira satisfatória).

De posse destas duas noções, e considerando os termos previstos no art. 15 da Lei do Divórcio (“...fiscalizar sua manutenção e educação...”) , já é possível definir melhor o conteúdo da fiscalização.

Se o legislador reconheceu, ao genitor não-guardião, o direito de fiscalização é porque ele pretende um equilíbrio na divisão da autoridade parental que, como vimos, permanece integral a ambos os pais. Dentro desse espírito, a existência do direito de fiscalização cria, implicitamente, para o genitor-guardião, a obrigação de informar ao outro genitor as decisões importantes que toma relativamente ao filho comum.

Se o direito de fiscalização implica, no mínimo, informação, consulta e discussão, ele só deve se exercer nas decisões importantes: o genitor não-guardião não deve se imiscuir nos detalhes da vida cotidiana. A fiscalização deve poder ser eficaz sem ser indiscreta, ela deve permitir ao genitor não-guardião acompanhar aquele que permanece seu filho, sem contrariar o exercício dos direitos que a ruptura do laço matrimonial levou o juiz a confiar ao outro.

Ou seja, o direito de fiscalização reconhecido pelo legislador ao genitor não deve se transformar em um direito de controle sobre o genitor-guardião.

A Lei do Divórcio, no art. 15 deixou suficientemente claro que este direito, além de acessório, só se exerce a posteriori, isto é, quando a decisão contestada pelo genitor não-guardião já foi tomada por aquele que detém a guarda. Caso a alegação do titular da fiscalização for procedente, o juiz tomará as medidas necessárias garantidoras do interesse da criança e do adolescente.

3.5. Alimentos

Uma das obrigações fundamentais dos pais em relação aos filhos independente do destino de suas relações futuras, é a obrigação de sustento, prevista no art. 231, IV, do CC.

A obrigação de sustento é o dever de satisfazer as necessidades vitais da criança, tais como, alimentação, moradia, educação e saúde.

Esta obrigação é decorrência da fórmula: quem faz filhos deve alimentá-lo. Para os cônjuges que vivem uma relação matrimonial, a obrigação de sustento se materializa no encargo cotidiano de prover as necessidades das crianças. Em caso de dissolução da sociedade conjugal e subsequente dissociação da autoridade paterna, dividida a partir de então, a obrigação de sustento assume a forma de uma pensão alimentar, ou alimentos, como a obrigação é comumente reconhecida.

Em caso de separação, de divórcio, ou de mera separação de corpos, o genitor não-guardião fica responsável pela prestação de alimentos na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada (como dispõe o art. 400 do CC).

Isto é, a apreciação da obrigação deve ser feita de forma objetiva e subjetiva.

Objetivamente considerada, a pensão alimentícia deve ser suficiente a cobrir as necessidades vitais da criança (alimento, habitação, et cetera). Mas, subjetivamente falando, estas necessidades só podem ser supridas na medida em

que os recursos do devedor de alimentos permitirem. Logo, deve haver uma proporcionalidade entre pretensão do credor e as disponibilidades do credor.

Quanto ao prolongamento da obrigação, além da maioridade do credor, hoje a jurisprudência já se pacificou no sentido de que os mesmos são devidos sempre que o credor se encontra em fase de estudos. A obrigação, nestes casos, é apreciada de maneira subjetiva e casuística, como, por exemplo, a necessidade dos estudos em função do meio social, as capacidades intelectuais da criança, as despesas com material bibliográfico, entre outros aspectos.

A necessidade desta obrigação se impõe, tanto no caso de dissolução da sociedade conjugal como aqueles casos em que a filiação decorre de um vínculo meramente natural.

No caso de dissolução de casamento, a obrigação persiste porque a dissolução só retira do genitor não-guardião o exercício da autoridade paterna, mas não a autoridade propriamente dita que subsiste, para quem não tem a guarda, no direito de controle.

O quantum e as modalidades de execução da contribuição são ora fixados pelas próprias partes, nos casos de separação judicial consensual, ora fixados pelo próprio juiz, no caso de separação judicial litigiosa, onde não ocorreu acordo quanto ao valor da prestação alimentícia.

A Lei do Divórcio brasileira prevê as formas de assegurar o pagamento da pensão alimentícia.

Questão das mais atuais e que tem gerado grande perplexidade junto aos juristas brasileiros, diz respeito à questão alimentar decorrente da Lei 8.560/92, que “regula a investigação da paternidade dos filhos havidos fora do casamento”, já que a recente lei alterou a regra tradicionalmente aceita pela doutrina brasileira, de que a concessão dos alimentos ao filho decorre da determinação da paternidade.

O princípio clássico do nosso direito sempre fez depender a concessão de alimentos do estabelecimento inequívoco da paternidade biológica. Determinada esta, o filho reconhecido auferia os alimentos de seu genitor.

A nova lei prioriza a existência do credor, do filho, para, num segundo momento, investigar a paternidade cuja investigação foi promovida pelo Ministério Público (art. 2º, § 4º) ou pela parte interessada (art. 2º).

Enquanto a Lei 5.478/68 (“Dispõe sobre ação de alimentos e dá outras providências”) exige, para a aplicação de seus dispositivos, a anterior determinação da paternidade, como se depreende da leitura de seu art. 2º. (“O credor, pessoalmente ou por intermédio de advogado (...) provando, apenas o parentesco ou a obrigação de alimentos do devedor...”) a nova Lei 8.560/92 prevê a possibilidade da concessão de alimentos antecedentemente ao estabelecimento da paternidade e, por conseguinte, do parentesco.

As razões de uma tal conduta legislativa só encontram justificativa e plausibilidade nos princípios igualitários que nortearam a redação do texto constitucional de 1988. Assim, favorecendo e resgatando uma noção de há muito aceita pelas legislações europeias, a Constituição de 1988 guindou o princípio da “paternidade responsável” a uma posição privilegiada que vinha sendo, sistematicamente, negligenciada pela prática-típicamente latina-de isentar o genitor adúltero ou incestuoso das conseqüências da geração de um filho. Garantiu-se a responsabilidade na paternidade e, ao mesmo tempo, reabilitou-se o salutar exercício dos alimentos tão necessário e indispensável em matérias dessa natureza.

Por isso, o art. 7º da lei em questão não vacila em afirmar, mesmo ao arrepio de alguns princípios processuais tidos como intangíveis, que “Sempre que na sentença de primeiro grau se reconhecer a paternidade, nela se fixarão os alimentos provisionais ou definitivos do reconhecido que deles necessite”.

Sentença de primeiro grau, reza o dispositivo, compelindo-nos, imediatamente, a questionar como uma decisão a quo tem o condão de produzir

seus efeitos, quando a regra processual sempre fez depender tais efeitos do decurso do prazo para interposição do recurso (primeira hipótese), ou do julgamento definitivo pelo juízo ad quem, quando interposto o recurso (segunda hipótese).

Como examinou FACHIM em sua monografia,

“sob o ponto de vista lógico (...), no intuito de gerar o direito de alimentos para o filho, deveria estar determinada previamente a filiação, pois é a mesma uma premissa em relação ao dever do genitor. Não tendo sido estabelecida a paternidade com o nascimento, e nem sendo determinado voluntariamente em momento posterior (...) o filho (...) pode cumular com a ação de investigação o pedido de alimentos. A antecipação dos efeitos da sentença, no caso, tem em vista o caráter de divergência e, principalmente, de relevância do pedido de alimentos, desde que pode estar em perigo a própria vida do autor da investigatória”⁵²

Ou seja, como já salientara Moura⁵³, ao reconhecer a paternidade, pode ser executada antecipadamente em virtude do risco social do investigado.

Tal priorização do social, em detrimento do jurídico, não deixa de se fazer acompanhar de certos riscos que tais opções acarretam. Assim, se a decisão de segundo grau reformar a de primeiro grau, deixando de reconhecer a paternidade, questionar-se-ia se os elementos concedidos com fundamento neste artigo não seriam passíveis de restituição. Pois é aquele juízo, e não este, que tem o poder da definitividade.

Ou, em outras palavras, a inexatidão do laço de parentesco estabelecido na decisão de primeiro grau, mas reformada pelo juízo ad quem não geraria para o pretense pai o direito de obter o reembolso das somas vertidas em proveito de uma criança que não é seu filho, já que estas quantias teriam sido desembolsadas sem causa?

Independente da falta de previsão legal, a doutrina e a jurisprudência sempre entenderam que os alimentos assim concedidos encontram sua razão de ser, sua

⁵² Luiz Edson Dachin (Coord.) et al. **Comentários à Lei 8.560/92**, p. 74.

⁵³ Mário Aguiar Moura. **Tratado prático da filiação**. v.2, p. 596.

causa maior, na sobrevivência de uma criança ou adolescente que deles necessita e, portanto, uma vez concedidos, não são passíveis de restituição.

Nada impede, porém, o invocar do enriquecimento indevido que o verdadeiro pai obteve com o pagamento de alimentos pelo suposto pai, indevidamente reconhecido como pai provável na sentença de primeiro grau. Se este terceiro não pode acionar o beneficiário dos alimentos, que lhe foram pagos, pode acionar o verdadeiro pai (reconhecido como tal na decisão de segundo grau) de forma a se fazer reembolsar de pagamentos indevidos.

Nesse sentido, e como bem ressaltou a monografia de Fachin, o Legislador de 1962 perdeu a oportunidade, ao instituir a averiguação oficiosa da paternidade, de se referir à “ação para fins de subsídios”, a exemplo do que já existe no Direito francês, constituindo uma forma particular de obrigação de sustento. Ela repousa, com efeito, não sobre uma filiação estabelecida, mas somente sobre uma paternidade possível.

A ação para fins de subsídios tende a reparar o prejuízo sofrido por uma criança cuja filiação natural não foi estabelecida, deslocando seu sustento a cargo daquele ou daqueles que assumiram o risco de engendrar tendo relações íntimas com a mãe durante o período legal de concepção; ela implica, pois, apenas uma possível paternidade.

Assim sendo, a ação é dirigida contra todos os homens que mantiveram relações sexuais com a mãe durante o período legal de concepção, pouco importando se eles são casados com outra mulher, ou que eles se encontrem impedidos de casar em decorrência do parentesco com esta mãe. Dois fatos devem simplesmente ser provados: de um lado, a existência de relações sexuais com a mãe, e de outro, que estas relações ocorreram durante o período legal de concepção.

A ação para fins de subsídios (alimentos, na nossa concepção) não tem por consequência estabelecer um liame de filiação entre a criança e o devedor de subsídios (como ocorre, clara e inequivocadamente, com a Lei 8.560/92, de

produção nacional). Não é uma ação de filiação (como se depreende da leitura dos artigos da Lei 8.560/92), mas uma ação de caráter indenizatório (a mãe pode pretender o reembolso dos gastos decorrentes do parto, da maternidade e do sustento da criança durante os 3 (três) meses precedentes e subseqüentes ao nascimento) e de caráter alimentar (o devedor pode ser condenado ao pagamento de uma pensão alimentar que pode se prolongar além da maioridade da criança).

O sucesso de uma ação para fins de subsídios, que, originariamente não estabelece nenhuma filiação, pode desencadear, num segundo momento, uma ação de investigação de paternidade.

Na ótica francesa, ressalte-se, o pagamento dos subsídios (alimentos) e a investigação de paternidade são realidades distintas, que não se confundem na ação para fins de subsídios; entretanto, o legislador brasileiro, com uma veemência social nunca antes registrada, confundiu as duas hipóteses num só documento legislativo.

A validade desta ação, de construção tipicamente francesa, não é de desprezar. De nada adianta investigar a paternidade, se o pai não quer assumir o seu papel de pai.

Enfim, uma investigação de paternidade procura identificar os indicadores biológicos que provariam que tal homem é bem o genitor de uma determinada criança. Em compensação, o pai, ser o pai, e sobretudo, servir de pai a alguém, é já, completamente, outra coisa.

3.6. A fiscalização como um elemento substitutivo e permanente da autoridade parental do “não guardião”

Como sugere o subtítulo acima exposto, o dever de fiscalização figura como um substitutivo permanente da autoridade parental que o genitor não guardião passa a exercer após a ruptura de modo indireto; e que lhe dá margens de

controlar a correta utilização das prerrogativas conferidas ao cônjuge detentor da guarda no que diz respeito aos interesses da criança.

A verdade é que deverá haver um equilíbrio na divisão da autoridade parental que permanece integral a ambos os pais. Nessa linha de raciocínio, o genitor guardião terá a obrigação de informar ao outro genitor as decisões mais importantes que tomar ao filho comum. Ficam de fora as decisões menos importantes pois não se confunde direito de fiscalização com plena intromissão as peculiaridades da vida do filho, isto é, ela deve ser discreta e ocorrer quando necessário.

3.7. Decisões

Muitas são as decisões jurisprudenciais que tratam sobre questões de guarda e ouvida de criança e adolescente, deixando antever preconceitos familiares e tradicionais, podendo ser observados a seguir:

"Ementa: HABEAS-CORPUS - A CRIANÇA E O ADOLESCENTE - PERTINENCIA. A família, a sociedade e ao Estado, a Carta de 1988 impõe o dever de assegurar, com prioridade, a criança e ao adolescente, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, a profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, e de coloca-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão - artigo 227. As paixões condenáveis dos genitores, decorrentes do termino litigioso da sociedade conjugal, não podem envolver os filhos menores, com prejuízo dos valores que lhes são assegurados constitucionalmente. Em idade viabilizadora de razoável compreensão dos conturbados caminhos da vida, assiste-lhes o direito de serem ouvidos e de terem as opiniões consideradas quanto a permanência nesta ou naquela localidade, neste ou naquele meio familiar, afim e, por conseqüência, de permanecerem na companhia deste ou daquele ascendente, uma vez inexistam motivos morais que afastem a razoabilidade da definição. Configura constrangimento ilegal a determinação no sentido de, peremptoriamente, como se coisas fossem, voltarem a determinada localidade, objetivando a permanência sob a guarda de um dos pais. O direito a esta não se sobrepõe ao dever que o próprio titular tem de preservar a formação do menor, que a letra do artigo 227 da Constituição Federal tem como alvo prioritário. Concede-se a ordem para emprestar a manifestação de vontade dos menores – de permanecerem na residência dos avos maternos e na

companhia destes e da própria mãe - eficácia maior, sobrepujando a definição da guarda que sempre tem color relativo e, por isso mesmo, possível de ser modificada tão logo as circunstâncias reinantes reclamem. (HC 69303/MG, Ministro Néri da Silveira, 30/06/1992)".

"GUARDA DE MENOR – TRANSFERÊNCIA – MAUS TRATOS – DEPOIMENTO DE MENOR – FILHO MENOR SOB A GUARDA DO PAI – INTERESSE DE MENOR – DIREITO DE VISITA A FILHO – Posse e guarda. Hábito da mãe agredir fisicamente os filhos. Registros de ocorrência em delegacia de polícia comprovando os fatos. Estudo social e depoimentos dos menores, onde fica cristalino e expresso seus desejos de ir conviver com o pai. Apesar de aparentemente haver diminuído bastante a constância das agressões, se os menores já tem discernimento para expressar seus desejos, sendo adolescentes, suas vontades devem ser relevadas, especialmente quando fundamentadas de modo plausível e razoável. Sentença que julga procedente o pedido para atribuir a posse e a guarda ao pai, garantido o direito de visitação da mãe. Apelo. Improvimento do recurso (CLG). (TJRJ – AC 7237/98 – (Reg. 280599) – 4ª C. Cív. – Rel. Des. Luiz Eduardo Rabello – J. 20.04.1999)"

"APELAÇÃO CÍVEL – GUARDA DE MENOR – ALTERAÇÃO DE CLÁUSULA – INTERESSES DO MENOR – Em princípio e por questões culturais, em casos de separação judicial, os filhos permanecem sob a guarda materna. As alterações dessa cláusula são excepcionais, somente ocorrendo quando os fatos e circunstâncias as aconselham, sempre visando o resguardo dos mais elevados interesses do menor, como rezam os dispositivos do estatuto da criança e do adolescente. No caso, os elementos existentes nos autos justificam a alteração, impondo-se seja mantida a sentença. Apelo não-provido. Segredo de justiça. (TJRS – AC 598073617 – RS – 8ª C. Cív. – Rel. Des. Alzir Felipe Schmitz – J. 11.02.1999)"

"GUARDA DE MENOR PERMANÊNCIA COM O PAI – INDISCUTÍVEL OS INTERESSES DO MENOR E QUE DEVEM SER ATENDIDOS E NÃO O DOS PAIS – SENTENÇA MANTIDA – Recurso improcedente. Segredo de justiça. (TJRS – AC 598190890 – RS – 8ª C. Cív. – Rel. Des. José Ataides Siqueira Trindade – J. 04.03.1999)"

"JCPC.1121 SEPARAÇÃO CONSENSUAL – GUARDA DE MENOR – Custódia deferida aos avós paternos por acordo entre os separados. Plena liberdade destes para escolher a forma de manutenção e respectiva guarda, observando-se o que for melhor para seus filhos. Aplicação dos arts. 9º da L. 6.515/77 e 1.121, II, do CPC. (TJSP – Ap. 122.972-1 (SJ) – 4ª C. – Rel. Des. Cunha de Abreu – J. 10.05.1990) (RT 660/94)"

"GUARDA DE MENOR – TUTELA ANTECIPADA – FILHO MENOR SOB A GUARDA DO PAI – AGRAVO DE INSTRUMENTO – RECURSO IMPROVIDO – Guarda de menor. Litígio entre os pais. Oitiva da filha do casal em segredo de Justiça, sem redução do depoimento a termo. Cabimento, para preservação das relações pais e filhos. Adiantamento de tutela. Conveniência, ante a dramática

situação que representa a convivência da criança com a genitora viciada em drogas. (TJRJ – AI 1383/96 – (Reg. 221096) – Cód. 96.002.01383 – 7ª C.Cív. – Relª. Desª. Áurea Pimentel Pereira – J. 27.08.1996)"

"GUARDA DE MENOR – PEDIDO DE ALTERAÇÃO – DEPOIMENTOS – ATUAÇÃO DO MP – NULIDADES – INOCORRÊNCIA – ART. 28, § 1º, DO ECA – OBSERVÂNCIA – Inócua a discussão quanto à inquirição de menor sem a presença do patrono do réu, tornando-se irrelevante o seu depoimento, se o juízo não levou em consideração suas informações na sentença. O fato de o representante do MP ter estado presente quando da tomada de depoimento da menor não macula o processo de nulidade, inexistindo quebra do princípio de igualdade processual, pois o MP não é parte, atua como custos legis. Se a menor, com 12 (doze) anos de idade, portanto já com algum discernimento, revela sua preferência, e, não havendo nos autos nenhuma contra-indicação, essa preferência deverá ser respeitada, a teor do art. 28, § 1º, do ECA. (TJMG – AC 107.047/3 – 5ª C.Cív. – Rel. Des. Campos Oliveira – J. 12.03.1998) (05. 143/201)"

"APELAÇÃO CÍVEL – GUARDA DE MENOR – REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS – INTERESSES DO MENOR – PREFACIAL DE NULIDADE DA SENTENÇA – Nos termos do disposto no estatuto da criança e do adolescente, os mais elevados interesses da criança deverão se sobrepôr a quaisquer outros. Não se pode afastar, sem provas que o desaconselhem, que o contato assíduo do filho menor com o genitor que não detém a guarda e fundamental para o normal desenvolvimento do menor, correspondendo ao atendimento de seus interesses. Deve, em razão disso, ser a visitação a mais ampla possível. Cabe ao juiz, nos termos do disposto no artigo 130, do CPC, já que o destinatário da prova, determinar as provas necessárias a instrução do processo, não inquinando o processo de nulidade a eventual não produção de prova que as partes ou uma delas, reputarem necessária. Apelo não provido. (TJRS – AC 598084952 – RS – 8ª C.Cív. – Rel. Des. Alzir Felipe Schmitz – J. 18.03.1999)"

3.7.1. Comentário às Decisões

Da análise das jurisprudências encontradas, verificamos que as mesmas são portadoras de uma nova visão sobre a criança e o adolescente. De forma cristalina, há uma tendência na aplicação da proteção integral tão bem delineada junto ao Estatuto da Criança e do Adolescente, entretanto, se por um lado dá-se ênfase a ouvida do menor, socorre-se de laudos interprofissionais, dá-se acompanhamento através de psicólogos e assistentes sociais, de outro norte

acoberta-se tratativas dos pais, protege-se a figura materna esquecendo-se da criança.

Analisando recentes jurisprudências, datadas desta última década, nos mostram claramente que a aplicação do princípio integral contida no Estatuto da Criança e do Adolescente está muito aquém da verdadeira aplicação, presos, ainda, a questões culturais, atrelados à Lei do Divórcio e a preconceitos tradicionais, deixando transparecer quão sutil é o avanço na aplicabilidade da lei menorista.

Não se pode mais tolerar decisões jurisprudenciais entregando custódia aos avós paternos por acordo entre os separados, plena liberdade destes para escolher a forma de manutenção e respectiva guarda, ou, em princípio, por questões culturais, em caso de separação judicial, os filhos permanecem sob a guarda materna, ou seja, contemplando-se o egoísmo dos pais em detrimento do melhor interesse da criança, ou talvez um judiciário não preparado para atender o verdadeiro sentido da lei 8.069/90.

Precisamos de um judiciário preparado e direcionado para interpretar a legislação do Estatuto da Criança e do Adolescente, onde o juiz não é imparcial, pois deve analisar os fatos que envolvem a criança dentro do seu contexto social, o ministério público, representante da sociedade, atuando como curador dos menores e o advogado que atua na busca incessante da proteção integral.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como pode se constatar na análise precedente, a monoparentalidade é um fenômeno complexo porque ainda não está inserida numa faixa de transparência jurídica, como ocorre com o casamento, ou com o divórcio, por exemplo. A família monoparental foi reconhecida pelo Direito Constitucional, mas não existe no Direito Civil. Neste último, a tendência de anular a clássica distinção entre família legítima e família natural é muito recente para permitir o reconhecimento jurídico da monoparentalidade, embora sua ocorrência no mundo fático seja tão velha quanto o casamento.

Enquanto o Direito Civil não institui a família monoparental como sujeito de direito, o poder público não se vê compelido a auxiliá-la. Não reconhecida, não é levada em consideração, o que tende a agravar seu caráter discriminatório no meio social.

Assimilando o que a Prof^a. Josiane Rose Petry Veronese diz quando “historicamente crianças e adolescentes brasileiros foram tratados pela legislação como seres inferiores, ou seja, como meros objetos de intervenção, tutelados pela lei e pela justiça”⁵⁴ e o que a Prof^a. Tânia da Silva Pereira coloca acerca da família como elemento de “coesão social”⁵⁵, visualizamos, em concordância com as autoras, que não há mais espaço na legislação brasileira para a criança, que não seja concebida como cidadã respaldada de direitos e que a família, seja como ela for, é o lar destas crianças e adolescentes, e por isso deve ser protegida e amparada, tanto no setor privado quanto no setor público.

Não bastassem estes aspectos negativos ao reconhecimento jurídico da monoparentalidade, o mundo jurídico sempre faz depender a atribuição de alimentos à identificação legal do pai, o que fragiliza consideravelmente a situação

⁵⁴ **Os Direitos da Criança e do Adolescente**. p. 09

⁵⁵ **Direito da Criança e do Adolescente - Uma proposta Interdisciplinar**. p. 156

das mães solteiras (onde a paternidade inexistente, por decisão autônoma da mãe, ou por imposição fática).

Nesse sentido, a atual legislação brasileira sobre a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento, independente das críticas técnicas que se possam levantar aos seus dispositivos legais, representa um extraordinário avanço no terreno da realidade. A indicação, pela mãe, do nome do suposto pai, e a fixação dos alimentos provisionais, num primeiro momento, independente do conhecimento da realidade, é medida que há muito se impõe.

É forçoso reconhecer, entretanto, o efeito dissuasivo que uma ação produz sobre pais irresponsáveis que não pretendem assumir sua paternidade: o risco de uma ação desta natureza, o estrépito do escândalo, o descrédito social que se faz acompanhar, podem conduzir estes pais a melhor medir a extensão das relações ocasionais. Se, porém, tais medidas seriam capazes de gerar relações mais sérias, ou mais duráveis, permanece a dúvida do questionamento. Enquanto não dispusermos de pesquisas sérias, capazes de determinar estatisticamente a relação causa-efeito (lei e comportamento), o caráter dissuasivo da legislação permanece uma incógnita.

As indagações, os estudos, as pesquisas, as tentativas legislativas e as construções doutrinárias provam o quanto a questão tem agitado os setores jurídicos demonstrando a importância de uma questão ainda não suficientemente resolvida. Provam ainda, os limites do privado e do público no interior de um problema, até então, praticamente, solucionado pelo setor privado.

O aumento da monoparentalidade e a insuficiência de recursos privados vêm demonstrando, no entanto, a necessidade de intervenção do setor público na garantia do interesse maior das crianças. Com efeito, a determinação dos alimentos continua sendo eminentemente casuística. A necessidade da família "A" pode ser completamente diversa da família "B". Os recursos econômicos e o padrão de vida podem igualmente variar.

Indubitavelmente, as dúvidas e os questionamentos não param por aqui. O fato de já haver uma pré-solução da questão alimentar (dada à ocorrência da tabela) poderia aumentar a tensão dos ex-cônjuges na matéria delicada da guarda, em evidente desvantagem para os filhos. Não há, também, clareza suficiente do que deve ser priorizado pelo Estado, se as questões educacionais (guarda) ou se as questões financeiras (alimentos) ou, finalmente, se as duas são interdependentes e qualquer prioridade sobre uma provoca efeitos danosos sobre outra.

No atual sistema, a iniciativa da revisão da pensão cai naturalmente sobre o credor que, em ocorrendo mudança no quadro econômico, poderá reclamar do juiz agravação do encargo. Ou seja, além do ônus decorrente da ação revisional, o credor deverá se submeter ao longo procedimento judiciário.

Se aos pais compete a obrigação é perfeitamente normal e, juridicamente sustentável, o cumprimento da obrigação pela aplicação da retenção automática na fonte. Esta retenção do valor da pensão afasta o recurso – largamente utilizado em terras brasileiras - de gastar o dinheiro com outras despesas, que não as familiares, tentando ludibriar a Justiça e o credor, em notável manobra escapista.

Quando se fala em interferência do poder público logo surge a questão dos limites da ação estatal. Em outras palavras, a solução do problema deve se aplicar aos pobres e a todas as famílias admitidas a fazer valer seus direitos a uma pensão alimentar, independentemente de suas rendas. A pobreza, aliada ao esfacelamento familiar, é a manifestação mais veemente da insegurança econômica. Como o problema atinge praticamente a todos, o interesse da comunidade só pode ser favorável à liberação da ajuda pública – via abonos ou prestações – às famílias cujo chefe é uma mulher.

A pluralidade de famílias amparadas pela legislação constitucional, que procuram sua realização na busca de seus direitos de cidadãos, sua interpretação deve estar concentrada em seus integrantes e não somente na relação jurídica que lhe deu origem. A cada caso concreto aplicar unicamente a lei, com o fim de

fazer a justiça não pode mais encontrar lugar num modelo jurídico tão amplo como o transmitido pela Constituição Federal de 1988 vista no cenário da família monoparental e da situação jurídica da criança.

De resto, cabe ao Estado e à sociedade definir políticas públicas condizentes com a realidade social, tão bem agasalhadas pela Constituição Federal de 1988, pela Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989, e ratificada pelo governo brasileiro em 26 de janeiro de 1990, através do decreto legislativo 28, vislumbrando sua repetitividade no Estatuto da Criança e do Adolescente, lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, em nome de algo chamado “respeito à dignidade da pessoa”.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

ALBERGARIA, Jason. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. Rio de Janeiro: Aide, 1991.

AMARAL E SILVA, Antônio Fernando. **A criança e seus Direitos**. Publicação conjunta da Funabem/ UNICEF/ PUC-Rio, realizada na PUC-Rio, 1989.

BRAZIER, M. **Le divorce par consentement mutuel et la pratique des tribunax**, in Rép. Defrénois 1979, 31917.

BARREIRA, Wilson & BRASIL, Paulo Roberto Grava. **O direito do menor na nova Constituição**. São Paulo: Atlas, 1989.

CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos**, 2º ed., rer. e ampl., São Paulo: RT, 1993.

CAVALLIERI, Alyrio, **O Código e o Estatuto**, in: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo, “**Direitos de Família e do Menor**”, 3ª ed., Belo Horizonte, Del Rey, 1993.

_____. **Direito do menor**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1976.

CARBONNIER, Jean. **Flexible droit**, 5ème édition. Paris: LGDJ, 1983.

_____. **L'enquetê sociale et ses limites juridiques**, in: Sauvegarde de l'enfance, 1957, n. 10.

_____. **Droit Civil. Les Obligations**, Tome IV, 11 ème édition, Paris, PUF, 1982.

CHAUÍ, Marilena. “**Ideologia e Educação**”, **Educação e Sociedade – CEDES nº 5**, São Paulo: Cortez Editora e Autores Associados. 1980.

COMMAILLE, Jacques. **Families sans justice? Le droit et la justice face aux transformations de la famille**, Paris: Le Centurion, 1982.

CORRÊA JÚNIOR, Luiz Carlos de Azevedo. **Direito do menor**. São Paulo: Atlas, 1991.

CUNHA, Roberto Salles. **Os novos direitos da mulher**. São Paulo: Atlas, 1990.

CURY, Munir (coord.). **Temas de direito do menor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

DANDURAND, r. “**Divorce et nouvelle monoparentalité: contradictions et antagonismes autor d’un chagement de société**”, in: Dumont F. e outros. *Traité des problèmes sociaux au Québec*, Québec; 1.Q.R.C., 1993.

D’ANTONIO, Daniel Hugo. **Derecho de menores**. 2. ed., Santa Fé: Rubinzal Y Culzoni, 1973.

DÉCORET, Bruno. **Les pères dépossédés**, Paris: Desclée de Brouwer, 1988.

DELINSKI, Julie Cristine. **O novo direito da filiação**. São Paulo: Dialética, 1997.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1988.

ECO, Umberto. **Como se faz uma tese**. Trad. de Gilson César Cardoso de Souza. São Paulo: Perspectiva, 1993.

ELIAS, Roberto João. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo, Saraiva, 1994.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. São Paulo: Bertrand Brasil, 1997.

FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FAGUNDES, Paulo Roney Ávila. **Direito e Holismo**. São Paulo: São Paulo, 2000.

FERNÁNDES, Arroyo. **Derecho de familia**. Trad. José M. Novas, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1933, tomo IV.

FERNANDES, Márcio Mothé Fernandes; CABRAL, Maria Luiza Ribeiro. **Pivete bom é pivete morto?** O Globo, Rio de Janeiro, 06.04.95, "Opinião", p. 06.

FRISCHER, Dominique. **Les mères célibataires colontaires**. Paris: Stock2, 1979.

FULCHIRON, Hughes. **Autorité parentale et parents désunis**. Paris: CNRS, 1985.

FERRARA, Francesco, **Interpretação e Aplicação das Leis**. Coimbra: Armênio Amado, 1987.

GLENDON, Mary-Ann. Prefácio à obra "**Les concubinages en Europe**", Jacqueline Rubellin-Devichi (Direction). Paris: CNRS, 1989.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 11^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GUILLOT, Caroline et NEYRAND, Gérard. "**Le parent seul, l'enfant. La société**", in: *Monoparentalités: échec ou défi? Parents ou singulier*, Série Mutations – n. 134, janvier 1993, p. 50-61.

GRÜNSPUN, Haim. **Os direitos dos menores**. São Paulo: Almed, 1985.

HOPPE, Marcel Esquivel (Coord.). **O Estatuto passado a limpo**. Juizado da Infância e da Juventude de Porto Alegre, 1992.

KICH, Bruno Canisio. **Direito de família**. São Paulo: Juris, 1999.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **A monografia jurídica**. Porto Alegre: Fabris, 1985.

_____. **Tratado de Direito de Família**, v. 1. Origem e evolução do casamento. Curitiba: Juruá, 1991.

_____. **Temas de Direito de Família**. São Paulo: RT, 1994.

_____. **Famílias Monoparentais: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal**. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 1997.

LEGUIDEC, R. **L'interêt de l'enfant en droit civil français**. Thèse, Nantes, 1973.

LIBERATI, Wilson Donizeti, **Comentários ao estatuto da criança e do adolescente**. São Paulo: Malheiros, 1993.

MAXIMILIANO, Carlos, **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

MAGALHÃES, Rui. **Instituições de direito de família**. São Paulo: Editora de Direito, 2000.

MACHADO, Antônio Luiz Ribeiro. **Código de menores comentado**. São Paulo: Saraiva, 1986.

MARTINS, Anísio Garcia. **O direito do menor: comentários e notas**. São Paulo: Universitária de Direito, 1988.

MIAILLE, Michel. **Uma introdução crítica ao direito**. São Paulo: Braga, 1979.

MIRANDA, Sandra Julien. **Criança & Adolescente: direito a direitos**. São Paulo: Rideel, 1999.

NEGRÃO, Theotonio. **Código civil brasileiro**. São Paulo: RT, 1991.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1993.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **A genealogia da moral**. Trad Joaquim José de Faria, 3 ed. São Paulo: Moraes, 1991.

PASOLD, César Luiz. **Função social do Estado**. 2. ed. Florianópolis: Estudantil, 1988.

PASSETTI, Edson. **O que é menor?** São Paulo: Brasiliense, 1985.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Menores, direito e justiça**: apontamentos para um novo direito das crianças e dos adolescentes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da criança e do adolescente**: uma proposta interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

_____. **O melhor interesse da criança**: um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. Rodrigo da Cunha (Coord). **Direito de família contemporâneo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

SEGALEN, Martine. et ZONABEND, F. "**Families en France**", in **Histoire de la famille. Tome III. Le choc des modernités**, Paris: Armand Collin, 1986.

SULLEROT, Evelyne. **Queis pères? Quels fils?** Paris: Fayard, 1992.

SANTINI, José Raffaelli. **Adoção – Guarda**: medidas socioeducativas. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

SANTOS, Gizelda Maria Scalon Seixas. **União estável e alimentos**. São Paulo: Direito, 1996.

SILVA, José Luis Mônaco da. **Questões de direito de família**. São Paulo: Ícone, 1997.

SIQUEIRA, Liborini. **Dos direitos da família e do menor**. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

Théry, Irène. **“Le concubinage en France”**, in: *Rewe Trimestrielle de Droit Civil*, v. 58, n. 1, p. 33-35. Paris: Sirey, 1960.

_____. **La référence à l'intérêt de l'enfant. Du divorce et des enfants**. INED et Ministère de la Justice, Cabrier n. 111, Paris: PUF, 1985.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Interesses difusos e direitos da criança e do adolescente**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

_____. **O direito de permanência da criança hospitalizada junto aos pais ou responsáveis**. *Revista Seqüência*. Florianópolis: UFSC, n. 22, p. 92 a 101, jun./1992.

_____. **Os direitos da mulher na nova Constituição**. *Revista Seqüência*. Florianópolis: UFSC, n. 22, p. 92 a 101, jun./ 1991.

_____. **Temas de direito da criança e do adolescente**. São Paulo: LTr, 1997.

_____. **Entre violentados e violentadores**. São Paulo: Cidade Nova, 1998.

_____. **Os direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: São Paulo, 1999.

WALD, Arnoldo. **O novo direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2000.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Elementos para uma crítica do Estado**. Porto Alegre: Fabris, 1990.