



CENTRO DE FILOSOFIA E CIÊNCIAS HUMANAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM ANTROPOLOGIA SOCIAL

DORMIENTIBUS NON SOCURRIT JUS !
(O DIREITO NÃO SOCORRE OS QUE DORMEM!):
**Um olhar antropológico sobre ritos processuais judiciais (envolvendo
o pátrio poder/poder familiar) e a produção de suas verdades**

SIMONE BECKER

Tese apresentada como pré-requisito parcial
para obtenção do título de Doutor em
Antropologia Social pelo Programa de Pós-
Graduação em Antropologia Social da
Universidade Federal de Santa Catarina.
Orientadora: Dra. Sônia Weidner Maluf
Co-Orientadora: Dra. Esther Jean Langdon
Co (-Co) Orientadora: Dra. Miriam Pillar
Grossi

Florianópolis, fevereiro de 2008

DORMIENTIBUS NON SOCURRIT JUS !
(O DIREITO NÃO SOCORRE OS QUE DORMEM!):
Um olhar antropológico sobre ritos processuais judiciais (envolvendo o pátrio poder/poder familiar) e a produção de suas verdades

Simone Becker

Banca Examinadora

Profa. Dra. Sônia Weidner Maluf (Orientadora)

Profa. Dra. Esther Jean Langdon (Co-orientadora)

Profa. Dra. Ciméa Barbato Bevilaqua

Prof. Dr. André Luiz Faisting

Profa. Dra. Ilka Boaventura Leite

Prof. Dr. Theóphilos Rifiotis

Profa. Dra. Maria Amélia Schmidt Dickie (Suplente)

Profa. Dra. Miriam Furtado Hartung (Suplente)

Florianópolis, 12 de fevereiro de 2008

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, agradeço aos meus irmãos, sobrinhos e cunhados, mas em especial aos meus pais, Luísa Clarinda Becker e Ruben Becker, que de maneira incansável – por vezes, impensável – estiveram e estão ao meu lado, onde quer que eu vá. Obrigada, e saibam que minha admiração por vocês é imensa.

Aos professores e mestres do departamento de Antropologia Social da UFPR e da UFSC – e demais departamentos, pela atenção despendida em relação ao meu trabalho.

À Karla Ferreira Knierim por todo o carinho e paciência despendidos comigo.

Agradeço às críticas e às orientações feitas pela banca de qualificação do projeto de doutoramento composta pelas professoras Esther Jean Langdon e Ilka Boaventura Leite, e às críticas e às orientações feitas pela banca de qualificação do artigo de doutoramento composta pelos professores Theóphilos Rifiotis, Ilka Boaventura Leite e Rafael José de Menezes Bastos. Todos contribuíram para a mudança de rumo de meu projeto e foram indispensáveis para a feitura desta versão final.

Aos colegas e amigos, Leandro Oltramari, Tito Sena, Adriano Nuemberg, Fernanda Cardozo, Juliana Cavilha Mendes Losso, Rozeli Maria Porto, Fernando G. Bitencourt, Luis Fernando Cardoso e Cardoso, Marta Magda Antunes Machado e Juliana Perucchi, com os quais compartilhei e aprendi pessoal e profissionalmente.

A todos os participantes do projeto de gênero, subjetividade e saúde mental, coordenado por Sônia Weidner Maluf e por Carmen Susana Tornquist, que muito me ensinaram com suas leituras sobre Michel Foucault.

Às minhas interlocutoras, Madalena e Agnes, que abriram as portas de suas casas e de seus sentimentos para mim. Desejo que a presente tese possa trazer de alguma forma alento a vocês e não apenas sofrimentos, como os causados pelas lembranças rememoradas e narradas ao longo do trabalho de campo.

Ao amigo Ronaldo de Oliveira Corrêa pelas palavras e pelas conversas inesquecíveis.

Ao amado Tarciso Costa de Souza pela paciência, pelo carinho e pelos encontros sempre repletos de contentamento. A você devo o maior dos aprendizados que a Ilha da Magia me trouxe e que sempre levarei comigo: o valor da amizade e da necessidade de sempre nos posicionarmos, doa a quem doer.

À amada amiga Rita de Cássia Flores Müller pelos inúmeros dias, tardes, madrugadas, com ou sem chimarrão, pizza e vinho, em que juntas, muito rimos, choramos e dialogamos sobre nossas vidas e nossos trabalhos. Desejo que jamais esqueça o quanto te admiro.

À amada amiga Karla Galvão Adrião por ter-me ensinado o quão delicioso é produzir a quatro mãos, e o quanto é indispensável crermos em nossos próprios potenciais.

Ao amado amigo Eduardo Steindorf Saraiva, cujo acaso e a magia desta Ilha me fizeram conhecer. Aos nossos inúmeros encontros em POA, em Floripa e em sua casa, que já se tornaram lembrança e àqueles que ainda estão por vir, obrigada. E Oxalá!

À amada amiga Ana Cláudia Félix Gualberto que foi um dos maiores e melhores presentes que o ano de 2007 me trouxe, agradeço pela energia, pelo carinho, pelo apoio e pelo compartilhamento de sentimentos tão bons e não tão bons assim. Enfim, desejo que possamos sorrir muito neste ano de 2008.

À amiga e irmã Rose Maria Galvão, agradeço e sou-lhe grata pelo carinho e pela compreensão que há mais de quinze anos despende a mim e, em especial, aos suportes e afetos que doa aos meus (ou nossos) pais, Ruben e Luísa.

Às amigas, Fernanda D. Cruz (Nanda), Eliana Diehl, Rosana Cacciatore, Cláudia de Lima Costa, Maria Isabel Lima (Bau), Carmem Lúcia Luiz, Ana Maria Veiga e Mary Jane F. Franco pelos prazerosos encontros repletos de conversas, risos, churrascos, peixadas, enfim, (...) obrigada pelas suas companhias.

À Marina Toneli Siqueira e Luciano da Ros, um casal como poucos, além de desejar-lhes toda a sorte imaginável e inimaginável em seus projetos, agradeço a vocês pelas inúmeras conversas e momentos agradabilíssimos que

vive(re)mos juntos, incluindo aqueles guiados pelo assunto tese e dissertações. Desejo que saibam o quanto levo e trago vocês comigo.

Ao Daniel Toneli Siqueira pelo aprendizado cotidiano e por ter-me feito aprender a cada dia que posso ser melhor, pessoal e profissionalmente.

À Isabete Laudelino de Souza agradeço pelo respeito e pelo zelo cotidianamente despendidos a mim, ao longo destes últimos três anos.

À Paula Sandrine Machado, ao Marcelo José Oliveira e à Priscila Martinhon pelos diálogos, pelas amizades, pelas companhias e pelos afetos doados a mim, não apenas em meio ao estágio sanduíche. Sem vocês, a Paris das luzes não seria iluminada.

Ao meu tutor no estágio sanduíche, professor Dr. Eric Fassin, pelas orientações e pelas possibilidades de aprendizado.

Agradeço à professora e co-orientadora Esther Jean Langdon por todos os ensinamentos e pelo respeito doados a mim e ao meu trabalho.

À professora, orientadora e mestre Sônia Weidner Maluf, pela paciência, pelo zelo e pela confiança que depositou em mim e à elaboração desta versão final que em outubro de 2006 era apenas sonho. Com você aprendi o quanto é possível ser ética em contextos nos quais ser ético soa como “palavras ao vento”. Sem dúvida, esta tese não seria possível sem as suas orientações.

À Vanessa Nahas Riaviz pelo trabalho que desenvolve comigo há quase três anos. Graças ao divã pude chegar até aqui e, mesmo que o equilíbrio continue distante (talvez inatingível), tenho certeza que hoje estou mais consciente de quem sou, do que antes. Acredito que melhor.

À Maria (Ju)racy Filgueiras Toneli, o maior presente que a Ilha e a vida me deram, agradeço pelo companheirismo, pelo afeto, pelo carinho, enfim, por ter suportado estar ao meu lado, em momentos não tão agradáveis nestes últimos quatro anos. Mas, se os momentos não tão agradáveis existiram, as “noites com sol” foram e tenho certeza que serão inúmeras, nos próximos duzentos anos. A você dedico este trabalho e desejo que ele lhe agrade tanto quanto me agradou, pois sem a sua inspiração não conseguiria respirar fundo e “tocar em frente”.

Finalmente, agradeço à CAPES e ao CNPq, instituições que não apenas financiaram diferentes fases de minha pesquisa, mas que confiaram no meu potencial.

SUMÁRIO

RESUMO	v
ABSTRACT	vi
RÉSUMÉ	vii
INTRODUÇÃO	01

1ª PARTE

CAPÍTULO I – OS CAMINHOS TRILHADOS RUMO ÀS “ALDEIAS ARQUIVOS”	09
I. 1. Particularidades da pesquisa antropológica	11
I. 2. O diálogo metodológico com outras disciplinas	18
I. 3. Dos meus percalços e escopos metodológicos	22
I. 3.1. Considerações sobre os “enunciados” e os “dispositivos”	26
I. 3.2. Notas introdutórias acerca do “segredo de justiça”	29
I. 4. Dos “relatos brutos omitidos” da e na escritura etnográfica	34
I. 4.1. Notas sobre duas anedotas extraídas do caderno de campo	41
I. 5. Quando o “interesse público” exige que o “público” se torne “privado”	44
I. 6. Afinal (...) como cheguei aos processos e aos acórdãos, e porque elegi interpretar alguns em detrimento de outros?	48
I. 6.1. Os processos vividos por Agnes e por Madalena	53
I. 6.2. Dos acórdãos coletados junto ao TJSC	58
CAPÍTULO II – UMA QUESTÃO DE MORALIDADE A SER PROVADA: DO NASCIMENTO À MORTE DO PÁTRIO PODER/PODER FAMILIAR	63
II. 1. Os contornos do pátrio poder: pinceladas sobre os seus aspectos “substanciais” e “formais”	73
II. 1.1. Os mitos e os ritos no cenário jurídico, e algumas de suas verdades	75
II. 1.2. A <i>Patria potestas</i> dos antigos romanos	92
II. 1.3. O pátrio poder antes e durante a vigência do Código Civil de 1916 (e das leis “processuais”)	95
II. 1.3.1. Notas sobre o parentesco: algumas convergências e divergências entre os discursos antropológico e jurídico	95
II. 1.3.2. As significações jurídico-legais atribuídas ao pátrio poder	103
II. 1.3.3. “Verdade substancial” e “verdade formal”	116
II. 2. As inovações operadas pela Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente	121
II. 2.1. Breves esclarecimentos políticos e sociológicos	121
II. 2.2. A família e o casamento aos olhos da Constituição de 1988, e para além de seu campo de visão!	125
II. 2.2.1. Da “união estável”, do “concubinato” e das outras formas familiares disciplinadoras	127
II. 2.3. Pontuações acerca do Estatuto da Criança e do Adolescente (o ECA)	130
II. 3. De Pátrio Poder a Poder Familiar: a vigência do novo Código Civil brasileiro	139
II. 3.1. Em nome do Pai e da Mãe: O Estado, aquele quem gesta e quem pare!	143
II. 3.2. A paternidade e a maternidade: outras convergências e outras divergências entre os discursos antropológico e jurídico	145

2ª PARTE

CAPÍTULO III - QUOD NON EST IN ACTIS, NON EST IN MUNDO (O QUE NÃO ESTÁ NOS AUTOS DO PROCESSO, NÃO EXISTE NO MUNDO DOS FATOS): tecendo a produção de provas e de verdades em processos judiciais	152
III. 1. Alguns lembretes!	152
III. 2. Fragmentos de discursos nem sempre amorosos entre Madalena e Naum!	152
III. 2. 1. A briga começou com “cautela”: sob uma “separação de corpos”	154
III. 2.1.1. Dos processos cautelares e suas verdades provisórias	156
III. 2. 2. A briga terminou sob um amigável acordo de “separação judicial”	164
III. 2. 3. Insatisfeita Madalena arremessou a primeira pedra em juízo (...). E as brigas recomeçaram com a “execução de pensão alimentícia”	170
III. 2. 4. Em meio à batalha judicial iniciada por Madalena, Naum de réu vira autor, e atira suas pedras contra a ex-esposa na “ação revisional de alimentos”	185
III. 2. 5. O alegado abandono das filhas como a derrocada judicial de Madalena	189
III. 2. 6. “Madalena se livra das filhas para trazer um estranho para morar com ela”!	196
III. 2. 7. Da ilegalidade praticada pelo juiz singular contra Madalena surgiu o “mandado de segurança”	203
III. 2. 8. Abram alas para três processos promovidos por Naum: da cautelar de “arrolamento de bens” à ação de “guarda e responsabilidade definitiva”!	211
III. 2. 9. “Para não ser preso, Naum, ficou com as crianças e delas abusava”!	216
III. 2. 10. Desferindo acusações e recebendo-as como retribuição, Madalena aos poucos desaparecia em meio aos discursos jurídicos	223
III. 3. Fragmentos de discursos nem sempre amorosos entre Agnes e Naum!	229
III. 3.1. As acusações de Agnes contra o pai dão surgimento ao processo de danos morais	229
III. 3.2. Após a instauração do processo civil, Agnes dá início à batalha criminal	247
III. 3.3. A sentença proferida no processo cível!	254
III. 3.4. De réu Naum vira autor no processo de “deserdação” promovido contra a filha!	262
CAPÍTULO IV. UBI VERITAS? (ONDE ESTÁ A VERDADE?)	265
IV. 1. Breve resgate de como as provas e as verdades foram produzidas nos casos concretos	265
IV. 2. As relações processuais pensadas como “trocas lingüísticas assimétricas”	269
IV. 2.1. A importância do juiz no contexto processual	288
IV. 3. O que é que o discurso jurídico tem que só ele detém: a coisa julgada, a desconsideração do sujeito singular e a violência da representação!	295
IV. 3.1. Os discursos sentenciais e as violências de representações por eles praticadas	302
CONSIDERAÇÕES FINAIS	312
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	316

RESUMO

Na presente tese, utilizo-me do método etnográfico para analisar treze processos e seis acórdãos, cíveis e criminais julgados em Santa Catarina, que (in)diretamente problematiza(ra)m o pátrio-poder/poder familiar. Em meio às disputas empreendidas por ex-companheiras (ou ex-cônjuges viragos) contra seus ex-companheiros (ou ex-cônjuges varões) e vice-versa; por representantes do Ministério Público contra certos pais e certas mães; por filhos (maiores civilmente) contra pais, em especial, face às condutas repreendidas por lei dos últimos em relação aos primeiros, sugiro ser o Estado-juiz aquele quem vigia, controla e determina quem pode ser considerado verdadeiro pai, mãe ou responsável pelas crianças (ou menores) que são paridas.

Neste sentido, um dos principais objetivos do trabalho centra-se na compreensão de como as provas e as verdades judiciais são produzidas. Sem respostas prontas, trago ao palco das reflexões as diferentes estratégias utilizadas pelos advogados (procuradores ou defensores) que falam por aqueles que calados batalham no universo dos processos, bem como, sob quais regras rituais legais elas devem ser adotadas.

Assim, além dos magistrados serem os atores competentes para a eleição das verdades ou das versões vencedoras em detrimento daquelas vencidas, pode-se inferir que suas sentenças assumem na maioria das vezes um tom de certeza ao invés de probabilidade. E mais: procuro sublinhar os possíveis mecanismos judiciais e sentencias que tanto perpetuam as desconsiderações daqueles sujeitos que não falam por si no contexto processual, quanto multiplicam aquilo que entendo serem as “violências das representações”, ou ainda, a prática de descontextualização dos sujeitos litigantes.

PALAVRAS-CHAVES: etnografia de arquivos judiciais – pátrio-poder/poder familiar – produção de provas e verdades.

ABSTRACT

In the present thesis the ethnographic method is used to analyze thirteen civil and criminal legal processes and six second instance sentences judged in Santa Catarina, which, (in)directly, problematize(d) the family paternal power (*patria potestas*). In the middle of the disputes by females against their male ex-partners and vice-versa; by representatives of the Federal Prosecutor's Office against some fathers and mothers; by children (legally capable) against fathers, specially, due to the lawless attitude of the latter ones in relation to the former ones, I suggest that it is the State-judge the one to watch, control and determine who can be considered true father, mother or responsible for the legally incapable children.

In this sense, one of our objectives is to understand how the evidences and the legal truths are produced. Without ready-made answers, I bring into discussion the different strategies used by the lawyers (prosecutors or defenders) that speak for the ones who, silently, fight in the universe of the processes as well as under which rules they should be adopted.

So, as the magistrates are the competent actors for the election of the truths or of the winning versions in relation to the loser ones, it is possible to infer that their sentences assume, most of the times, a assertive tone instead of a probability. I also try to underscore the legal and sentential possible mechanism that both perpetuate the inconsideration with the subjects that do no speak for themselves in the legal context; and multiply what I understand to be the "violence of the representations", or even more, the practice of decontextualization of the litigant subjects.

KEYWORDS: ethnography of legal files – family paternal power – production of evidences and truths

RÉSUMÉ

Dans cette thèse, j'utilise la méthode ethnographique et j'analyse treize procès et six jugements faites à Santa Catarina, Brésil, qui discutent le pouvoir du père, de la mère ou d'autre représentant légal. Observant les disputes des ex-copains (ex-maris) contre les ex-copines (ex-épouses) ; des représentants du parquet contre les pères ou les mères et les fils contre les pères – en raison des abus des ces sujets contre les premières, je suggère que l'État-juge contrôle et détermine qui peut être considéré le vrai père, mère ou simplement le responsable pour les enfants.

Alors, un des objectifs de ce travail est comprendre la façon dont les preuves et les vérités sont produites. Sans réponses, je discute les différentes stratégies utilisées par les avocats qui parlent par leurs clients et je discute sous quelles règles rituelles les stratégies sont choisies.

Pour conclure, je suggère que les juges sont les sujets compétents pour choisir la vérité ou l'argument plus cohérent, et que les sentences ont un sens de certitude et non de probabilité. Et plus : je montre comment les sentences multiplient ce que je comprends comme les « violences des représentations ».

MOTS-CLÉS: ethnographie dans les archives du judiciaire – « patrio-poder/poder familiar » – productions de preuves et vérités.

INTRODUÇÃO

Durante o período em que advoguei antes de ingressar no mestrado, amadureci uma concepção de mundo recorrente na realidade legal, através da qual se constrói um “Direito desprovido de movimento, de flexibilidade e adequação à vida concreta dos grupos sociais” (ROCHA, 2005:11). Do meu desconhecimento em relação à Antropologia, decorriam algumas das minhas tantas inquietações “etnocêntricas”, como, por exemplo, perante uma ex-cliente Maria (31 anos, “largada”, comerciante) que antes de se tornar minha principal “informante” na pesquisa de mestrado, aproveitava as consultas jurídicas para expor as suas histórias com o ex-marido Juca (36 anos, “casado”, catador de papel), e de seus novos e constantes pretendentes. Em síntese, não compreendia a dificuldade de Maria em permanecer sem um companheiro e/ou marido, por mais que eles não contribuíssem (após o casamento) para o sustento e para a manutenção da casa e dos filhos havidos em comum.

Assim sendo, ao estreitar contato com a Antropologia¹, fui percebendo que o campo de conhecimento jurídico (BOURDIEU, 2001:120) era apenas mais um dentre outros tantos possíveis, muito embora ele e o discurso médico detenham eficácias poderosas se comparadas às dos demais discursos científicos.

Motivada pela perspectiva de desenvolver uma “pesquisa etnográfica”, visitei o bairro das Flores² por intermédio da informante Maria. Os desabafos dela e de outras moradoras do bairro, bem como a pergunta que todas me faziam a respeito da minha situação conjugal, apontavam para a importância do casamento para aquelas mulheres. Nesse local, a relevância da citada temática tornou-se perceptível na maneira como as moradoras se viam e eram vistas – “casadas” e “não-casadas”, essa última categoria desdobrando-se em “solteiras”, “largadas”³ e “viúvas mulheres e não mulheres””, ajudando-me a elaborar o projeto inicial de mestrado, que se intitulava: “As mulheres dizem não à igualdade constitucional, buscando um homem que seja o cabeça do casal”.

¹ - Conheci a antropologia através de duas etnografias. “A Família como Espelho” (1996) de Cynthia Sarti, e “Os Herdeiros da Terra” (1978) de Margarida Maria Moura, além de ter sido aluna na disciplina Antropologia I (UFPR) ministrada pela Profa. Dra. Ciméa Bevilaqua.

² - Este bairro se situa na periferia de Araucária, um município contíguo à Curitiba. Tanto o seu nome quanto os de meus informantes e interlocutores foram trocados com o objetivo de tentar evitar reconhecimentos.

³ - As “largadas” também eram vistas enquanto “abandonadas, separadas e mães solteiras”.

Minha proposta central era comparar a realidade legal brasileira – que igualara os cônjuges, revogando a figura do “chefe de família” ou “cabeça do casal” com o advento da Constituição de 1988 – com a realidade empírica do bairro das Flores, onde as mulheres tinham, como ideal de vida, o casamento com um homem que figurasse enquanto provedor, permitindo-lhes não mais trabalhar fora.

Seguindo Louis Dumont (1985) ao definir Marcel Mauss como um teórico “que se voltara para o concreto, que aprendera ser somente em contato estreito com os dados que a sociologia pode progredir” (idem: 179), bem como, seguindo a perspectiva hermenêutica de Clifford Geertz (1978) do privilégio da “visão dos nativos”, percebi que no bairro das Flores as questões jurídicas e de direitos eram pouco citadas, e que, quando citadas, não fomentavam discussões a respeito da igualdade entre homens e mulheres, assunto que inicialmente gostaria de explorar. Então, traçar um paralelo da conjugalidade e dos papéis de gênero entre a esfera legal e a empírica seria suprir demandas pessoais e não dos moradores do bairro.

Nesta esteira, redirecionei a pesquisa para o estudo sobre a importância do casamento para as mulheres locais, pois essa era a questão que ocupava parte significativa da vida do bairro. Para tanto, fez-se necessário compreender em minha dissertação intitulada “Honras & Estratégias: formas de ser mulher no Bairro das Flores, as seguintes questões: 1ª) as diferentes formas (categorias) de ser mulher no bairro das Flores; e 2ª) os elementos constitutivos das honras femininas e masculinas ou, como prefiro, os códigos (ideais e práticos) de aceitação ou reconhecimento de homens e mulheres no referido bairro, seja em seu aspecto psicológico, seja em seu aspecto sociológico.

No final de 2002, integrei a equipe da pesquisa qualitativa em Curitiba denominada de “Análise de demanda por ações de prevenção de HIV/Aids no Sul do Brasil” (FERRAZ, 2003), desenvolvida pela Sociedade Civil Bem-Estar Familiar no Brasil (BEMFAM). Durante aproximados trinta dias, entrevistei cinquenta “profissionais do sexo” que trabalhavam à época em ruas, em praças, em boates da região metropolitana e central de Curitiba. Do questionário composto por dezenas de perguntas – com uma delas privilegiando as situações de violências vividas pelas entrevistadas, algumas informantes me narraram os estupros e outros atentados sexuais experienciados nas relações de filiação e/ou conjugal.

Coincidentemente, tanto na pesquisa de mestrado quanto na realizada para a BEMFAM escutei os relatos de vida de mulheres estigmatizadas como “prostitutas”, que me contaram os “estupros” por elas sofridos e praticados por seus pais, padrastos ou maridos. O contexto dessas falas variava, seja encostada no batente da porta de sua casa, Inês (34 anos, “largada”, vendedora, moradora do Bairro das Flores) em meio às lágrimas e rosto cabisbaixo contou-me como seu “padrasto”, e depois o marido, pegaram-na: ora “tampando minha boca, ora batendo no meu lombo” eles “metiam aquilo na minha perereca” sem a minha vontade; seja Berenice (41 anos, “profissional do sexo”, “separada”) na praça onde “batalhava”, ao responder à pergunta por mim feita se ela já havia sofrido ou sofria algum tipo de violência, contou-me controlando o choro que seu “pai de sangue” a obrigava desde os seus sete anos a fazer com ele “papai e mamãe”.

Movida ora pelo acento atribuído por essas informantes à violência sexual incestuosa e conjugal por elas vivida e relatada; ora pela constante visibilidade desta violência nas pesquisas organizadas por Núcleos de Pesquisas, Órgãos Governamentais, dentre outros; ora pelo meu interesse de perceber como réus e vítimas nos processos de estupro(s) eram vistos pelos operadores do Direito à luz do conceito de gênero, fiz um levantamento quantitativo junto aos casos de estupros - cadastrados nos sistemas informatizados dos Tribunais de Justiça do Rio Grande do Sul (RS), de Santa Catarina (SC) e do Paraná (PR). Essas diferenças quantitativas longe de me levarem a quaisquer raciocínios confiáveis, conduziram-me à leitura de trinta e três resumos de julgamentos (ou “ementas”), salientando que me detive naqueles referentes às decisões dos recursos de “apelações criminais”. Todavia, as poucas informações contidas em uma ementa fizeram-me ler cinco “acórdãos”, concomitante à leitura de “doutrinas” e de “legislações (processuais) penais”⁴ nos julgamentos recursais apontados.

Centrei meu primeiro recorte empírico na compreensão das diferentes significações tanto dos crimes de estupro - segundo seus agentes, quanto das concepções de gênero(s) atribuídas aos réus e vítimas, sob as perspectivas dos distintos operadores judiciários, em especial dos médicos legistas e dos operadores do direito (juízes, desembargadores, procuradores, promotores e advogados).

⁴ - Todos estes termos serão descritos e interpretados no decorrer da tese.

Eis o projeto inicial de meu doutoramento que se intitulou “Uma análise das concepções de gênero (réus e vítimas) nas decisões de apelações criminais de estupro dos Tribunais de Justiça da região Sul”. Porém, como todo projeto é cambiável, ao longo de seu desenvolvimento algumas mudanças significativas foram feitas, **conduzindo-me à compreensão central de como as verdades judiciais são produzidas no contexto judicial**. Para tanto, ao invés de me ater apenas a acórdãos, ampliei meu trabalho de campo a treze processos judiciais, comparando-os com seis acórdãos, todos do Estado de Santa Catarina. A temática que os uniu passou do estupro para **processos cíveis e criminais** que discutem **direta ou indiretamente o antigo Pátrio Poder e o atual Poder Familiar**.

Da escolha do novo recorte empírico até a finalização da tese, o caminho percorrido tornou-se um desafio pessoal. A cada linha escrita e refeita após as orientações recebidas, intuía que os meus esforços muitas vezes se concentravam em tornar exótico o familiar. O desejo de me debruçar sobre a análise de discursos que antes eram os óculos com os quais eu apreendia a “realidade”, agora dependia do meu estranhamento para que pudessem ser interpretados com instrumentos teóricos produzidos, em especial, pela antropologia.

O que percebi ao longo desse percurso é que ocupo um lugar na fronteira entre a Antropologia e o Direito, sobretudo, após as últimas leituras da tese. Ao mesmo tempo em que vibrava quando as categorias êmicas eram por mim estranhadas com maior facilidade, notava que o estilo da escrita (incluindo a construção do texto) assemelha(va)-se ao adotado pelos operadores do direito, que foram meus informantes na tese. Assim, a prolixidade, o raciocínio por vezes circular e repetitivo e a ausência de suavidade em meu texto refletem também as sensações de muitos sujeitos que entraram um dia em contato com a realidade processual, mesmo que tenha sido através de “O processo” de Franz Kafka. Para alguns estudiosos psicanalistas, as dificuldades de leitura da obra kafkiana são explicadas a partir das sensações de desamparo, de ausência de garantia, do impensável, do pesadelo e do “aspecto trágico desta submissão” ao processo.

Neste sentido, destaco as análises de Dayse Stoklos Malucelli e de Fernanda Otoni de Barros, em seus artigos intitulados, respectivamente, de “O Absurdo e Inefável Processo... de uma Análise” e “Atravessar as Fronteiras, sem

todo o Processo”. A primeira aproxima Kafka de Freud, mediando-os pelas reflexões de Lévi-Strauss, e a segunda, enfatiza o impensável como parte integrante do processo e os reflexos sobre os sujeitos que dele participam:

Kafka desvela a impotência do sujeito frente ao aparelho do Estado, Lévi-Strauss vai comentar o processo dizendo que nunca o fardo da estrutura social foi tão bem expresso, este universo de regras, esse peso da estrutura a qual o indivíduo é obrigado a se submeter quando nasce. Mas Kafka e Freud captam algo que Lévi-Strauss deixa escapar: o aspecto trágico desta submissão. (MALUCELLI, 2007:251).

“O processo” já não mais me abandonava, eu tolerava aquela trama impossível e impensável, onde fosse ele estava ali, a tiracolo. Às vezes eu o abria e lia um pouquinho. Já não me assustava tanto, mas também não agüentava muito. Um dia ao sair, meu filho de oito anos corre ao meu encontro e diz: - Mamãe, você está esquecendo seu livro? Ele estava com “O processo” na mão, abanando-o pra mim. “O processo” não me largava! Isso não fazia sentido, pois eu não gostava do que ali se apresentava, não me agradava o esforço que me era exigido para tolerá-lo. Porém, a minha ligação com “O processo” de Kafka tinha atravessado as fronteiras do sentido. Acompanhada daquele interminável “O processo”, eu o carregava noite e dia, nutria-me dele, enquanto o lia a conta-gotas. (OTONI DE BARROS, 2007:182).

Portanto, além de tentar compreender como as verdades judiciais são produzidas, outro importante aspecto compôs a tese em sua escrita, a saber: o diálogo estabelecido com minhas duas interlocutoras, Madalena e Agnes. Diferentemente de situações que vivi em meio ao trabalho de campo com certos advogados e que serão problematizadas no capítulo metodológico, as interações mantidas com Madalena e Agnes, a meu ver, constituíram-se como meios de dar-lhes vozes. Ambas opinaram, questionaram, choraram, lembraram e sofreram ao ler suas trajetórias sob a minha interpretação, e ao me dar retorno quanto às suas interpretações.

Enfim, talvez as análises feitas nos últimos dois capítulos da tese, sobre as condições de sujeitos desconsiderados vividos por Madalena e Agnes⁵, do nascimento à morte de seus processos, somadas às insuficiências de provas, que também fizeram suas versões não serem eleitas como verdadeiras ao término das batalhas judiciais, levaram-me a agir dessa forma e não de outra: ao invés de apenas entregando-lhes a tese já encerrada, mantive com elas diálogo até a finalização da mesma. Posso dizer, quem sabe, que a consideração de suas visões tornou-me simpatizante da perspectiva antropológica que reconhece nos

⁵ - Não apenas por elas, mas por todos os sujeitos que foram partes litigantes em um processo.

sujeitos com os quais os pesquisadores interagem no trabalho de campo, mais do que informantes. Motivo pelo qual, utilizo na tese a distinção entre informantes – que são aqueles com os quais não mantive interação, e interlocutores – que são aqueles com os quais mantive interação.

Assim, se para os discursos sentenciados as provas levadas pelos advogados de Madalena e Agnes não passaram de indícios incapazes de convencer os juízes que as julgaram, ao colocá-las como minhas interlocutoras tentei dar-lhes vozes que no contexto judicial foram caladas, seja porque nesse universo são os advogados que falam por elas, seja porque com a sentença seus relatos foram tomados como inverdades. Em suma, a condição por elas vivida em meio ao meu trabalho de campo e por mim interpretada como dialógica, quiçá convirja para as explicações de Márcio Goldman (1999:80), para quem em relação às elaborações de Félix Guattari e Gilles Deleuze:

(...) falar de “virtual-real” significa supor que o que não está manifestamente atualizado continua a existir de alguma forma, ou antes, continua a funcionar de algum modo, sendo possível, portanto, recolocar a variável em jogo.

Ao menos em minha tese, cujas idéias principais desenvolvidas em cada capítulo são destacadas na seqüência, creio que as opiniões de Madalena e Agnes existiram de alguma forma como verdades.

No primeiro capítulo destaco algumas das peculiaridades da antropologia em termos metodológicos, sobretudo, quando o trabalho de campo não é realizado em “aldeias”, mas em “aldeias-arquivos” (CARRARA, 1998). Como a pesquisa em arquivos aproxima-se mais das atividades desempenhadas por historiadores, amparei-me em certas ferramentas foucaultianas para justificar o tratamento dado aos “documentos como monumentos”, isto é, atendo-me ao máximo no que está escrito e menos nas entrelinhas silenciosas dos documentos judiciais.

Ainda quanto aos aspectos metodológicos, explico ao leitor quais foram os documentos analisados na tese, porque selecionei determinados arquivos em detrimento de outros, como cheguei a eles, e quais foram os subterfúgios por mim usados para me distanciar do universo jurídico que tão familiar me foi (e continua sendo). Finalmente, ao término deste capítulo destaco e problematizo determinadas dificuldades que os antropólogos enfrentam quando decidem

pesquisar os discursos e as práticas médicas e jurídicas. Dentre elas, sugiro pensarmos o “segredo de justiça” enquanto um dos elementos constitutivos dos dispositivos no sentido atribuído por Michel Foucault, mais especificamente àqueles voltados às práticas e discursos jurídicos (por exemplo, o da “vigilância” e o da “sexualidade”), seja porque impele os antropólogos a solicitarem “autorização judicial” aos operadores do direito para acessar os processos sigilosos, seja porque possibilita aos magistrados decidirem quais são os documentos que podem se tornar públicos ou não, sobretudo, perante o disposto no artigo 155, inciso I do Código de Processo Civil – “em que o exigir o interesse público” (CPC, 2005:53). Nessa situação, parece-me que os motivos que levam o ritual processual a se tornar sigiloso dependerão de cada caso concreto, inexistindo uma regra geral que os defina e que explicita quando os processos poderão ser acessados sem autorização judicial.

No segundo capítulo, percorro alguns dos mais importantes contextos sócio-históricos através dos quais se desenvolveram as principais legislações brasileiras, que tanto constam nos processos e nos julgamentos objetos da presente tese, quanto se referem à temática tangencial a todos, a saber: as verdades significadas pelo antigo pátrio poder e pelo atual poder familiar. A partir de possíveis concepções que os operadores do direito e os legisladores expressam sobre o pátrio poder/poder familiar, procuro sublinhar como é o Estado-juiz aquele quem detém o poder – em termos jurídicos legais – de determinar quem pode ou não ser nomeado pai e mãe. Para tanto, analiso neste capítulo as especificidades das categorias analíticas que por mim são denominadas de “verdades morais abstratas legais”, “verdades morais abstratas doutrinárias” e “verdades morais concretas jurisprudenciais”. A partir dessas três, mostro como a realidade produzida pelas sentenças judiciais equivale à verdade que denomino de “Real” com “R” maiúsculo.

No terceiro capítulo conduzo o leitor às minúcias de como nascem, se desenvolvem e morrem os processos vividos por Madalena e Agnes contra Naum (e vice-versa) – contrastando-os com os acórdãos. Isto é, esmiúço de quais formas em meio a essas batalhas judiciais recheadas de “petições”, “contestações”, “intimações”, “pareceres”, “prazos”, “sentenças”, dentre outras ações e omissões de operadores jurídicos, são produzidas (e como são produzidas) as “provas judiciais”. E mais: como são produzidas as “verdades”

eleitas como únicas pelos magistrados. Aliás, “verdades” que produzem além dos discursos, efeitos sobre “corpos”, sobre “relações” e sobre os “sujeitos” que estiveram imersos nestes conflitos judiciais.

No quarto e último capítulo dedico-me à análise de quatro temáticas que compõem os rituais judiciais antes pormenorizados, a saber: as (1) “trocas lingüísticas assimétricas”, através das quais cabe ao magistrado mediar e valorar as demandas dos advogados e dos promotores que representam cada um dos litigantes; (2) a importância dos operadores do direito nas produções das verdades, pois são eles que traduzem e que detêm a competência para falar pelas partes litigantes, ou de autorizá-las a falar no momento em que eles determinam; (3) os mecanismos de vigilância e de controle desempenhados pelos juízes, mas também pela própria sociedade nas figuras dos conselheiros tutelares, dos vizinhos, dentre outros personagens; e (4) a constituição dos sujeitos que decorrem das sentenças judiciais. Desta última temática, acentuo a principal peculiaridade do discurso jurídico sentencial em comparação aos demais discursos tidos como científicos, a saber: as chamadas “coisas julgadas” que refletem a imposição das decisões aos sujeitos a elas submetidos, quer queiram, ou não. Deste poder, que supera aquele exercido pela medicina ocidental, resultam as constantes “violências de representações” praticadas pelas sentenças inquestionáveis – ou irrecorríveis.

1ª PARTE

CAPÍTULO I – OS CAMINHOS TRILHADOS RUMO ÀS “ALDEIAS-ARQUIVOS”

No presente capítulo trago ao leitor os caminhos e os percalços que me levaram a analisar os documentos que compõem treze processos judiciais, envolvendo as disputas em territórios catarinenses de três sujeitos: Madalena¹ *versus* Naum (e vice-versa) e Agnes *versus* Naum (e vice-versa). Das treze disputas que direta ou indiretamente discutem a temática do antigo “pátrio poder” e atual “poder familiar”² na área cível³ e criminal, dez já se encontram finalizadas com um veredicto imutável, e as outras três ainda estão em desenvolvimento. Além deste material documental, optei por me debruçar sobre seis “acórdãos”⁴ cíveis e criminais, julgados pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC). Mas, por que não analisei os processos vividos por Madalena, Agnes e Naum em sua íntegra? Quais foram os motivos que me levaram a analisar também os julgamentos do Tribunal catarinense? Essas e outras questões aqui serão abordadas, aliadas a duas inquietações pontuais.

A primeira residiu no fato de eu ter optado por fazer uma etnografia em aldeias de arquivos de documentos judiciais, cujos desafios me pareciam maiores do que se tivesse me predisposto a acompanhar as audiências e a entrevistar as partes envolvidas nos processos, pois tradicionalmente a pesquisa com arquivos é uma tarefa para os historiadores, e não para os antropólogos.

¹ - Todos os nomes de meus informantes e de minhas interlocutoras são fictícios. Decidi adotar essa prática frente aos pedidos de minhas interlocutoras que não desejaram ser reconhecidas. Adiante esclareço melhor outros recursos do anonimato.

² - Independentemente das distinções nativas que separam o pátrio poder do poder familiar, ambas as categorias refletem geralmente os direitos e os deveres dos pais e das mães em relação aos seus filhos, tidos legalmente como “menores”, isto é, sobre aqueles que não alcançaram a idade da “maioridade” – de dezoito anos – fixada no atual Código Civil.

³ - No dicionário jurídico, cível é definido como:

(...) derivado do *civilis* latino, com a mesma significação de civil, aplica-se para distinguir as ações, que se fundam, precipuamente, no Direito Civil, e os juízes ou tribunais, a quem as mesmas se confiam, em oposição às expressões comercial e criminal (DE PLÁCIDO E SILVA, 1967:340).

⁴ - Termo jurídico que se refere aos julgamentos proferidos pelos Tribunais de Justiça brasileiros, que também são denominados vulgarmente de tribunais recursais. Se os acórdãos são decisões redigidas por juízes conhecidos como “desembargadores”, as sentenças são redigidas pelos juízes “monocráticos” ou “singulares”, isto é, são aqueles que têm contato direto com as partes envolvidas nas disputas judiciais, e que, em primeiro lugar decidem a causa.

A segunda inquietação convergiu para a escolha de materiais produzidos pelo Judiciário, como foco de análise. Em meio à constante tensão pessoal de tentar tornar exótico o que para mim sempre foi familiar, a inserção do antropólogo nesse campo, traz a reboque delicadas reflexões éticas que passam tanto pela dificuldade de entrada no Judiciário, quanto pela postura do antropólogo frente ao material coletado.

Para começo de conversa, inicio pelas características da antropologia e pelo método que a singulariza: a etnografia.

Mariza Peirano em “Uma Antropologia no Plural” (1992:12) caracteriza este campo de produção do saber científico como resultante da conjugação de três termos: universalidade, comparação e etnografia. Marshall Sahlins em uma de suas obras, intitulada: “Esperando Foucault, ainda” (SAHLINS, 2004), de maneira instigante e irônica, no ensaio “ético e êmico” afirma que a “etnografia é antropologia, ou não é nada” (idem: 17).

Se por um lado há tendências teóricas que esgotam a antropologia na etnografia (ibidem: 16-17), por outro, há aquelas que investem no contrário. Todavia, independentemente da preocupação de ser a antropologia o englobante, e a etnografia a englobada (ou vice-versa), resta algo notório entre tais correntes: ambas, antropologia e etnografia mantêm relações que extrapolam o mero flerte, pois andam quase sempre de mãos dadas.

Sem a pretensão de definir os limites que separam a antropologia de outras disciplinas, procurarei neste momento suscitar os contornos do método etnográfico, e dessa reflexão levantarei algumas indagações – já que não tenho respostas prontas, sobre ética na pesquisa antropológica. Farei esta discussão, sobretudo, a partir do meu próprio campo que se resume a discursos postos em processos judiciais, cujos informantes em sua maioria desconheço, e, então com os quais não interagi a ponto de observar e de interpretar a diferença entre piscadelas, tiques nervosos e códigos de comunicação. Tudo ou quase tudo se reduz a documentos que não foram produzidos sob as minhas observações, forçando-me a deparar com a arquivista “(uma função bastante desprezada da antropologia)”. (GEERTZ, 2003:12).

Enfim, o objetivo de problematizar os métodos em antropologia (ou simplesmente de discutir metodologia), não me leva apenas a justificar ⁵ a existência do fazer antropologia sem sua principal particularidade, qual seja: a etnografia com imersão prolongada do pesquisador em um bairro, em uma instituição ou em um lugar. Leva-me, sobretudo, a refletir acerca das próprias limitações da antropologia em uma perspectiva clássica/tradicional, quando o meu campo se faz sem que eu tenha mergulhado de fato em um lugar. Acredito que frente a esta dificuldade sentida por mim (nesta tese), e há décadas por outros antropólogos, torna-se imprescindível o diálogo com outras metodologias.

I. 1. Particularidades da pesquisa antropológica

No início do século XX, Bronislaw Malinowski, em pesquisa realizada entre os trobriandeses da Nova Guiné, grafou seu nome na história da disciplina antropológica. Criticado por muitos face à inexistência de reflexões analíticas em seus escritos sobre a citada sociedade “primitiva”⁶, Malinowski continua sendo um dos antropólogos mais citados nos capítulos voltados às discussões metodológicas, seja na disciplina antropológica, seja em outras disciplinas fora ou dentro das humanidades.

Ao lado da expressão “observação participante”, quase sempre se encontra remissão ao nome de Malinowski, que em sua principal obra afirmara ser “enorme a diferença entre o relacionar-se esporadicamente com os nativos e

⁵ - A justificativa surge como necessária na medida em que a presente tese é produzida sob a condição de aceitação em um campo acadêmico e disciplinar, cujos pressupostos são explicitados e devem ser atingidos.

⁶ - Remarco a famosa crítica de Claude Lévi-Strauss (1975:26-28):

(...) Pois dizer que uma sociedade funciona é um truísmo; mas dizer que tudo, numa sociedade, funciona é um absurdo. (...) E sobre o estado da sociedade em geral, e acerca da infinita diversidade dos usos e costumes, quando somos deixados diante desta proposição: “as necessidades orgânicas do homem (o autor enumera: alimentação, proteção, reprodução) fornecem os imperativos fundamentais que conduzem ao desenvolvimento da vida social”? Estas necessidades são, no entanto, comuns ao homem e ao animal. Poder-se-ia também acreditar que uma das tarefas essenciais do etnógrafo fôsse descrever e analisar as regras complicadas do casamento nas diversas sociedades humanas, e os costumes que a elas se ligam. Malinowski a contesta: “Para ser franco, eu diria que os conteúdos simbólico, representativo ou cerimonial do casamento têm, para o etnólogo, uma importância secundária... A verdadeira essência do ato do casamento é que, graças a uma cerimônia muito simples ou muito complicada, ele dá uma expressão pública, coletivamente reconhecida, ao fato de que dois indivíduos entram no estado matrimonial”. Por que então ir às tribos longínquas? E as 603 páginas da *Sexual Life of Savages in North-Western Melanesia* valeriam grande coisa, se fosse este todo o seu ensinamento?

estar efetivamente em contato com eles” (1978 [1922]: 21). Ademais, para o referido pesquisador:

(...) na etnografia, o autor é, ao mesmo tempo, o seu próprio cronista e historiador; suas fontes de informação são, indubitavelmente, bastante acessíveis (...); não estão incorporadas a documentos materiais fixos, mas sim ao comportamento e memória de seres humanos (idem: 18-19).

Mas, afinal ou no final das contas, no que consiste a referida observação participante, legado do pesquisador polonês radicado em território inglês?

De antemão, esclareço (por vivência própria) que não há manuais de instruções responsáveis pela descrição passo a passo de como se faz uma etnografia. Apreende-se: lendo e aprende-se fazendo. Trivial dualidade: prática e teoria. De qualquer forma, há “um antes”, “um durante” e “um depois” ou se preferirem, “um ritual de passagem” que Roberto da Matta (1982) empresta de Arnold Van Gennep, para definir os contornos da observação participante ou do “trabalho de campo” etnográfico empreendido em lugares. E, passíveis de aproximações para aqueles campos cujos mergulhos do antropólogo são feitos em meio às poeiras de arquivos.

Seguirei a expressão de ritual sugerida por Da Matta⁷ para incitar breves reflexões a respeito da produção, seja do campo etnográfico, seja, então, da etnografia em si. Ao longo desse diálogo estabelecido com o artigo de Da Matta, procurarei suscitar os “**nós**” que se impõem aos antropólogos que (como eu) optaram, por pesquisar em arquivos, e como se não bastasse, cujos conteúdos são resguardados por sigilo Estatal/legal. Assim, quando não fizer quaisquer especificações à expressão etnografia, entenda-se “etnografia em lugares” ou “tradicional/clássica”.

“**Antes**” de chegar e mergulhar na aldeia, o antropólogo depara-se com algumas questões que compõem a etnografia, a saber: escolha do objeto, leituras de monografias direcionadas, aprendizado da língua de seus “nativos”, e preparativos que antecedem à viagem. Afora o aprendizado da língua e as leituras de monografias direcionadas – tarefa eminentemente abstrata, mas indispensável para que *insights* em campo surjam, todos os demais itens (escolha

⁷ - Sem que a sugestão de um antes, durante e depois siga as fases do ritual de passagem formuladas por Van Gennep.

de objeto e preparativos para a viagem) constituem o primeiro contato do pesquisador com suas emoções e/ou subjetividades, mesmo que de maneira inconsciente (quero dizer: não elaborada ou sistematizada).

Anthony Seeger, no início da década de 70, ao explicitar os motivos que o levaram a estudar os índios Suyá no Brasil, justifica sua escolha por dois vieses. Um deles de cunho teórico, isto é, frente às escassas pesquisas existentes optou pelos Suyá do Brasil central, e o outro pessoal:

Eu achava o Brasil central um lugar fascinante, desde minhas aulas de Geografia no quinto ano primário. Os animais estranhos, o número abundante de insetos e as pequenas sociedades me fascinavam. Pessoalmente, prefiro pequenos grupos de pessoas e não me sinto à vontade em grandes aglomerações, sendo capaz de passar muitos meses numa área remota, mais contente do que se tivesse de pesquisar a assistência dos jogos de futebol, por exemplo. Há um elemento de escolha pessoal em todos os trabalhos de campo (SEEGER, 1980:26).

De fato elas são pessoais, e arbitrárias. Perante esse truísmo, compartilho que minha escolha também foi pessoal, seja porque enquanto advogada me intrigava a compreensão distanciada de como os discursos jurídicos produziam e se produziam enquanto lógicas particulares (ou não), seja porque enquanto antropóloga/advogada me intrigava a maneira como determinados discursos acadêmicos (jurídicos e antropológicos) naturaliza(va)m a condição social de mulheres/mães⁸ como indiscutíveis guardiãs de suas proles.

Assim, recordo-me como se fosse hoje, as reações angustiadas e revoltadas, quando em simpósios e congressos, eu comunicava à platéia acerca dos “discursos de autoridade” (BOURDIEU, 1998) utilizando para tanto, um acórdão gaúcho sobre “estupro intra-familiar”. Nessas apresentações costumava descrever o julgamento, e logo após, em simplificadas explicações, mostrava como um juiz fazia para sentenciar: primeiro detinha um conhecimento do que era ou não era classificado como crime no Código Penal, portanto, sabia a distinção entre, por exemplo, “atentado violento ao pudor” e estupro, e segundo, após entrar em contato com todos os fatos trazidos ao processo, ora pelo advogado, ora pelo promotor, ora pelos peritos, ora por sua interferência, enquadrava (ou não) os fatos às classificações previstas no Código Penal Brasileiro.

⁸ - Adiante retomo essa discussão, ao pormenorizar as modificações empreendidas ao longo do doutoramento quanto ao encontro com o meu objeto de pesquisa.

Quanto às distinções entre estupro e atentado violento ao pudor, restringia-me a dizer para a platéia que nesse não havia “conjunção carnal” – definição médica que retrata a penetração do pênis na vagina, mas outras formas de violências sexuais, tais como: “penetração anal”, “sexo oral”, etc. Feitas estas considerações e descrito o julgamento em detalhes para os ouvintes (omitindo o “voto” de “condenação” ou de “absolvição” dado pelos desembargadores do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul - TJRS), propunha que eles em poucos minutos elaborassem mentalmente o veredicto fictício para o julgamento antes lido.

As indignações e revoltas da platéia surgiam no momento seguinte ao veredicto por eles concedido, isto é, justamente no momento em que após escutar quais seriam os seus julgamentos se fossem juízes(as), eu lia aquele que realmente ocorreu. Nesse, a mãe biológica que segurava a filha de sete anos para que o pai biológico pudesse estuprá-la, foi absolvida pelo “fato óbvio” de não deter um pênis, e, por conseguinte, inexistir crime na situação narrada. Para o “juiz togado” (ou de “carreira”⁹) que decidiu a questão em tela, as mulheres não poderiam ser estupradoras; uma conclusão dedutiva óbvia para aqueles julgadores que não simbolizam a figura fálica do pênis. Platéia e narradora se sentiam revoltadas, e não demorou muito para que a minha própria revolta (ou à época um incômodo misturado a um “etnocentrismo”) se tornasse objeto de estudo, ao lado do meu desejo de compreender como as lógicas dos discursos processuais de produção de verdades e de provas são realizadas.

Vê-se que a subjetividade do antropólogo aparece já na própria escolha do objeto, tenha ele optado por mergulhar em arquivos, tenha ele optado por mergulhar em lugares. Rachel Aisengart Menezes (s/d) ao pesquisar em seu doutoramento, pacientes em estados terminais com câncer em UTI’s de um hospital no Rio de Janeiro, assinala a aproximação entre a antropologia e a psicanálise.

Como aprendiz do ofício da psicanálise e da antropologia, não tenho dúvidas sobre a conexão entre a história pessoal do pesquisador e a escolha do seu objeto de investigação. Assim, considero serem focos de atenção e reflexão inerentes à elaboração da pesquisa, os sentimentos do pesquisador e as reações despertadas pela escolha de objeto.

⁹ - Diz-se daqueles que são concursados, diferentemente dos “juízes leigos ou conciliadores”.

Muito embora, não seja meu objetivo aprofundar essa nuance importante da subjetividade do pesquisador, presente na escolha do objeto, a trago à cena, pois o *métier* antropológico (ou do “fazer antropologia”) é permeado pela subjetividade do antropólogo, em especial quando ele chega em terras distantes (reduzidas ou não a documentos). Rodeado por nativos em territórios exóticos, a produção etnográfica dá-se mediante a sucumbência do antropólogo às “tentações da subjetividade”, há trinta anos assinalava a pesquisadora francesa Jeanne Favret-Saada em seu clássico “Les mots, la mort, les sorts” (1977). Em recente entrevista concedida à Sciences Humaines, Favret-Saada afirma:

De tous les pièges qui menacent notre travail, il en est deux dont nous avons appris à nous méfier comme de la peste : accepter de participer au discours indigène, succomber aux tentations de la subjectivité. Non seulement il m'a été impossible de les éviter, mais c'est par leur moyen que j'ai élaboré l'essentiel de mon ethnographie (FAVRET-SAADA, 2006 :54).

Subjetividades pinceladas, parto para a partida (redundâncias à parte) do antropólogo ou sua chegada em campo, que inaugura o que denomino de “**durante**” (no) do ritual de passagem.

O que denomino de **durante** equivale ao que Da Matta denomina de fase “existencial ou pessoal”. “É vivenciando esta fase que me dou conta (e não sem susto) que estou entre dois fogos: a minha cultura e uma outra, um mundo e outro” (1982:25). Neste ponto, que acredito ser fundamental, é que reside a peculiaridade da antropologia e seus contornos metodológicos em relação às demais disciplinas, bem como os (possíveis) limites que separam dois trabalhos de campo desenvolvidos na área da antropologia. Um deles realizado através da imersão em lugares e outro realizado através da imersão em documentos/arquivos. Para aqueles que (como eu) optaram pelo último, penso que comparações em relação à etnografia com imersão em lugares podem ser feitas, mas não sem o risco de certos reducionismos. Serei mais clara, retomando o diálogo com Da Matta e outros teóricos.

Se é possível e permitido uma interpretação, não há dúvida de que todo o anedotário referente às pesquisas de campo **é um modo muito pouco imaginativo de depositar num lado obscuro do ofício os seus pontos talvez mais importantes e mais significativos**. É uma maneira e – quem sabe? – um

modo muito envergonhado de não assumir o lado humano e fenomenológico da disciplina com um temor infantil de revelar o quanto vai de subjetivo nas pesquisas de campo, **temor esse que é tanto maior quanto mais voltado está o etnólogo para uma idealização do rigor nas disciplinas sociais.** Numa palavra, é um modo de sentir o que a Dra. Jean Carter Lave denominou, com rara felicidade, numa carta de campo, o anthropological blues (idem: 27). **(Negritos meus).**

Pitadas de subjetividade acrescentadas a “um modo de sentir” modelam as experiências únicas vividas pelos antropólogos que mergulham em um dado lugar – de preferência exótico aos seus próprios “habitus”¹⁰. Sob tal raciocínio, Ruth Cardoso, suscita a partir da subjetividade do pesquisador imerso em determinados lugares, o diálogo aprofundado entre metodologias interdisciplinares:

Este ponto é importante porque o resgate da subjetividade como instrumento de trabalho não deve ser justificado para a indefinição de limites entre ciência e ideologia e, portanto, não devem servir de desculpa para repor a velha oposição entre verdade e mistificação. A relação intersubjetiva não é o encontro de indivíduos autônomos e auto-suficientes. É uma comunicação simbólica que supõe e repõe processos básicos responsáveis pela criação de significados e de grupos. **É neste encontro entre pessoas que se estranham e que fazem um movimento de aproximação que se pode desvendar sentidos ocultos e explicitar relações desconhecidas.** A prática de pesquisa que procura este tipo de contato precisa valorizar a observação tanto quanto a participação. Se a última é condição necessária para um contato onde afeto e razão se completam, a primeira fornece a medida das coisas. Observar é contar, descrever e situar os fatos únicos e os cotidianos, construindo cadeias de significação. **Este modo de observar supõe, como vimos, um investimento do observador na análise de seu próprio modo de olhar. Para conseguir esta façanha, sem se perder entrando pela psicanálise amadorística, é preciso ancorar as relações pessoais em seus contextos e estudar as condições sociais de produção dos discursos. Do entrevistador e do entrevistado** (CARDOSO, 1986: 103). **(Negritos meus).**

Driblar as “psicanálises amadorísticas” em meio ao “encontro entre pessoas que se estranham e que fazem um movimento de aproximação”, é o que proporciona ao antropólogo desvendar “sentidos ocultos e explicitar relações desconhecidas”. Assim, se esse é um mérito (*a priori*) da pesquisa com mergulhos em terras nunca (ou já) antes desbravadas, há que se ressaltar que o

¹⁰ - Para Geertz, por exemplo, essa experiência única vivida naquele dado momento da realização dos seus trabalhos de campo – em Marrocos, Bali ou Java, traz consigo *a posteriori* uma grande vantagem ao expô-la em meio à seara acadêmica (ou não), pois “sejam quais forem seus defeitos, tem pelo menos a virtude de ser meu – o que, em discussões deste tipo, não deixa de ser uma nítida vantagem” (GEERTZ, 2003:89).

referido encontro de subjetividades requer uma “**fusão de horizontes**” (CARDOSO DE OLIVEIRA, 1995: 223), igualmente presente nas pesquisas com mergulhos em documentos nunca (ou já) antes tateados e folheados.

Portanto, nessa fusão de horizontes o pesquisador apenas abre espaço à perspectiva do Outro, sem abdicar da sua, uma vez que o seu esforço será sempre o de traduzir o discurso do Outro nos termos do próprio discurso de sua disciplina (idem: 223) ¹¹.

Por conseguinte, a “tradução” ¹² operada pelo antropólogo na escritura (ou na fase ritual que denomino de “**depois/após**”¹³), somente é possível quando esse guia suas observações acerca do outro (cristalizado em documentos ou movimentando-se à sua frente), através dos “conceitos de experiência-distante” apreendidos na ou com a disciplina antropológica. Diferentemente dos “conceitos de experiência-próxima” que fazem com que os etnógrafos não percebam o que seus informantes são capazes de perceber, os conceitos denominados de experiência-distante o possibilitam perceber “(...) “com que”, ou “por meios de que”, ou “através de que” (ou seja lá qual for a expressão) os outros percebem” (GEERTZ, 2003:89). De maneira convergente à explicitada por Geertz, pode-se dizer que o que difere a visão de um etnógrafo para outros profissionais, independentemente se o mergulho é feito em lugares ou em documentos, é o exercício de observação que inclui “a discussão do lugar do olhar” (LEITE, 1996:98).

Em síntese, nada garante que o antropólogo mergulhado em terras estrangeiras (ou distantes) e familiares de seus “habitus” realize uma etnografia, caso seu olhar não seja domesticado pelos conceitos formulados pela sua

¹¹ - Resultado da proparlada “comparação” como característica da disciplina antropológica.

¹² - Tanto a tradução realizada pelo antropólogo quanto aquela que mencionarei adiante realizada pelos operadores do direito (em especial pelos advogados), não diz respeito à suposição de que há possibilidade de se realizar uma transposição literal de significados, a partir do que se escuta, se observa ou se lê.

¹³ - Para os adeptos da “etnografia pós-moderna”, tal como Stephen Tyler, a etnografia somente se concretiza ou se realiza no momento da escrita (obedecendo ao sufixo de sua própria terminologia). Assim, além da etnografia não se confundir com observação participante, pode-se dizer que:

Pero, ¿qué hay a propósito de la experiencia del etnógrafo? Seguramente, para todos es común el sentir que la etnografía ha de ser un recuento, un acopio de experiencias. Pero la cosa no estriba en el mero recuento, un acopio de experiencias. Pero la cosa no estriba en el mero recuento; no se trata de acumular datos. La experiencia sólo alcanza categoría de tal sólo en el hecho de escribir, en la escritura etnográfica. Antes de ello, antes de la escritura, no hay sino un conjunto de acontecimientos deslabazados (1991: 202).

disciplina. O mesmo deve ser estendido aos antropólogos imersos em documentos, ora em relação ao distanciamento no tocante à temática analisada (por mais familiar que lhe seja), ora em relação à apreensão dos “conceitos de experiência-distante”. Todavia, para estes últimos, forçosa se faz a apreensão de outras metodologias, à medida que com arquivos restam apenas os ditos em falas, em gestos e em silêncios de nossos informantes sem a interação dialógica com o pesquisador. (*Métier* legado, em geral, aos historiadores e aos filósofos). Detalhe: ao analisar processos e acórdãos judiciais, os silêncios ou as omissões nem sempre ou quase nunca são apreensíveis aos olhos do pesquisador.

I. 2. O diálogo metodológico com outras disciplinas

No que diz respeito às acima mencionadas aproximações comparativas entre a pesquisa de campo antropológica realizada com imersão em lugares, e aquela realizada com imersão em documentos, destaco duas visões (que não são as únicas) interessantes e distintas entre si.

A primeira é a desenvolvida pelo antropólogo Sérgio Carrara, em sua dissertação de mestrado, na qual ao trabalhar com o aparecimento de manicômios judiciários na passagem do século XIX para o XX, fez de seu campo documental “aldeias-arquivos”. Ciente das distinções entre as pesquisas antropológicas tradicionais e as realizadas sob os domínios “históricos”, Carrara tece considerações que aproximam e distanciam ambas.

Bons ou maus, os “informantes” de uma pesquisa em perspectiva histórica são completamente avessos às nossas súplicas, e nem nossos “belos olhos”, nem nossas “miçangas” têm o poder de seduzi-los. Rebeldes, eles não se prestam a fazer nada além do que já fizeram, e da maneira como lhes foi possível fazer. E esse “possível” se apresenta como um outro limite que incomoda. Diferentemente dos antropólogos tradicionais, não temos conversas gravadas, muitas vezes confidências que a exterioridade de um pesquisador estrangeiro permite e até convida. Em vez disso, temos geralmente atos verbais escritos na forma de depoimentos, análises, descrições, petições, ofícios, notícias, etc. **Ora, sabemos que o ato de escrever em nossas sociedades letradas – signo distintivo de sua “civilização” – é cercado de complicados condicionantes e aquilo que escrevemos raramente é o que diríamos oralmente e muito menos o que efetivamente pensamos.** (...) quem trabalha com dados históricos tem, portanto, que enfrentar um material empírico que, além de fragmentado, é irremediavelmente limitado em seu conteúdo e em sua forma. Pode-se argumentar que, de um modo ou de outro, as mesmas questões aparecem em pesquisas classicamente antropológicas. **Não discordo. Porém, elas se tornam mais inquietantes e, principalmente, mais incontornáveis quando**

observamos o passado, quando não mais podemos ser as “testemunhas oculares” dos fatos que nos interessam. É claro que para os obsessivos tudo isso pode não ser propriamente um problema... (CARRARA, 1998: 54-55). (Negritos meus).

Não diria para os “obsessivos”, mas quanto às comparações entre pesquisas com e sem perspectiva histórica (com imersão em lugares e/ou em documentos), e, ambas, sob o enfoque antropológico, acrescento que a grande dificuldade ou nó pode se estabelecer quando para nós, pesquisadores ou ratos de arquivos, nos faltam os ditos e os feitos de nossos informantes que são captados e anotados, geralmente, a partir das observações aliadas à interação com eles.

Uma coisa é a tradução realizada pelo pesquisador que imergiu no manicômio judiciário ou mesmo nas salas de audiência, outra é a tradução que ele fará sem esta imersão (nos lugares), pois é a primeira delas que tende a distinguir entre os ditos e os silêncios daqueles que propagam discursos, bem como, é ela que distingue se a piscadela é um ato comunicativo ou se é um tique-nervoso. É ela que age como uma lente objetiva capaz de fotografar em detalhes coisas, cheiros, sensações, cores, gestos, que nenhuma máquina fotográfica (digital) poderia registrar, exceto seu caderno de anotações. Todos estes registros compõem o grande quebra-cabeça do contexto onde ao sentir à flor da pele meses a fio o cotidiano daqueles que tenta compreender, o antropólogo acaba por se compreender (contextos de sua sociedade) tanto nesse processo de estadia, quanto no processo pós-campo, durante o qual está redigindo, graças à distinção que ele próprio opera entre conceitos de experiência-próxima e distante.

Como bem coloca Miguel Vale de Almeida (*apud* GEERTZ, 1991) na nota de apresentação da tradução portuguesa de Negara:

Geertz defende que a descrição etnográfica deve ser interpretativa: ela interpretará o fluxo do discurso social, consistindo numa tentativa de recuperação do dito desse discurso, através da escrita e fazendo-o a um nível microscópico. Trata-se de um verdadeiro projecto de etnografia, em que esta é vista já não como colecção de dados supostamente neutros (os dados “brutos”, a recolha “primária” e outras tantas ilusões objectivistas), mas como experiência intersubjetiva do antropólogo com os informantes, mais tarde transposta a escrito por mecanismos da retórica (idem: 1991: IX).

Note-se, porém, que a recuperação destes cheiros, sensações, cores, dentre outros, impregnados nos ditos e nos silêncios produzidos e produtores dos discursos sociais, com ou sem a interação do antropólogo, requer tanto o domínio dos conceitos de experiência distante e próxima, quanto o exercício de seu “deslocamento/distanciamento/aproximação” (LEITE, 1996:14) no momento da consumação da etnografia em si: a escritura. De mais a mais, os discursos dos quais emanam emoções, feitos, ditos, estejam eles nos arquivos ou *in lócus*, refletem “representações de representações de representações” (idem: 14).

A segunda visão também apresenta um viés histórico, mas, ela articula tanto o campo baseado nas aldeias-arquivos, quanto o campo baseado na observação e na interação do antropólogo com seus interlocutores. Nesse caso, os informantes dos arquivos (históricos) podem dizer mais do que já disseram, pela voz da lembrança dos interlocutores com os quais o antropólogo convive e interage. Refiro-me, a título de ilustração, a dois trabalhos antropológicos, um de Ilka Boaventura Leite, e o outro de Clifford Geertz.

As especificidades do trabalho antropológico na seara das perícias judiciais, e, então, da produção de laudos (para maiores esclarecimentos consultar BECKER, 2005), dizem respeito às próprias reflexões particulares que afetam seus aspectos metodológicos. Sob esse prisma, Leite (2002) de maneira concisa nos adverte para a pluralidade de métodos por ela empregados na confecção de um laudo judicial/administrativo, envolvendo a aquisição de propriedade por parte de quilombolas na Comunidade de Casca/RS. Assim, o pesquisador, segundo Leite, confronta-se em meio à sua etnografia: com a sua própria imersão *in lócus*; com a coleta de documentos “históricos”, e, obviamente, com a observação e com a escuta das lembranças de seus informantes. Em suma:

Se a noção de passado fosse o da ciência histórica convencional, apenas uma pesquisa na literatura e nos documentos coloniais, eclesiásticos e administrativos seria capaz de elucidar o processo de constituição da Comunidade de Casca. Divergindo um pouco da expressão “**presente etnográfico**”, falaria mais de um “**passado etnográfico**”, de algo que não é o passado nem o presente histórico. É aquele extraído do diálogo com a memória, do pesquisador com os documentos e com os seus entrevistados. Há um passado que é intensamente valorizado nos laudos e que se revela nos depoimentos daqueles que vivem na atualidade e cujas lembranças compartilhadas formam um conjunto de representações sobre quem são, de onde vieram e tudo aquilo que é filtrado pela memória social, que vai sendo selecionado pelo próprio grupo. Esse “trabalho de memória”, como bem

demonstrou Godoi (1999), é o que fornece sentido à leitura dos documentos, pois é um saber que se constitui em diálogo com os mortos pelos vivos, na seleção dos acontecimentos relevantes, na sua transformação em “senso comum”. Esta leitura deve ser valorizada nos laudos por situar-se na interação, no cotidiano, nas próprias experiências vividas (idem: 35). **(Negritos meus)**.

Para além do carácter de intervenção do antropólogo, vê-se que o trabalho com arquivos pode ser mesclado com o da observação participante, quando o próprio objeto de pesquisa assim nos favorece. Portanto, diferentemente do apontado por Carrara (e quiçá por mim), aqui a “descoberta etnográfica” se faz nos moldes mais clássicos, tal como conceitua Da Matta (1982), enfatizando a relação do antropólogo com seus informantes:

(...) no momento mesmo que o intelecto avança na ocasião da descoberta – as emoções estão igualmente presentes, já que é preciso compartilhar o gosto da vitória e legitimar com os outros uma descoberta. (...). E aqui se coloca novamente o paradoxo da situação etnográfica: para descobrir é preciso relacionar-se e, no momento mesmo da descoberta, o etnólogo é remetido para o seu mundo e, deste modo, isola-se novamente (idem: 32-33).

De maneira similar à realizada por Leite, Geertz (1991) reconstitui a existência do Estado-teatro balinês, reduzido à lembrança, desde a virada do século XIX. Na referida empreitada voltada à descrição e interpretação das relações mais micro e mais macroscópicas envolvendo a produção dessa instituição, e, por conseguinte, da política como uma ação simbólica, o antropólogo utiliza a conjugação dos métodos histórico e etnográfico.

Quanto aos métodos históricos, Geertz concentra seus esforços naqueles que destacam certos acontecimentos (creio que os mais relevantes¹⁴), bem como, que se encontram relacionados a processos de mudanças político-sociais. Quanto ao método etnográfico, frente à impossibilidade de poder transportar-se com auxílio de uma máquina do tempo para o século XIX, depreende-se da leitura de sua obra, ter sido realizado a partir de suas imersões em Bali, no final da década de 50. Assim, o trabalho com a sua memória e com a dos seus informantes se fez presente igualmente, mesmo que tais observações tenham sido realizadas em

¹⁴ - Seguindo o que ele próprio desenvolve em outra obra (GEERTZ, 2003) sob a denominação de “categorias lingüísticas”. Nessa, a tendência é a do antropólogo “concentrar-se em palavras-chave que, quando têm seu significado decifrado, iluminam toda uma forma de viver no mundo” (idem: 235).

momentos sócio-históricos distintos daquele analisado pelo antropólogo. Artifícios necessários, ao menos para o próprio pesquisador.

I. 3. Dos meus percalços e escopos metodológicos

Com base nesta breve revisão bibliográfica, vê-se que o fazer antropologia se caracteriza por uma fusão de horizontes, através da qual o pesquisador distancia-se, aproxima-se e desloca-se em meio aos arquivos, às ruas, aos departamentos institucionais. Nesse tocante, minha missão se fez possível (admito que em muitos momentos sentia-me envolta em uma missão impossível), graças à eleição de alguns caminhos.

O **primeiro passo** foi retomar o contato com a linguagem técnica do direito. Assim, por mais que durante dez anos de minha vida tenha me dedicado ao ofício do direito, enquanto estudante e depois advogada, as legislações e as suas interpretações, em especial aquelas contidas nos processos que analiso, modificaram de 2000 para cá.

Paralelamente, necessitava eleger meios para que o máximo de distanciamento¹⁵ pudesse estabelecer do *métier* advocatício por mim desenvolvido, e, que pressentia poder impregnar-se em minhas análises/interpretativas, ao interagir com os documentos processuais produzidos por meus informantes advogados, juízes ou promotores. Admito que algumas vezes ao (re)ler o material coletado, antes mesmo de fichá-lo, a Simone advogada concluía: essa estratégia adotada pela advogada de tal pessoa foi a “errada”, como se eu estivesse (e estava) julgando as ações observadas nos processos. A opção de aniquilar tal Simone tornava-se inviável, portanto, a saída encontrada, foi tentar levá-la ao oftalmologista/antropólogo para que lentes outras pudessem ser nela colocadas a fim de corrigir seus olhares mais “etnocêntricos”.

Deixando as metáforas ou as figuras de linguagem em segundo plano, decidi em 2005 ingressar na Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina (ESMESC), na qualidade de aluna e não de antropóloga. Isto é, não tive

¹⁵ - Sinônimo também de “estranhamento”, pode-se dizer com base em Cláudia Fonseca (1995), que reflete menos as “andanças em lugares exóticos”, e, mais a “desconfiança diante de receitas fixas, esta sensação de que, diante de cada experiência, é necessário construir uma nova análise” (idem: 23).

a intenção de realizar uma pesquisa de campo em tal instituição ¹⁶, mas de estar inserida durante doze meses, diariamente nesse ambiente, para me submeter como qualquer aluno ao intensivo treinamento de aperfeiçoamento rumo ao ingresso na carreira da magistratura. Por mais que também não tivesse quaisquer intenções de estar me preparando para um concurso público.

Ao todo, cursei as disciplinas de Direito Penal I e II, Direito Civil I, Direito das Coisas, Direito das Obrigações, Direito de Família, Lei de Execuções Penais, Direito Comercial I e II, Direito Tributário, Direito Processual Civil I e II, Direito Processual Penal I e II, Direito do Consumidor, e, finalmente, Estágio de Juiz Conciliador, Prática de Sentença Penal e Cível. Com todo esse percurso, experimentei emoções mil, fossem elas categorizadas como ruins ou boas. Não importa, o fato é que ao término do curso quando minhas sentenças eram corrigidas e discutidas pelos professores/desembargadores do TJSC, conseguia olhar para o papel e experimentar o que é “sentir-se um juiz”, por mais que as audiências que eu tenha presidido na “qualidade de”, ou as sentenças de casos hipotéticos que tenha feito, não passassem de um “como se fosse” uma juíza togada, mas não era. Novamente, não importa, pois experimentei da maneira como me foi possível à época, sentir à flor da pele qualquer outra condição que não a de advogada. E mais: nesse “experimento” – parafraseando Geertz, pude retornar para a sistematização de meus arquivos (documentos) processuais – objeto da presente tese, tanto de uma forma menos parcial enquanto advogada praticante que fui; quanto mais familiarizada com a linguagem jurídica, seja no tocante às novas tendências interpretativas emergentes nos últimos anos, seja no tocante às novas legislações nacionais que foram analisadas pelos meus professores, em sua maioria, desembargadores e juízes de Santa Catarina. Dessa forma, esclareço para encerrar **meu primeiro passo** que as legislações compiladas, as doutrinas ¹⁷ consultadas e analisadas, e, outros complementos

¹⁶ - Por mais que me apresentasse para todos que lá estavam como doutoranda em antropologia, e quando questionada sobre minha pesquisa procurava explicá-la em pormenores.

¹⁷ - São produções teóricas escritas por profissionais do Direito que acabam por conceder uma interpretação às leis existentes e promulgadas pelo Poder Legislativo. Portanto, as doutrinas são referenciais interpretativos importantes para o julgamento de um caso, pois como veremos adiante, os juízes ao decidirem os processos utilizam não apenas as leis, mas outros julgamentos já existentes sobre a temática – jurisprudências – e as doutrinas.

dos processos aqui interpretados e descritos, foram sistematizados graças também a esta passagem pela citada Escola ¹⁸.

O **segundo passo** rumo à produção do campo convergiu para a própria seleção dos processos a serem analisados, e, para o amadurecimento do que denomino de “percalços” da pesquisa antropológica. A saber: a problematização do “segredo de justiça¹⁹” em seus aspectos metodológicos, e a reflexão sobre a escritura etnográfica que se baseia em “**dados brutos omitidos**”. Portanto, dos problemas éticos que cercam as produções antropológicas em searas vinculadas ao Direito e à Medicina.

Os **treze processos** sistematizados, descritos e interpretados que formam o objeto de minha análise, foram obtidos após o contato estabelecido com Madalena e Agnes, que são as mulheres/personagens destes conflitos judiciais. Ao todo, Madalena protagonizou na condição de autora e de ré, dez processos contra Naum, seu ex-marido, com quem teve três filhas. Agnes, uma dessas filhas, vivencia enquanto autora e ré, três litígios contra seu pai, Naum.

Lego ao acaso e às minhas redes de sociabilidade ter conhecido estas interlocutoras que, ao receberem explicações via e-mail ou pessoalmente sobre a pesquisa, se disponibilizaram a dela participar. Em sucintas palavras, já que adiante retomo em pormenores como as conheci, Madalena e Agnes me concederam de seus arquivos pessoais as fotocópias dos processos que viveram e vivem contra Naum. Como os processos não foram xerocados na íntegra, ambas se prontificaram ora a me conceder procuração para que enquanto advogada eu pudesse acessá-los nos cartórios, ora a me colocar em contato com seus advogados/as. Quanto a esse dilema, como na seqüência veremos, decidi restringir o material coletado aos arquivos pessoais processuais por elas mantidos. De igual maneira, não utilizei as longas horas de conversas gravadas com Madalena, nas quais expôs suas verdades em relação aos conflitos

¹⁸ - Para os leitores que buscam maiores informações sociológicas a respeito destas Escolas, aconselho a consulta aos trabalhos de Luiz Wernneck Vianna et al. (1997).

¹⁹ - Apenas para situar o leitor, haja vista que adiante retomo a categoria nativa/jurídica do segredo de justiça, remarco que esse é responsável pelo resguardo de um processo ao conhecimento apenas e tão-somente daqueles envolvidos no mesmo. Assim, quaisquer outras pessoas não apresentam possibilidade de consultá-lo, exceto com autorização jurídica. O artigo 155 do Código de Processo Civil (CPC, 2007), assim prevê quanto ao segredo de justiça:

Os atos processuais são públicos. Correm, todavia, em segredo de justiça os processos: I - em que o exigir o interesse público; II – que dizem respeito a casamento, filiação, separação dos cônjuges, conversão desta em divórcio, alimentos e guarda de menores.

estabelecidos por e contra o ex-marido, à medida que as entrevistas e os discursos jurídicos foram produzidos em contextos relacionais distintos.

Quanto à sistematização dos processos, optei por trabalhar sob o enfoque analítico discursivo de Michel Foucault, mais especificamente à luz de suas inspirações decorrentes do método genealógico (que não excluem especificidades do seu método arqueológico). No exercício de simplificar o que sempre me pareceu e me parece complicado, serei a mais básica possível na elucidação dos caminhos percorridos sob a guarida dos ensinamentos apreendidos dos escritos foucaultianos.

Paul Rabinow e Hubert Dreyfus (1995) redigiram uma densa e importante obra voltada ao aprofundamento dos métodos arqueológico e genealógico. Aliás, temática espinhosa em se tratando das produções foucaultianas. Espinhos ou dificuldades decorrentes do fato de Foucault não definir de maneira explícita no que se constituíram cada um deles, seja o arqueológico, seja o genealógico.

Dispositivo e enunciado. Estas foram as duas categorias chaves que me guiaram na leitura dos processos e demais documentos judiciais que trago ao cenário analítico da tese. A partir de ambas, pude “isolar” os “componentes constitutivos” (idem: 192) do alcance de uma “verdade”, ora como objetivo último (ou único) de quaisquer processos judiciais litigiosos, ora como produtor de outras categorias nativas que a ela (à verdade) se atrelam em movimentos de continuidade e/ou descontinuidade.

Vou por partes, retomando algumas diretrizes básicas para a apreensão do que se pode (dentre tantas outras interpretações) entender como “dispositivo” e “enunciado”. Para tanto, se faz necessário pontuar a maneira como Foucault trabalha com a “história” (e das críticas a ela desferidas ao entender o “documento como um monumento”), e, como os discursos (sobretudo os “disciplinares”), segundo ele, se ordenam e são ordenados, seja levando-se em consideração o contexto onde são produzidos, seja levando-se em consideração o contexto no qual o analista está imerso.

I. 3.1. Considerações sobre os “enunciados” e os “dispositivos”

O desejo diz: - eu não queria ter de entrar nesta ordem arriscada do discurso; não queria ter de me haver com o que tem de categórico e decisivo; gostaria que fosse ao meu redor como uma transparência calma, profunda, indefinidamente aberta, em que os outros respondessem à minha expectativa, e de onde as verdades se elevassem, uma a uma; eu não teria senão de me deixar levar, nela e por ela, como um destroço feliz.

E a instituição responde: Você não tem por que temer começar; estamos todos aí para lhe mostrar que o discurso está na ordem das leis; que há muito tempo se cuida de sua aparição; que lhe foi preparado um lugar que o honra mas o desarma; e que, se lhe ocorre ter algum poder, é de nós, só de nós, que ele lhe advém (FOUCAULT, 1996:07).

Em a “História da Sexualidade 1 : a vontade de saber”, Foucault (2001) me inspira a pensar no “poder”, termo intrínseco ao “Judiciário” – a começar pelo termo a ele acoplado Poder Judiciário – como uma categoria analítica polimorfa e móvel, isto é, ele não reside apenas e tão-somente nos discursos ditos dominantes em contraposição aos ditos dominados, tal como, pode-se depreender das noções bourdianas acerca dos “atos/ discursos de autoridade” (BOURDIEU, 1998). Antes, o poder encontra-se tanto com o resistente “desejo”, quanto com a “instituição” ou “Grande Poder” hegemônico, pois:

(...) não se deve imaginar um mundo do discurso dividido entre o discurso admitido e o discurso excluído, ou entre o discurso dominante e o dominado; mas, ao contrário, como uma multiplicidade de elementos discursivos que podem entrar em estratégias diferentes (FOUCAULT, 2001:95).

Trata-se para Foucault, então, de rastrear como estes diversos discursos (científicos ou não), apesar de muitas vezes contraditórios entre si, convergem para a elaboração de “enunciados” (o que é efetivamente “dito” ou “escrito”) que sustentam a produção de saberes – poderes. Ou, em seus dizeres ao responder à pergunta de Alain Grosrichard acerca do sentido e da função metodológica do “dispositivo”:

Através deste termo tento demarcar, em primeiro lugar, um conjunto decididamente heterogêneo que engloba discursos, instituições, organizações arquitetônicas, decisões regulamentares, leis, medidas administrativas, enunciados científicos, proposições filosóficas, morais, filantrópicas. Em suma, o dito e o não dito são os elementos do dispositivo. O dispositivo é a rede que se

pode estabelecer entre estes elementos. (...). O dispositivo, portanto, está sempre inscrito em um jogo de poder, estando sempre, no entanto, ligado a uma ou a configurações de saber que dele nascem mas que igualmente o condicionam. **É isto, o dispositivo: estratégias de relações de força sustentando tipos de saber e sendo sustentadas por ele.** (FOUCAULT, 2001a : 144-146). **(Negritos meus).**

E quanto à sua relação com as instituições e os enunciados, esclarece à Guy Le Gaufey:

Geralmente se chama instituição todo comportamento mais ou menos coercitivo, aprendido. Tudo que em uma sociedade funciona como sistema de coerção, **sem ser um enunciado, ou seja, todo o social não discursivo é a instituição.** (...). Em relação ao dispositivo, não é muito importante dizer: eis o que é discursivo, eis o que não é. Entre o programa arquitetural da Escola Militar feito por Gabriel e a própria construção da Escola Militar, o que é discursivo, o que é institucional? Isto só me interessará se o edifício não estiver conforme ao programa. Mas não creio que seja muito importante fazer esta distinção, a partir do momento em que meu problema não é lingüístico (idem: 247). **(Negritos meus).**

Assim, vê-se, por exemplo, como o “incesto” a partir do século XVIII articula o “dispositivo da aliança” ao da “sexualidade”, à medida que “é continuamente solicitado e recusado, objeto de obsessão e de apelo, mistério temido e segredo indispensável” (FOUCAULT, 2001: 103) ao controle social desempenhado de maneira positiva (e não apenas negativa/repressiva) pela família, pela psiquiatria, pelo direito, e em especial pela psicanálise que ao invés de recorrer à “repressão sexual”, alicerça-se sobre a possibilidade terapêutica consistente na verbalização do desejo incestuoso.

Por falar em psicanálise, em “A verdade e as formas jurídicas” (FOUCAULT, 1999), Foucault toma o “Édipo” como um exercício genealógico (e metodológico) – tal qual o incesto – profícuo para se observar como a figura deste “Rei” engendrou a transformação das formas jurídicas, e subseqüentemente, da busca pelas ou descoberta das verdades. Ou se preferirmos, em “Vigiar e Punir” (1983), dançando entre diferentes documentos do século XVII ao XX, o francês traz à luz as descrições dos mecanismos que movimenta(ra)m as engrenagens de uma “tecnologia política” que transforma o “corpo”, de objeto de suplício e vingança do monarca em objeto de conhecimento (através da meticulosa observação dos comportamentos). Assim, enquanto dispositivos, as prisões

funcionam “como um aparelho de saber” (FOUCAULT, 1983: 112) e as disciplinas organizam um espaço analítico.

Esta alma real e incorpórea não é absolutamente substância; é o elemento onde se articulam os efeitos de um certo tipo de poder e a referência de um saber, a engrenagem pela qual as relações de poder dão lugar a um saber possível, e o saber reconduz e reforça os efeitos do poder. Sobre essa realidade-referência, vários conceitos foram construídos e campos de análise foram demarcados: psique, subjetividade, personalidade, consciência, etc. (idem: 31).

Sob o citado raciocínio, Foucault investiga os “documentos como monumentos”, interessando-se pelas “práticas” e pelos “discursos” produzidos, ora sobre a “verdade do sexo”, ora sobre as implicações fundamentais do “poder-saber” e suas transformações históricas, seja em relação à “loucura”, seja em relação às “prisões”. A diferença comparativamente a outras abordagens (sobretudo históricas) aloca-se na **descrição em minúcias que Foucault faz das coisas “ditas” e/ou “praticadas”, não pressupondo de antemão nada mais.** O que existe “é o texto manuscrito ou impresso, enquanto esse texto é susceptível de tomar um sentido, é feito para ter um sentido e não é uma algaravia datilografada ao acaso por um macaco. Primado da relação” (VEYNE, 1998:278). Se pudéssemos reduzir a uma assertiva, Foucault não se utiliza da história para criar constantes, mas utiliza-se dessas últimas para desestabilizar ou fazer desaparecer as racionalizações reificadoras (quer se organizem em ciências humanas ou não) que renascem, incessantemente (idem: 273).

Para advertir os impacientes, lembremos do marechal de Saxe: aqueles que cuidam dos detalhes muitas vezes parecem espíritos tacanhos, entretanto esta parte é essencial, porque ela é o fundamento, e é impossível levantar qualquer edifício ou estabelecer qualquer método sem ter os princípios. Não basta ter o gosto pela arquitetura. É preciso conhecer a arte de talhar pedras. (FOUCAULT, 1983:128).

Nesta esteira, elejo como bússola norteadora deste trabalho, as contribuições decorrentes dos dispositivos foucaultianos, centrando-me de maneira crítica em relação aos retrospectos sócio-históricos de emblemáticos acontecimentos e/ou de mudanças que antecederam, acompanharam ou sucederam a “sanção” (ou aprovação) e a “vigência” das principais leis utilizadas nos julgamentos aqui em questão.

A noção de dispositivo além de ter me auxiliado na leitura dos processos, conduzindo meus olhos rumo à descrição dos fluxos das continuidades e das descontinuidades de argumentos (por vezes “enunciados” quando sustentáculos de um saber-poder) produzidos pelos diversos sujeitos jurídicos, também me auxiliou na eleição de categorias nativas que apresentassem o condão de articular a partir de si outras categorias e/ou argumentos em meio às batalhas judiciais. Diga-se de passagem, como se o “processo judicial” fosse um grande tabuleiro e os sujeitos jogadores movessem suas peças almejando estrategicamente o xeque-mate da sustentação alheia.

Dentre as categorias discursivas, destaco a do “segredo de justiça”, cujo efeito tanto se constitui como um empecilho para os pesquisadores/antropólogos que pretendem analisar os processos a ele submetidos, quanto se perfaz como um artifício útil para se pensar nos motivos que levam determinadas temáticas (e casos concretos) a serem resguardadas sob sigilo quando estão sob julgamento da área cível, e esses mesmos casos concretos, ao se transformarem em matéria de interesse criminal, deixa(re)m de ser sigilosos. Sob esta perspectiva, a categoria nativa do segredo de justiça poderia ser pensada como um dos elementos constitutivos das relações e dos jogos de forças que sustentam o poder-saber²⁰ inerente ao Judiciário – aqui entendido no sentido de práticas, instituições, enunciados, etc. E mais: talvez os processos que tramitam em segredo de justiça venham a apresentar mecanismos que não os verificados nos rituais processuais abertos ao público.

1.3.2. Notas introdutórias acerca do “segredo de justiça”

Os julgamentos que são decididos em “grau recursal”, isto é, pelos Tribunais de Justiça (TJ's) dos diferentes estados brasileiros, podem ser acessados, em sua maioria, por quaisquer pessoas junto às páginas eletrônicas (sites) dos mencionados órgãos (em meu caso, o www.tj.sc.gov.br), sem que os pesquisadores precisem ter detalhes a respeito dos processos consultados (nome das partes, dos advogados, número dos processos, dentre outros). Para isso,

²⁰ - Ou simplesmente: um elemento constitutivo dos “dispositivos” à la Foucault. Dentre os dispositivos voltados às práticas e discursos judiciais, destaco tanto o dispositivo de “vigilância” quanto o dispositivo da “sexualidade”.

basta ao interessado digitar certas palavras de interesse na pesquisa, por exemplo, “guarda compartilhada/alternada” e “disputas pela guarda de filhos” e “estupros incestuosos”, etc. Porém, os (possíveis) obstáculos para aqueles que desejam investigar os processos (em sua íntegra ou quase íntegra) e/ou apenas os acórdãos, em temáticas voltadas à filiação, casamento, divórcio e em que “o interesse público exigir”, reside no fato dos litígios acerca desses assuntos serem controlados pelo Judiciário. E mais: os controles são exercidos em especial na justiça cível (leia-se também “justiça de família”), e eles são denominados no universo jurídico/legal como “segredo de justiça”.

Conseqüentemente, duas implicações metodológicas podem surgir para todos aqueles que pretendem analisar ou analisam os discursos constantes nos processos ou em uma de suas partes, como os acórdãos ou sentenças proferidas pelos TJ's.

Na hipótese da pesquisa se restringir aos discursos constantes nos acórdãos, nenhum problema o segredo de justiça acarretará ao pesquisador, pois ele funciona através da substituição dos nomes completos (“prenome” e “patronímico” ou sobrenome) das “partes litigantes” ou protagonistas do conflito (e de suas “testemunhas”), pelas suas respectivas iniciais. Nas capas dos “autos do processo” ou ao longo dos acórdãos aparecerão, então, as iniciais de seus prenomes e de seus sobrenomes, ao invés, de seus nomes completos. Ou seja, se eu sou parte litigante em um processo sigiloso, meu nome aparecerá como “S.B”, e não “Simone Becker”. Ao contrário, os nomes completos dos operadores e “auxiliares” (assistentes sociais, psicólogos e outros peritos) do direito não são suprimidos, nem das capas dos processos, nem do corpo dos acórdãos.

Entretanto, se a pesquisa previr o acesso ao processo e a partir desse o acesso aos personagens litigantes, os obstáculos advirão. Ora porque não há como reconhecer os citados sujeitos reduzidos às iniciais de seus nomes e sobrenomes, ora porque nos cartórios (civis) – responsáveis pela administração destes processos, não há permissão legal para que seus funcionários concedam acesso aos autos àqueles que não estão envolvidos no conflito, salvo mediante “autorização judicial”. Parece-me óbvio que se o pesquisador conhece um dos personagens do conflito o acesso ao mesmo pode ser facilitado, na hipótese desse ser advogado ou ser parte litigante que detenham cópias dos processos.

Mas, se a via adotada pelo antropólogo for pelo balcão do cartório, o acesso ao mesmo encontrar-se-á adstrito geralmente à autorização judicial (do magistrado).

Note-se, porém, que a mesma lógica não se estende à grande maioria dos julgamentos de processos criminais envolvendo a discussão (in)direta de maternidade e paternidade (ou “poder familiar” e “pátrio poder”), como os de estupro, sejam eles praticados contra crianças/filhas, ou como os crimes de “infanticídios” – mães que logo após o parto matam seus filhos. Inference-se que na esfera criminal ou penal, geralmente, o direito constitucional do “**interesse público à informação**” prevalece sobre o também constitucional direito “à intimidade” dos litigantes, possibilitando o acesso irrestrito aos atos ou aos autos do processo por quaisquer pessoas.

Ademais, na Justiça Criminal o dever de punir por ela exercido corresponde ao direito de reparação dado à sociedade, segundo os discursos doutrinários jurídicos que consagram a regra da publicidade dos processos penais (TOURINHO FILHO, 1984) em detrimento do direito à intimidade dos sujeitos em conflito judicial. As citadas interpretações que explicitam o conflito entre princípios constitucionais na esfera penal, mas também na área cível que tende a privilegiar mais o direito à intimidade, são extraídas, respectivamente, dos artigos 5º, inciso X; 93, inciso IX, da Constituição Federal – CF – (lei máxima brasileira e hierarquicamente superior às demais) e, do artigo 792, *caput*, e parágrafo 1º, do Código de Processo Penal (CPP). Os três dispõem o seguinte:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material e moral decorrente de sua violação (CF, 2007).

&

Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação da intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação (CF, 2007).

&

As audiências, sessões e os atos processuais serão, em regra, públicos e se realizarão nas sedes dos juízos e tribunais, com assistência dos escrivães, do secretário, do oficial de justiça que servir de porteiro, em dia e hora certos, ou previamente designados. Parágrafo 1º: Se da publicidade da audiência, da sessão ou do ato processual, puder resultar escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem, o juiz, ou o tribunal, câmara ou turma, poderá, de ofício ou a requerimento da parte ou do Ministério Público, determinar que o ato seja realizado a portas fechadas, limitando o número de pessoas que possam estar presentes (CPP, 2007).

Para os processos que se desenvolvem (ou “tramitam”) na esfera civil (alocada na grande subárea do direito denominada de “Direito Privado”), além do ditado pela Constituição Federal vigente, há o previsto no artigo 155, *caput* e parágrafo único do Código de Processo Civil (CPC) que tanto especifica determinadas temáticas como sigilosas, quanto generaliza outras que caibam na expressão “em que exigir o interesse público”, a saber:

Artigo 155: Os atos processuais são públicos. Correm, todavia, em segredo de justiça os processos: I - em que o exigir o interesse público²¹; II – que dizem respeito a casamento, filiação, separação dos cônjuges, conversão desta em divórcio, alimentos e guarda de menores.

Parágrafo Único: O direito de consultar os autos e de pedir certidões de seus atos é restrito às partes e a seus procuradores. O terceiro, que demonstrar interesse público, pode requerer ao juiz certidão do dispositivo da sentença, bem como de inventário e partilha resultante do desquite (CPC, 2007). (Negritos meus).

Volto a repetir: se a via de acesso ou de busca do pesquisador se der de maneira desvinculada dos personagens que participaram dos processos (alvos de supostas análises), nos casos sob sigilo processual em ações penais ou cíveis, uma das possibilidades de entrada no campo viabilizar-se-á pelo contato direto com as autoridades dos cartórios judiciais, tais como: juízes e desembargadores. Seguindo esses rumos, deparamo-nos com pesquisas como as de Adriana Vianna (2002) e Rosângela Digiovanni (2003) que em seus capítulos metodológicos assim esclarece(ra)m:

²¹ - Nota minha. Parece-me que esse “interesse público” representa o interesse de determinados operadores do direito que têm a competência de decretar o sigilo processual, ao passo que o interesse público à informação enquanto um princípio constitucional converge para o direito da sociedade à informação.

A partir do consentimento do presidente do Tribunal de Justiça e do fato de providenciar minha carteira de identidade de advogada (sem prática forense), por ter feito o curso de Direito e prestado exame para a Ordem dos Advogados, tive acesso autorizado oficialmente para a pesquisa nas Varas de Família e me senti à vontade entre processos empilhados e empoeirados ao longo desse tempo. O constrangimento se manifestava, quando sem saber ao certo o que esperava encontrar, me deparava com cartas, “escritas de próprio punho”, atestados médicos, depoimentos sobre a “conduta moral” dos envolvidos nos conflitos. Não tendo sido autorizada pelos atores que integram o drama da separação meu constrangimento, em muitos momentos, foi inevitável (DIGIOVANNI, 2003: xxxi).

Observa-se que a antropóloga Rosângela Digiovanni teve que pedir permissão formal ao desembargador do Tribunal de Justiça do Paraná (TJPR), e, além disso, presume-se que teve que retirar a carteira na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), Seção Paraná, para na qualidade de pesquisadora (e não de advogada) acessar arquivos nas Varas de Famílias. Questiono-me: e se o(a) pretendo(a) antropólogo(a) não for bacharel em direito? Ou se ele acessasse os processos sob sigilo de justiça por algum dos personagens nele envolvidos?

Nesse último caso, fica a interrogação se a atitude do pesquisador que não procura as autoridades judiciais para que o autorizem a manusear os processos sigilosos, pode ser interpretada como o crime previsto no artigo 10 da lei 9296/96, a saber:

Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou **quebrar sigilo de Justiça**, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei. Pena: reclusão, de dois a quatro anos, e multa. (Lei 9296/96, 2007). **(Negritos meus)**.

Note-se, que o investigador pode ser criminalizado pela violação do sigilo de justiça por ter acessado o processo ou quaisquer de seus documentos, sem que nenhuma autorização judicial tenha sido a ele concedida.

Prossigo rumo aos esclarecimentos da antropóloga Adriana Vianna, quanto à entrada em seu campo:

Tive acesso a esses processos através do Arquivo Nacional do Rio de Janeiro, onde eles se acham depositados, mas não abertos à consulta pública sem prévia autorização da Justiça da Infância e da Juventude. Assim, solicitei, através do Arquivo Nacional, a autorização para sua consulta junto à 1ª Vara, com o compromisso, **é claro**, de sigilo acerca dos nomes verdadeiros dos envolvidos (VIANNA, 2002:10).

Na pesquisa de Vianna, sua ressalva quanto ao anonimato, também apresenta guarida no próprio Código de Ética dos Antropólogos, quando o mesmo prevê o direito “de preservação de sua intimidade, de acordo com seus padrões culturais” (CÓDIGO DE ÉTICA, 2007). Ao mesmo tempo, o citado código de ética assim recomenda quanto aos direitos dos antropólogos:

Direito ao pleno exercício da pesquisa, livre de qualquer tipo de censura no que diga respeito ao tema, à metodologia e ao objeto de investigação; direito de acesso às populações e às fontes com as quais o pesquisador precisa trabalhar.

Similares inquietudes assolam os profissionais que trabalham em ambientes hospitalares ou médicos, pois o acesso aos “prontuários” também é racionalizado (ou racionado), no sentido estrito ou literal do termo. Ou ainda: as concessões variam conforme pré-requisitos que não se tornam **claros publicamente**, em especial quando os antropólogos não explicitam ou problematizam teoricamente tais caminhos.

Sem propostas a serem feitas, acredito que algumas reflexões podem e devem ser lançadas e amadurecidas em relação às conseqüências do “fazer antropologia” em contextos “normalizadores” como os do direito e da medicina. Reflexões, aliás, vinculadas (in)diretamente à ética e quiçá à própria ordenação dos discursos jurídicos produzidos sob a proteção do segredo de justiça.

I. 4. Dos “relatos brutos omitidos” da e na escritura etnográfica

Em outubro de 1919, a questão da ética foi suscitada no campo antropológico com o repúdio da Associação Americana de Antropologia (AAA) à carta denúncia enviada por Franz Boas ao jornal *The Nation*. A citada carta acusava o governo da América do Norte de utilizar quatro antropólogos como espões na América Central.

Boas, naquela época enfrentou a AAA em prol da lisura (“ética”) quanto aos procedimentos adotados pelos antropólogos, em relação às sociedades “exóticas” serem pesquisadas como se fossem futuras presas do Estado. Até aí nenhuma novidade, pois a antropologia desenvolveu-se também “em situações coloniais, por conveniência administrativa” (GEERTZ, 2003:11). Hoje, os tempos são outros, seja porque dificilmente a AAA ou outras associações como a

Associação Brasileira de Antropologia (ABA) rechaçariam denúncias com conteúdos como os daqueles contidos na carta de Boas, seja porque as viagens e as expedições antropológicas a serviço do Estado, ou a relação entre a produção do conhecimento antropológico e o Estado não existem mais no sentido que existiam antes. Porém, no tocante à relação entre a produção do conhecimento antropológico e o Estado, ela ainda persiste (não que não o devesse existir), mas deveria ser constantemente repensada.

Serei mais clara, já que ousou dizer que se compararmos os diferentes contextos históricos, o atual é mais delicado, pois me parece que algumas tendências antropológicas continuam de forma diferente daquela denunciada por Boas, a se submeter aos ditames de certos poderes como da biomedicina ou do direito, na contramão do preconizada pelo Código de Ética dos antropólogos no Brasil (“direito ao pleno exercício da pesquisa, livre de qualquer tipo de censura no que diga respeito ao tema, à metodologia e ao objeto de investigação; direito de acesso às populações e às fontes com as quais o pesquisador precisa trabalhar”). Se por um lado cabe aos diferentes campos disciplinares a elaboração de suas regras éticas, por outro lado, parece-me que às vezes tanto a Medicina quanto o Direito se sentem na liberdade de determinar o que o antropólogo deve incorporar (ou não) às suas interpretações quando seu objeto é a prática médica ou judicial. Se não, vejamos.

Luiz Fernando Dias Duarte ao lançar reflexões a respeito do fazer antropologia (incluindo a tão delicada ética) na interface com a (bio)medicina, descreve os dissabores pelos quais uma de suas orientandas passou ao etnografar as relações estabelecidas entre médicos e pacientes tendo como foco a especialidade da “cirurgia plástica”, e também, o “consentimento informado”.

(...) certamente a pesquisa foi conduzida dentro da ética tradicional da antropologia: a da autorização dos responsáveis institucionais ou políticos mediante uma apresentação do objeto da pesquisa; a da preservação do anonimato dos personagens entrevistados/observados; e o compromisso com a observação empírica controlada, instigadora de uma interpretação heurística da experiência humana (DUARTE, 2004:128).

Partindo do pressuposto acima pincelado de que a etnografia constitui-se, sobretudo, pela escrita das descobertas havidas no período do “durante” ou da imersão em campo, nota-se como bem remarca Duarte que:

(...) há questões socialmente complicadas na realização das cirurgias plásticas, tanto no serviço público como no serviço privado: a da prevalência, por exemplo, dos aspectos comerciais em relação com os aspectos médicos, ou dos aspectos estéticos em relação com os aspectos funcionais. **O trabalho de pesquisa, de algum modo, pode e deve revelar as propriedades fundamentais desse sistema social e as complicações e contradições, certamente, devem ser evidenciadas, tornadas visíveis para quem quer que leia seus resultados finais (idem: 129). (Negritos meus).**

Assim, expor tais descobertas mesmo que sob o anonimato trouxe à pesquisadora e orientanda de Duarte, na visão desse último, um problema ético – intrinsecamente ligado ao aqui chamado de “fazer antropologia”,

(...) mas não em relação aos seres humanos envolvidos, mas sim em relação a um segmento corporativo, profissional, institucionalizado da nossa própria sociedade. Ora, aqui se inverte a equação da “correção política”: **somos nós que acreditamos que faz parte de nossa correta atividade reflexiva e heurística desvendar as condições em que se realiza a atividade institucional em qualquer cultura e sociedade, sobretudo quando possa envolver algum tipo de uso ou manipulação dos valores ou interesses “individuais” (ibidem: 129). (Negritos meus).**

Os impasses desta pesquisa na antropologia da saúde acometem igualmente os antropólogos que se atêm ao Estado como objeto de análise. Ciméa Bevilaqua (2003) concede pistas preciosas para a elaboração teórica das implicações antropológicas advindas destas dificuldades emergentes do campo analítico. Centrada na análise do “anonimato” nas pesquisas voltadas à antropologia urbana, a pesquisadora desde o início de seu artigo nos alerta para o fato de que:

Na chamada antropologia ‘urbana’, o anonimato é a regra geral e unânime, qualquer que seja o contexto e o tema específico da pesquisa. Logo nas primeiras linhas, uma nota invariavelmente alerta que “os nomes utilizados são fictícios”, embora poucas vezes o pesquisador tenha o cuidado de indicar se isto resulta de um compromisso explicitamente assumido durante o trabalho de campo ou de suas próprias preocupações intelectuais, éticas ou políticas. O procedimento é empregado mesmo quando se trata de relatar experiências rotineiras, cuja divulgação não representa qualquer prejuízo potencial aos sujeitos envolvidos. Na maioria dos casos, aliás, a identificação dos informantes – moradores de um bairro da periferia, freqüentadores de determinada igreja – só é possível para os próprios membros do grupo em questão ou para seus interlocutores mais próximos, e, neste caso, permanece sempre possível, quaisquer que sejam as denominações utilizadas pelo etnógrafo em seu texto (idem: 54).

Sob tal raciocínio, seu propósito:

Limita-se a refletir sobre o caráter problemático do procedimento que tem sido adotado de modo mais ou menos mecânico pela antropologia urbana quando se trata de estudar instituições e processos relativos à esfera pública, cujos sujeitos não são indivíduos 'anônimos', mas políticos conhecidos, autoridades governamentais, magistrados e funcionários públicos graduados (ibidem: 54).

Ora através de informações, ora de observações, pesquisar em meio às autoridades que mesmo sob o anonimato de seus verdadeiros nomes tornam-se facilmente identificáveis, fomenta e requer reflexões teóricas sob o risco da antropologia caminhar para a sua própria descaracterização.

Durante os anos em que esteve pesquisando instituições estatais de defesa do consumidor em Curitiba, Bevilaqua vivenciou situações não amadurecidas teoricamente pela antropologia. Reproduzo (com o intuito de me manter fiel às suas colocações), dois de seus exemplos. O primeiro oriundo das narrações de informantes, e o segundo de suas observações em campo.

Em 1990 após a aprovação do Código de Defesa do Consumidor, o governo estadual paranaense retomou as atividades voltadas à defesa do consumidor, mas, ao invés de reativar o Codec (Coordenadoria Estadual de Proteção e Orientação do Consumidor), criou o Procon. No íterim marcado entre o declínio do Codec e a implementação do Procon, a defesa do consumidor foi encampada pelo Poder Judiciário na figura do Ministério Público estadual. Assim, surgiram disputas acirradas entre o Poder Executivo (Procon) e o Poder Judiciário (Ministério Público), no que toca às questões do consumidor. Eis que,

A fim de divulgar suas atividades e conquistar apoio público, uma das primeiras iniciativas do Procon foi organizar grandiosas operações de fiscalização em supermercados, das quais participavam diversos setores do governo estadual. Sem aviso prévio, o caminhão do Corpo de Bombeiros chegava ao estabelecimento visado, abrindo caminho para um cortejo de fiscais de diferentes órgãos que, sob a batuta da coordenadora do Procon, agiam com um rigor sem precedentes. A convocação para participar desses mutirões foi recebida pelo Ministério Público como uma provocação e uma ofensa deliberada à sua autonomia. Não se passou muito tempo, porém, para que se evidenciasse a maneira encontrada para dar o troco: o promotor designado a acompanhar a caravana - de acordo com os informantes - comunicava com antecedência aos comerciantes a chegada dos fiscais, dando-lhes tempo para corrigir eventuais problemas e contribuindo, assim, para desmoralizar o trabalho do Procon (BEVILAQUA, 2003: 56).

Se por um lado este episódio emergiu de narrações feitas por informantes à antropóloga, envolvendo condutas “moralmente controvertidas”, portanto no mínimo delicadas de serem expostas sem que represálias surgissem para o pesquisador e demais personagens da própria pesquisa, por outro lado, há aqueles episódios que a própria pesquisadora observou quando acompanhava seus informantes/consumidores nas peregrinações em busca da resolução de conflitos, e que da mesma forma suscitam questões não menos delicadas na órbita metodológica e ética.

Depois de raspar suas economias, um metalúrgico desempregado – podemos chamá-lo de Valter, embora a divulgação de seu verdadeiro nome não traga conseqüências relevantes – deu entrada num terreno na região metropolitana de Curitiba, que ficou completamente submerso na primeira chuva forte. Tendo perdido quase tudo o que tinha, Valter procurou a imobiliária para desfazer o negócio e receber seu dinheiro de volta, sem sucesso. Recorreu então ao Procon – que também não conseguiu solucionar o caso – e, em seguida, ao Juizado Especial Cível. Depois de vários meses, a empresa concordou em devolver parte do dinheiro. Seguindo orientação de funcionários do próprio Juizado, Valter aceitou o acordo desfavorável contando com a possibilidade de acionar novamente a imobiliária com um pedido de indenização pelos danos morais e materiais que havia sofrido.

Não houve acordo na primeira audiência, conduzida por um conciliador leigo. É a segunda audiência, presidida por um juiz de carreira, que me interessa mencionar aqui. **Logo ao abrir a sessão, o magistrado observou em tom severo: “Seu Valter, o senhor não trouxe advogado, apesar de ter sido advertido para isso. Também não trouxe provas. O que é que o senhor tem a dizer?” Valter tentou começar: “Eu estou aqui buscando a proteção da Justiça”. Foi imediatamente interrompido pelo juiz: “Isto aqui não é uma casa de proteção. É um Juizado, nós não estamos aqui para proteger ninguém. Estamos aqui para ditar o direito”. O rapaz ainda esboçou uma reação, dizendo que possuía provas e que tinha direito a ser indenizado, mas o juiz já tinha formado seu entendimento e não estava disposto a ouvir mais nada.** Em tom severo, descartou as alegações do reclamante como demonstrações de desonestidade e má-fé, uma vez que ele já havia celebrado um acordo anterior sobre o mesmo caso. O novo processo seria apenas um meio ardiloso de morar de graça por mais alguns meses (idem: 57-58). **(Negritos meus).**

A questão ética delicada e diferente daquela envolvendo o primeiro episódio refere-se ao fato das autoridades do Judiciário não terem ciência de que a antropóloga (que acompanhava o consumidor na audiência) era uma pesquisadora interessada na observação não apenas dos ditos, mas dos silenciados, dos feitos, dos gestos (...) incluindo (ou não) a esfera discursiva. Ao mesmo tempo, ao assumir o lado do consumidor, Bevilaqua acompanhou seu informante na audiência com o consentimento do juiz, mas sem que esse e os

demais operadores do direito soubessem tratar-se de uma pesquisadora. Provavelmente, se expressasse sua condição de antropóloga ao juiz, das duas uma: ou sua presença não seria permitida em audiência, ou a conduta do juiz poderia ter sido diferente em relação ao metalúrgico, descaracterizando a riqueza das situações observadas.

Assim, Ciméa Bevilaqua questiona-se: “seria ético incorporar à etnografia um material obtido pela observação anônima, mas que permite a identificação dos sujeitos observados e implica danos potenciais a sua reputação”? (ibidem: 59).

Sem que respostas prontas fossem concedidas a esta pergunta, Ciméa Bevilaqua suscita outras reflexões, à medida que ambas as ilustrações são incompatíveis com dois dos mais recorrentes artifícios utilizados pelos antropólogos urbanos, visando driblar a incômoda questão da ética, e, então do anonimato dos informantes, a saber:

a)- trocar nomes verdadeiros por fictícios, seja em relação aos informantes diretos, seja em relação aos observados/indiretos e;

b)- utilizar-se da mídia (jornais, revistas, etc.) quando essa veicula através de reportagens as delicadas situações que o pesquisador ouviu ou observou em seu trabalho de campo.

Quanto à troca dos nomes, frente às autoridades públicas pouca ou nenhuma diferença faz, haja vista que ao descrever a situação elas se tornam imediatamente reconhecíveis. Quanto ao recurso de remissão à imprensa, acontecimentos sigilosos envolvendo condutas “ilícitas ou moralmente condenáveis” (ibidem: 55) não são corriqueiramente ventilados.

Restou, portanto, face à inutilidade desses dois anteriores recursos, o último artifício usado pelos antropólogos urbanos, qual seja: **omitir ou camuflar os dados e os detalhes da observação que contextualizam e produzem a cena etnográfica.**

Desta feita, quando se trata de pesquisar processos judiciais sob sigredo de justiça, nenhuma ou pouca diferença é remarcada (aparentemente) em comparação ao segundo exemplo de campo detalhado por Bevilaqua, pois se ao pesquisador é permitido participar de uma audiência sigilosa com a anuência do juiz togado, sabe-se de antemão que a postura da citada autoridade poderá ser

influenciada pela presença do pesquisador, bem como, corre-se o grande risco da presença desse ser interditada pelo magistrado. Ademais, mesmo sendo permitida a presença do pesquisador na sala de audiências (ou em outros momentos rituais do processo sigiloso), seus relatos analíticos na maioria das vezes devem omitir ao máximo o reconhecimento do que ali foi dito ou silenciado, antes mesmo destas falas processuais serem reduzidas “a termo”²², e, então, alcançarem o status de parte integrante dos “autos de um processo”.

Hei de sublinhar que todas as falas em uma audiência são mediadas pela permissão concedida aos personagens jurídicos pelo juiz, que acompanhado de um escrivão (ou outro funcionário do Cartório penal ou civil), dita a esse último o que cada litigante (geralmente) por meio de seu representante falou em audiência. Resumidamente, é o juiz que repete de memória (pois não há gravação ou taquígrafos, salvo nos Tribunais de Justiça e demais instâncias superiores) o que cada sujeito disse e como disse, com palavras que são suas e não dos que as pronunciaram originariamente.

²² - Diz-se de todos os documentos que compõem um processo judicial, mas que foram produzidos pelos seus personagens em um ritual judicial oralizado, tais como: as audiências conciliatórias, as audiências de instrução e julgamento, depoimentos dos réus, etc. As complicações inerentes a esta prática podem ser bem observadas nos trabalhos de Ciméa Bevilaqua (2002) e Luis Roberto Cardoso de Oliveira (2005). Quanto à pesquisa de Bevilaqua referente aos conflitos decorrentes de relações de consumo, seja perante órgãos administrativos como o Procon, seja perante os judiciários como os Juizados Especiais Cíveis, nota-se que as reclamações verbalizadas pelo consumidor lesado, mesmo que desacompanhado de seu advogado, serão filtradas ao máximo pelo relato resumido transcrito pelo funcionário de tais órgãos. O mesmo verifica-se na pesquisa de Cardoso de Oliveira adstrita aos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Distrito Federal. Para este a:

(...) filtragem das causas começa no balcão do juizado, quando o autor tem sua causa “reduzida a termo” pelos funcionários que enquadram a demanda em categorias jurídicas e encaminham administrativamente as causas. Ao invés de atentar para a perspectiva dos litigantes na disputa, os procedimentos de conciliação parecem procurar convencer as partes sobre a precedência da lógica jurídica e dos constrangimentos que impediriam qualquer equacionamento de outra ordem. (...) confirmando-se o aparente descompasso entre a perspectiva dos litigantes e a dos operadores do direito, como estes justificariam o padrão de tratamento dado às causas do Juizado, e como perceberiam o significado dos aspectos das disputas excluídos do processo por meio da prática de reduzir a termo? (CARDOSO DE OLIVEIRA, 2005:05-06).

No tocante às perspectivas dos litigantes nada poderei acrescentar com o presente trabalho, pois atendo-me apenas aos discursos processuais. Mas, nos dois últimos capítulos retomo a questão da tradução feita pelos diferentes personagens nas trocas lingüísticas estabelecidas no contexto judiciário da Justiça cível e/ou criminal de Santa Catarina.

I. 4.1. Notas sobre duas anedotas extraídas do caderno de campo

Além dos treze processos e dos seis acórdãos que compõem o objeto analisado nesta tese, fiz o trabalho de campo que consistiu: na coleta tanto de documentos de outros processos quanto de outros acórdãos, em conversas formais (gravadas) e informais estabelecidas com alguns dos advogados que atuaram nesses processos, e com algumas mulheres que os protagonizaram.

Quanto aos processos, todos eles foram acessados através do vínculo que estabeleci com as mulheres litigantes – Amélia, Madalena, Agnes, Iolanda e Clarinda. Por conseguinte, a primeira idéia previa conciliar as entrevistas (como discursos pós-vivências processuais) com os discursos contidos nos processos. Antes de aprofundar os motivos que me levaram a focar meu olhar interpretativo apenas nos discursos jurídicos – deixando de lado as entrevistas, discutirei o que denomino de “relatos brutos omitidos” da ou na “escritura etnográfica”, tomando como exemplo algumas passagens de minha pesquisa de campo.

Após entrevistar Amélia, protagonista de um processo de disputa pela guarda e responsabilidade de seu filho de “criação”, a referida colocou-me em contato com seu advogado Miguel, para que eu pudesse acessar os documentos judiciais integrantes do processo. No dia e hora marcados, Miguel além de me passar as fotocópias que ele reputava mais interessantes para a minha pesquisa, concedeu-me uma longa entrevista contando-me como se deu o percurso da disputa judicial de Amélia. Durante as duas horas de nossa conversa, algumas vezes Miguel solicitou que eu desligasse o gravador, pois em sua visão aquela informação não poderia ser veiculada. Destaco uma delas, com todas as modificações de nomes e de circunstâncias capazes de não identificá-lo, aliado a um episódio que marcou nosso contato após a entrevista.

Na área cível e/ou de família, o nascimento de um processo de guarda e responsabilidade de crianças, seja como parte integrante de um processo de “separação judicial” e/ou de um “divórcio”; seja como “processo autônomo”, inicia-se (geralmente) com o encaminhamento de uma “petição” elaborada pelo advogado de uma das partes interessadas pela guarda, a um dos cartórios judiciais existentes na cidade onde seu cliente e a criança residem. Como nas capitais (ditas “comarcas finais”) existem mais de um cartório de família, se faz necessário que o documento elaborado pelo advogado seja “sorteado” ou

“distribuído” para um dos cartórios. Para isso, há os denominados “cartórios de distribuição” nos “Fóruns Cíveis”. Assim, a petição será enviada para aquele Cartório que naquele dia e naquela hora em que o advogado ali está aguardando na fila para a distribuição, encontra-se na vez de receber aquela demanda e/ou petição. A distribuição, portanto, se concretiza com o encaminhamento igualitário e sucessivo dos litígios aos Cartórios de Família (ou “Varas de Família”) “competentes”²³ para julgar aquele pedido de guarda.

No caso de Miguel, esse me contou *in off* (com o gravador desligado) que antes de realizar a distribuição da petição de Amélia, havia procurado um de seus juízes conhecidos que atuava em uma das Varas aptas para julgar o pedido de sua cliente. Como existe mais de uma Vara ou Cartório em sua capital, Miguel, sabendo que seu processo **poderia** com aquele juiz (face à conversa de bastidores) ser julgado procedente, no momento da distribuição, aguardou para entregar a petição somente quando a “bola da vez” fosse o Cartório/Vara do “juiz conhecido”, com quem já havia conversado antes. Tomadas estas precauções, Miguel tranqüilizou-se, pois o primeiro passo fora dado para afastar o caminho de incertezas quanto ao destino de um processo. Eis a primeira anedota.

Passados alguns meses, comprometi-me de enviar-lhe as transcrições das entrevistas realizadas com ele e com sua cliente. Desde então, nosso diálogo se deu via *e-mail*, e em uma de nossas trocas internáticas Miguel deixou claro que eu deveria mostrar-lhe todos os escritos que viesse a produzir a respeito de seu processo e de sua cliente, mesmo trocando os nomes e as informações. Frisou: incluindo a conversa gravada, pois o seu “relato foi o mais informal possível”. Depois de muito ruminar, respondi-lhe que sua vigilância procedia em relação às falas que foram transcritas e gravadas, mas nunca em relação à minha análise.

Ledo engano, o meu, pois se eu tivesse me predisposto a analisar os processos de Amélia (e demais informantes) aliados às entrevistas, acredito que teria incorrido na própria descaracterização do fazer antropologia. Para que eu pudesse perceber, por exemplo, os meandros de bastidores que contribuem para a produção da(s) “verdade(s)” e das “provas judiciais”, a omissão de algumas informações de situações observadas ou gravadas comprometeria a minha

²³ - A citada competência se dá a partir do disposto nas leis dos Tribunais de Justiça, também denominadas de “Regimentos Internos”, bem como, nas diferentes legislações que regem a temática em questão, por exemplo, Estatuto da Criança e do Adolescente, Código Civil Brasileiro, dentre outras.

própria análise, na justa medida em que elas poderiam contribuir para o entendimento das relações supostamente impessoais formadoras dos processos, cuja lógica se alimenta também de relações pessoais e inacessíveis ao público, posto serem sigilosas. Sigilosas, não apenas face ao segredo de justiça, mas por comporem as relações jurídicas travadas nos bastidores das salas de audiência, e, que por serem produzidas nos bastidores, não são feitas para virem à tona no contexto processual. Não esqueçamos que as situações processuais sob o segredo de justiça, são assim definidas somente para o público em geral, mas não para os operadores do direito e para as partes litigantes do processo, o mesmo não se estendendo para as situações de bastidores que são sigilosas para determinados personagens da relação processual quer transcorra em segredo de justiça ou não.

Conseqüentemente, ambas as situações, seja das trocas de e-mails entre eu e doutor Miguel, seja do próprio significado jurídico-penal que advém da quebra do segredo de justiça²⁴, levam-me a uma sugestão: quando o antropólogo deixa de incorporar à análise etnográfica o que denomino de “relatos brutos” – situações gravadas ou grafadas de observações diretas²⁵ e/ou de entrevistas realizadas pelo pesquisador, ora a pedido (ou “ordem”) dos operadores do direito (como foi o caso do Dr. Miguel), ora porque suas explicitações podem comprometer o anonimato de nossos informantes, acaba alçando o Direito ao status de “ciência verdadeira” (FOUCAULT *apud* RABINOW & DREYFUS, 1995:201). À luz desse raciocínio, o Direito caracterizar-se-ia como um produtor de conhecimento mais legítimo do que a própria antropologia, seja pelo poder jurídico de impor sua autoridade ditando o que deve ou não ser incorporado à análise antropológica, seja pela conseqüência que tal autoridade acarreta ao próprio fazer antropologia, pois se o antropólogo omite informações ou as descontextualiza, acaba por incorrer em um outro fazer, que não o antropológico em seu sentido teórico.

²⁴ - Imposição de processo criminal a todos aqueles que expõem nome de litigantes ou narrativas contidas nos autos sigilosos.

²⁵ - Quando me remeto às observações ditas “diretas”, refiro-me a observações que mesmo sem serem analíticas (mas simplesmente transcritas no caderno de campo da maneira como foram vistas ou escutadas), configuram-se como “interpretações (...) na verdade, de segunda e terceira mão” (GEERTZ, 1978:25).

I. 5. Quando o “interesse público” exige que o “público” se torne “privado”

Na 30ª ANPOCS, ao apresentar a minha comunicação no Grupo de Trabalho (GT) 22, intitulado: “Sexualidade, corpo e gênero”, além das contribuições teóricas recebidas dos coordenadores e debatedores, um fato pontual chamou-me à atenção. No momento em que apresentava ao público meus informantes, utilizei o recurso do Poder Judiciário em casos que transcorrem sob o segredo de justiça, a saber: identificá-los pelas iniciais, seja do nome, seja do sobrenome (patronímico). Antes mesmo de terminar o segundo parágrafo das informações relativas à pesquisa em si, um dos ouvintes interrompeu-me solicitando que eu usasse nomes fictícios.

“Ora Simone porque não chama de “Maria”, ao invés de “MDS””? Qual é a diferença de usar Maria, se posso entender melhor de quem você fala e o que você fala dela? (Acabei incorporando à tese o pseudônimo dessa informante de Madalena, ao invés de Maria).

O incômodo do rapaz remeteu-me diretamente para a dificuldade não apenas de identificação dos sujeitos em questão no contexto do segredo de justiça, mas antes, ou, acima de tudo, para a dificuldade de inteligibilidade da discussão em pauta. Assim, além da dificuldade posta desde o início por meio da linguagem técnica (do direito), surge ao seu lado ou de mãos dadas com essa, a dificuldade de compreensão do que está ou não em jogo em meio ao conflito no judiciário.

Nas duas situações, parece-me que o segredo de justiça alcança o seu intento maior, isto é: resguardar na esfera do privado (das quatro paredes de uma sala de audiências, do gabinete do promotor, do gabinete do juiz e/ou do escritório dos advogados que representam as partes litigantes) conflitos que seriam de alcance público se não fosse o tema (filiação, casamento, divórcio) ou a “exigência do interesse público”. Uma expressão que torna possível que outras temáticas não especificadas em lei (como as enumeradas no artigo 155 do Código de Processo Civil em seu inciso II), sejam resguardadas pelo sigilo, bastando que o magistrado se convença da existência de um interesse público por detrás do segredo de justiça.

O que podemos entender como “exigência do interesse público”, não obstante, nossos informantes, interlocutores e litigantes em processos sob sigilo, concederem-nos permissão para que seus nomes sejam expostos? E mais: sendo que coincidentemente são estes informantes os sujeitos das acusações mais delicadas em termos de “honra” e “imagem”? Estes dois questionamentos não convergiriam para o exposto de maneira geral na Constituição Federal (CF) de 1988, cujo sigilo encontra-se condicionado à supremacia da “intimidade do interessado” em relação ao “interesse público à informação”? Como pincelei no item 1.3.2, se o segredo de justiça surge constitucionalmente para proteger a intimidade de um dado sujeito, e se este concorda que o pesquisador explicita o discutido em seu processo, por que não o fazemos?

Além das análises de Bevilaqua em relação ao próprio envolvimento de autoridades estatais (públicas) - e de quem não recebemos consentimento, pode-se também acrescentar outra indagação: por que nestes processos de acesso público (os criminais) são permitidas remissões literais (sem resguardo ao anonimato dos sujeitos antes escondidos) aos conteúdos decididos nas causas cíveis que se encontram sob o segredo de justiça?

No tocante às discussões metodológicas, parece-me que a exigência do interesse público nos casos que analiso não necessariamente converge para o “respeito à intimidade dos sujeitos litigantes”, tal como sugere José Roberto Goldim (2004) em suas reflexões a respeito de ética nas pesquisas antropológicas. Para o referido pesquisador, “o importante é observar que toda a teoria do consentimento informado se baseia, não no princípio da autonomia do indivíduo, mas sim no do respeito à pessoa” (idem: 166).

Destaco para corroborar tal hipótese, dois exemplos que integram os materiais documentais interpretados na tese. O primeiro deles refere-se ao acórdão da “apelação cível” ²⁶ julgada em abril de 2002 pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC), envolvendo a disputa de filhos proposta pelo seu “pai biológico” (ou “genitor”) Siomar contra a sua ex-companheira e mãe “infanticida”

²⁶ - As apelações cíveis são um dos recursos mais utilizados na prática jurídica, ao lado dos “agravos de instrumento”. A diferença entre ambos reside no fato de que através de uma “apelação” o litigante interessado perdedor na primeira sentença proferida pelo magistrado dito “monocrático” (“singulares” ou de 1º grau), apresenta a possibilidade de rediscutir tal decisão através de um julgamento acompanhado por no mínimo três juízes do Tribunal de Justiça, também conhecidos como “desembargadores” ou “juízes de 2º grau”.

(condenada criminalmente em Tribunal do Júri), Eunápolis. Ambos residentes em uma cidade do interior catarinense ²⁷.

Ao longo deste julgamento o argumento central do pai biológico para requerer a mudança da “guarda” dos filhos (tirando-lhes da mãe e passando para ele), resume-se ao fato da mãe ter matado um dos filhos logo após o parto, ou ainda, “sob o estado puerperal”. Acusações são feitas, em especial, de Siomar à ex-companheira “infanticida”. De todos os nomes, apenas os de ambos os litigantes foram substituídos pelas iniciais de seus respectivos prenomes e sobrenomes, o mesmo não acontecendo com os das autoridades envolvidas (juizes do Tribunal ou desembargadores) – cujos nomes encontram-se transcritos na íntegra, e das crianças, cujos sobrenomes foram omitidos, permanecendo os nomes: Tiago e Rodrigo. Reforço: os artifícios de resguardo às identidades dos dois sujeitos envolvidos na disputa pelos filhos se deram em um processo cível, ou seja, que diz respeito ao previsto no artigo 155, inciso II, transcrito literalmente no item 1.3.2 deste capítulo.

Todavia, ao pesquisarmos os recursos de apelações criminais de infanticídios no site do TJSC, observa-se que todos, sem exceção, visibilizam os nomes e demais circunstâncias que individualizam e identificam as “criminosas” (“Irene Maurício”; “Carmen Rosana Bello; “Isabel Leoni Valtso”; “Leni Aparecida do Rosário”; “Vanira Salete Lucian”; “Giovana dos Santos Pereira”; “Isabel Pereira”; dentre outras”). Por via de consequência, quaisquer pessoas podem consultá-los nos balcões dos cartórios criminais que as julgaram. Possivelmente, o mesmo estendeu-se à Eunápolis em seu processo criminal que a decretou como “infanticida”.

No que toca as duas ilustrações, o mesmo é verificado, respectivamente, nos processos de família sigilosos envolvendo Madalena e Naum na disputa pela

²⁷ - Fiz questão de nomear como “interioranos” os locais onde os conflitos (constantemente nos seis acórdãos) iniciaram por dois motivos. O primeiro é que quanto menor a cidade, mais pessoal tende a ser a relação estabelecida entre o juiz que julgará a disputa e os sujeitos nela envolvidos. Como mostrarei no próximo capítulo, maior tende a ser também o controle e a vigilância de outros sujeitos não envolvidos diretamente na disputa judicial sobre aqueles que a protagonizam, por exemplo, os vizinhos que telefonam para a assistente social do Conselho Tutelar ou batem às portas de sua residência, para denunciar algo que julgam ser uma atitude criminosa. Tal relação me parece incomum nas cidades mais populosas, como, de médio ou grande porte, cujas relações entre “partes litigantes” e juizes e promotores tende a ser mais impessoal, seja com os advogados, seja com aqueles que são por esses últimos representados. Na interpretação dos acórdãos notar-se-á, por vezes, que os desembargadores avalizam as sentenças dos juizes singulares por acreditar que eles apresentam maior domínio dos fatos que observaram. O segundo motivo que me levou à omissão do nome dos lugares foi o de evitar o reconhecimento dos meus informantes.

guarda das filhas, e, no processo criminal movido por Agnes contra Naum, no qual argumenta os supostos “atentados violentos contra o pudor” praticados pelo pai (biológico) contra ela. Portanto, apesar dos dez processos envolvendo a mãe e interlocutora Madalena terem a rubrica do segredo de justiça como garantidora de que tais disputas não sairão das quatro paredes das salas, e dos gabinetes dos operadores do direito envolvidos na disputa, no processo criminal movido pela filha Agnes contra o pai Naum, há remissões como estas abaixo transcritas na “denúncia” (ou petição que dá início ao processo penal) elaborada pelo Promotor de Justiça de uma cidade de médio porte catarinense, cujos nomes completos dos personagens são vinculados a narrações como as que seguem – identificações essas que troquei por força do já exposto:

A partir do ano de 1987, em dias e horários que a instrução poderá apurar, o denunciado Naum, aproveitando-se do fato de estar com a guarda da prole, e usando da violência física e ameaças, passou a praticar atos libidinosos, diversos da conjunção carnal, com a filha Agnes, então com 12 (doze) anos de idade. O *modus operandi* do denunciado consistia em chamar a vítima para dormir em sua cama, afastando-a da presença de suas irmãs, para então obrigá-la a aceitar que fosse tocada em suas partes íntimas, inclusive coagindo-a a pegar em seu pênis, masturbando-o, concluindo com a prática do sexo oral. A continuidade delitiva promovida pelo denunciado Naum se estendeu até o ano de 1999, quando a vítima Agnes completou 22 (vinte e dois) anos de idade e deixou a residência do seu agressor, encorajando-se, tempos após, a relatar o suplício sexual sofrido às autoridades competentes. Assim agindo, violou o denunciado Naum a norma *agendi* contida no **artigo 214, c/c artigo 224, alínea a, artigo 226, inciso II, e artigo 71 do Código Penal**, pelo que requer esta Promotoria de Justiça seja processado, citada para interrogatório e intimado para os demais atos processuais, ouvindo-se as testemunhas abaixo arroladas, para que finda a instrução processual se veja julgado e condenado pelo crime praticado (**Negritos e itálicos** do original).

A meu ver, a concepção ética do “interesse público” clamado pelo Direito que autoriza ou desautoriza o sigilo processual dos casos aqui analisados, encontra-se dissociada daquela ética do resguardo à intimidade ou mesmo do respeito ao ser humano, apregoada, por exemplo, pela antropologia em seu estatuto. Em outras palavras, se os detalhes de um estupro ou de um atentado violento ao pudor são explicitados sem quaisquer ressalvas quanto à identificação da “vítima”, quem sabe o direito à intimidade para o discurso jurídico-legal (criminal) assuma outra conotação que não o respeito à imagem da criança ou da mulher violentada. E mais: talvez o controle e a vigilância que os operadores do

Direito exercem sobre os pesquisadores/antropólogos (por meio das autorizações judiciais e do segredo de justiça), para que estes iniciem o trabalho de campo sob seus condicionamentos e/ou reformulem a interpretação dos dados, facilitem o deslocamento de questões da esfera de discussão pública para aquela privada e restrita aos que detêm legitimidade para transitar no contexto judicial. Assim, parece-me que o interesse público ou social expresso no artigo 155, inciso I, do CPC, se torna sinônimo daquilo que os magistrados determinam como processos sigilosos, conforme critérios que não se tornam claros para os demais sujeitos despidos de legitimidade para transitarem nos contextos judiciais. Nem tampouco, quem sabe, o “interesse público à informação” vigente nos processos criminais, amenize o sofrimento dos sujeitos expostos à sociedade em meio às suas batalhas penais de estupro, infanticídios, atentados violentos ao pudor, etc.

I. 6. Afinal (...) como cheguei aos processos e aos acórdãos, e por que elegi interpretar alguns em detrimento de outros?

No dia dezoito de agosto de 2005, recebi de uma colega psicóloga um e-mail expondo que havia pensado em mim para que eu orientasse ou indicasse alguém para acompanhar uma de suas pacientes, de nome Agnes, que há poucos dias havia perdido a primeira grande batalha contra seu próprio pai Naum, em um processo cível de “danos morais”. A primeira sentença elaborada pelo juiz monocrático foi favorável ao suposto “agressor/pai”. Paralelamente, Agnes também havia proposto contra o pai um processo criminal por violência sexual. Enfim, fui contatada para elaborar ou indicar um(a) advogado(a) que fizesse o “recurso de apelação” contra a sentença cível que Agnes perdera. Respondi prontamente ao e-mail, disponibilizando-me para conversar com Agnes e sua mãe, Madalena, muito embora tenha dito que não mais advogava.

Em nosso primeiro encontro, conforme antes citado, Agnes não se encontrava, mas conversei durante horas com sua mãe, Madalena, que ao relatar as batalhas judiciais estabelecidas entre sua filha e o seu ex-marido, Naum, acabava por desembocar em seus próprios litígios vividos contra esse mesmo sujeito.

Por mais que já houvesse realizado a qualificação de meu projeto de doutoramento²⁸ a respeito das significações atribuídas às maternidades em processos de guarda, cujo campo analítico apontava para o privilégio de disputas judiciais protagonizadas por homossexuais, no instante em que manuseei os documentos (judiciais) e ouvi as narrativas (sobre os conflitos judiciais) de Madalena, senti-me perante alguns dilemas.

O meu ingresso no doutoramento deu-se com a intenção de compreender as lógicas discursivas produzidas em acórdãos criminais julgados pelos Tribunais de Justiça da região Sul sobre estupros, mais precisamente desejava analisar como esses distintos tribunais significavam em suas decisões o “estupro incestuoso”. Na fase da pesquisa em que me voltei à coleta via internet de todos os acórdãos disponibilizados por estes órgãos judiciais, utilizei o lapso temporal de 1988 a 2003 - como referência da época em que os julgamentos foram prolatados, e digitei as palavras-chaves “estupro praticado pelo pai (contra filha)”, “estupro praticado pelo marido (e/ou conjugal)” e “estupros”. Assim, naquele momento, diferenciei os estupros segundo os seus agentes (pais e padrastos – incestuosos; marido- conjugal, e outros – desconhecidos, vizinhos, amigos e parentes não ascendentes), chegando aos seguintes números:

	TJPR	TJSC	TJRS	TJPR	TJSC	TJRS	TJPR	TJSC	TJRS
	1988/93	1988/93	1988/93	1994/98	1994/98	1994/98	1999/03	1999/03	1999/03
Pai	36	11	nenhum	20	11	nenhum	02	89	01
padrasto	02	05	nenhum	05	03	01	02	23	nenhum
Marido	nenhum	04	nenhum	03	04	nenhum	nenhum	22	01
Outros	501	nenhum	100	652	488	100	86	640	100

Com a mudança de rumos que se operou em minha pesquisa, entre o meu ingresso no doutoramento e a qualificação do projeto, deixei de lado a temática dos estupros (incestuosos), para então me centrar na compreensão das significações das “maternidades” atribuídas pelos discursos judiciais, constantes em processos de disputas de guarda de filhos protagonizados por “mulheres/mães/homossexuais”. Além de coletar fragmentos processuais a mim repassados por essas últimas ou por seus advogados – que selecionavam o que acreditavam ser interessante para a minha pesquisa, não me concedendo acesso ao processo na íntegra; realizei com alguns desses (mulheres protagonistas e

²⁸ - Minha qualificação foi feita em maio de 2005.

seus advogados) entrevistas gravadas, com os quais também mantive conversas informais, bem como, coletei julgamentos proferidos pelos Tribunais da região sul sobre a temática acima mencionada.

Em resumo, o meu campo de pesquisa deixou a esfera criminal para privilegiar a esfera civil; deixou o estupro incestuoso para se centrar na temática das maternidades homossexuais; deixou de se centrar (somente) nos acórdãos para analisar os processos e deixou de se restringir apenas aos discursos produzidos nos rituais processuais, para se ater também às narrativas das mulheres litigantes e de seus advogados.

Enfim, ao me deparar, como já disse, com os processos e com as narrativas de Madalena e de sua filha, Agnes (acerca de suas vivências processuais), sucumbi à sedução dos seus discursos processuais e decidi analisar alguns dos processos que ambas vivem ou vivenciaram contra o mesmo sujeito: Naum. Nesta altura, estava em outubro de 2006 e observei que nem tudo estava perdido, mas para que não estivesse perdido, era chegada a hora de enfrentar os dilemas ou problemas de cunho metodológico que minhas opções de campo apresentavam.

Tecidas todas estas considerações, recortei os objetos da tese pautada em algumas justificativas (ou antes, “precauções” para o manuseio da “bula monográfica”).

No tocante à junção analítica de processos voltados, por um lado, à discussão da guarda de filhas (o processo civil protagonizado por Madalena), e, por outro lado, à discussão de abuso sexual incestuoso – (o processo criminal protagonizado por Agnes, sua filha), percebi que a temática do antigo “pátrio poder” e/ou atual “poder familiar” unia todos os litígios como se fosse um grande pano de fundo. Nesse momento, então, descartei todos os processos que foram coletados visando analisar a significação da maternidade de mulheres/mães/lésbicas que disputa(ra)m a guarda de filhos, pois apesar desses discutirem o pátrio poder ou o poder familiar, me levariam também à discussão e à influência da significação da homossexualidade assumida pelas mulheres/mães ao longo das batalhas judiciais.

Permaneciam ainda, os dilemas de como juntar processos e acórdãos de naturezas distintas (criminais e civis), e de como juntar discursos produzidos para

o e no processo com as entrevistas das mulheres que protagonizaram os conflitos judiciais.

No tocante à junção analítica de processos criminais e civis, o próprio campo mostrou-me sua riqueza, pois, com o recorte de campo voltado aos processos de Madalena e de Agnes, tenho a possibilidade de mostrar as principais diferenças que permeiam as lógicas de produção da(s) verdade(s) e das provas judiciais em processos criminais e civis. E mais: levando-se em consideração que determinados “enunciados” contidos nos processos vividos por Madalena contra Naum (e vice-versa) foram resgatados anos depois pela filha, Agnes, nos processos que essa vive contra o mesmo sujeito, Naum (seu pai), o interessante da mencionada junção analítica reside na compreensão de como tais enunciados alcançaram em um dado momento (e por que) certa eficácia, e, em outro momento não.

Quanto à comparação dos discursos processuais e das narrativas das protagonistas sobre as suas vivências judiciais, optei por me restringir aos discursos contidos nos processos, deixando de lado as entrevistas realizadas com Agnes e com Madalena. Em sucintas palavras, os discursos jurídicos apresentam especificidades não existentes em outros contextos (rituais ou não). Dentre elas, remarco, por exemplo, os requisitos essenciais de uma sentença: “relatório, fundamentação e decisão” (SITYA, 1995). Cada qual, por sua vez, além da persuasão que os reveste (e aqui poderia mencionar que as falas de minhas interlocutoras nos momentos de entrevistas também eram por ela revestidas) contém elementos que as entrevistas não apresentam, tais como: necessidade de produção de provas atreladas aos fatos narrados; argumentação jurídica e aplicação da norma jurídica aos fatos e provas produzidas.

No intuito de propiciar a comparação do processo criminal de Agnes com outros julgamentos da mesma área, e de aumentar a amostragem analítica de processos (e/ou julgamentos) criminais e civis, tanto para a compreensão das lógicas de produção de verdades (e de provas) judiciais, quanto para a compreensão dos mecanismos que diferenciam os rituais judiciais não submetidos ao segredo de justiça dos submetidos, inclui como objetos mais seis acórdãos julgados pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

Reuni, portanto, de um lado, os fragmentos de processos (para além da sentença) protagonizados por Madalena e por Agnes contra Naum (e vice-versa)

e, de outro lado, os julgamentos (acórdãos civis e criminais) proferidos pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que refletem uma das partes processuais capaz de realizar a sinopse – na visão do julgador – do que veio a ser o desenrolar do conflito desde o seu início até o seu suposto fim, a saber: a decisão recursal. Portanto, comparar acórdãos e processos, depois de dissecar em minúcias os últimos, nenhum problema traria ao trabalho. Detalhe: descartei então todos os acórdãos produzidos por tribunais como os do Paraná, Rio Grande do Sul (e demais estados) que haviam sido coletados em outros momentos de pesquisa do doutoramento, pois os processos de Madalena, de Agnes e de Naum transcorre(ra)m (ou “tramita(ra)m”) em Santa Catarina.

No que diz respeito às convenções de nomes e de outras identificações dos processos e dos acórdãos que compõem o objeto analítico da presente tese, optei pela substituição das abreviaturas dos nomes completos de meus informantes – sistema utilizado pelo Judiciário, cujos processos ou acórdãos submetem-se ao “segredo de justiça”, por prenomes fictícios. O citado artifício foi usado visando (unicamente) a melhor compreensão por parte do leitor, daquilo que é dito; por quem é dito e o contexto onde é dito. Saliento que essa convenção foi também utilizada para os processos e acórdãos de acesso público (ou não submetidos ao segredo de justiça). Quanto aos nomes das autoridades (operadores do direito) e auxiliares do direito (oficiais, peritos, juízes, desembargadores, etc...), mesmo que eles não sejam omitidos ou abreviados nos processos sob o segredo de justiça, optei pela mesma convenção adotada para os sujeitos em disputa. Para tanto, recorri a prenomes fictícios para me referir às autoridades, estivessem elas participando de processos sigilosos ou não.

Finalmente, para encerrar o manuseio da bula monográfica, esclareço que decidi não utilizar minha carteira da OAB (ou minha identidade de advogada) para acessar (nos cartórios judiciais) os documentos processuais de que minhas informantes não detinham cópias para me repassar. Embora tenha recebido permissão de Agnes e Madalena para acessá-los por meio de eventuais “procurações”, uma vez que ambas não haviam arquivado a íntegra de seus processos, mas apenas partes deles com algumas de suas sentenças, agir dessa forma contradiria os problemas metodológicos suscitados no início do capítulo e enfrentados por alguns pesquisadores antropólogos. Assim, se não utilizei minha identidade de advogada para acessar determinados processos em suas íntegras,

acessei meus conhecimentos técnico-jurídicos adquiridos na graduação em Direito; em sete anos de prática jurídica; e na formação realizada junto à Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina (ESMESC), para reconstituir os percursos processuais vividos e trilhados por Madalena, por Agnes e por Naum.

À luz destas “advertências”, abaixo reproduzo dois grandes quadros que auxiliarão o leitor tanto na leitura da tese, quanto na observação de como sistematizei o objeto a ser analisado. Talvez o mais importante seja trazer ao leitor a complexidade de se fazer uma investigação sobre a produção dos discursos jurídicos, algo que se faz presente mesmo que em uma síntese, ora pelos meandros estipulados em lei para o desenvolvimento de um processo, ora pelas diferentes estratégias retóricas assumidas pelos advogados ao longo do processo.

I. 6.1. Os processos vividos por Agnes e por Madalena

O primeiro quadro refere-se aos processos de Agnes e de Madalena, contendo suas numerações; os anos em que foram iniciados precedidos de uma numeração do processo que não corresponde à numeração veiculada nos acórdãos e processos²⁹ – aqui segui o formato do judiciário (numeração de entrada ou ingresso no cartório, sucedido do ano); a classificação dada pelo judiciário quanto ao tipo ou natureza do litígio; e uma breve síntese de quem brigou (briga) e pelo que estava (está) brigando.

Reitero que reputo os processos de Madalena e de Agnes como ricos para que eu perceba como certos “enunciados” vão sendo ressignificados ao longo de vinte e dois anos que separam as batalhas judiciais protagonizadas por Madalena e por Agnes, uma vez que se trata de mãe (Madalena) e de filha (Agnes) que nesse período temporal disputa(ra)m as suas verdades contra uma mesma pessoa: Naum, o ex-marido de Madalena e o ainda considerado “juridicamente” pai de “Agnes”. Nesse sentido, privilegiei em relação à Madalena os processos

²⁹ - Tanto a numeração que antecede o ano de surgimento de cada processo vivido por Madalena, Agnes e Naum, como a numeração referente aos “Cartórios” ou “Varas” onde eles tramitaram são fictícias. Como já esclareci em relação à supressão dos nomes das cidades/“comarcas” onde os conflitos se desenvolveram, usei tais artifícios para tentar resguardar o anonimato de minhas interlocutoras e de meu informante, Naum.

(ou parte deles acrescida de dadas sentenças) que tramitaram em sua maioria em um mesmo lugar: 21ª Vara de Família e Órfãos de uma cidade de médio porte catarinense, cujos conflitos voltaram-se (direta ou indiretamente) à disputa pela guarda das três filhas (dentre elas, Agnes).

De maneira breve, na qualidade de filha de Madalena, Agnes no decorrer de dez litígios travados entre sua mãe e seu pai (Naum), apareceu como objeto de disputa. Em 2000, de objeto de disputa passou a sujeito de disputa, quando propôs dois processos (um cível e outro criminal) contra Naum; justamente o grande vitorioso nas batalhas estabelecidas contra Madalena, pois conquistou a guarda definitiva de suas três filhas. Repito: a meu ver, o mais interessante para qualquer genealogista/antropólogo encontra-se posto no fato de certos discursos surgirem e ressurgirem com eficácias distintas (e produzindo verdades distintas) através desses treze processos (a somatória dos processos de mãe e filha disputados, contra, ex-marido e pai).

<u>Partes litigantes</u>	<u>Número</u>	<u>Natureza</u>	<u>Principal argumento do autor(a) / "requerente"</u>	<u>Principal argumento do (a) "requerido(a)" ou réu</u>	<u>Decisão e Tribunal</u>
1- Madalena X Naum, ambos casados.	01/1985	"Separação de corpos".	Frente às agressões verbais e físicas requereu a saída do marido de casa.	Não teve acesso.	Concessão da "medida cautelar" para que durante 30 dias Naum saísse de casa. Prazo para o ingresso do processo de separação, conforme a lei prevê.
2- Madalena e Naum, ambos casados.	02/1985	Separação amigável homologada pelo juiz em 04/10/1985	Amigavelmente contrataram a mesma advogada que dividiu os bens, definiu pensão alimentícia a ser paga às 3 (três) filhas pelo pai e ex-marido, bem como à ex-esposa. A guarda ficou para a mãe.	Não houve conflito.	Concedeu a separação nas condições pactuadas pelas partes.
3- Madalena X Naum, ambos separados.	03/1987	"Execução de alimentos"	O ex-marido não estava pagando a pensão conforme havia sido sentenciado na separação amigável.	Argumenta que ficou desempregado, bem como que o período alegado de inadimplemento foi devidamente pago.	Esta decisão foi objeto de acordo realizado entre Madalena e Naum, em outubro de 1989, e então esta disputa extinguiu-se.

4- Naum X 04/1987 Madalena	"Revisional de alimentos"	Conforme dispõe o artigo 401 do CPC, solicita a redução dos alimentos pagos às filhas, bem como, a supressão daqueles pagos à ex-esposa.	Admite que as filhas foram morar "provisoriamente" com o pai, frente às dificuldades financeiras de Madalena, a mãe.	"Fixo em 30%, 10% para cada filha, dos rendimentos da requerida, o valor da contribuição devida pela mãe às filhas para a sua manutenção. Cite-se a requerida para, querendo, responder no prazo de 15 dias, com a advertência legal. I-se ³⁰ . Em 21.11.88".
5- Naum X 05/1988 Madalena	"Execução de sentença referente à guarda de menores"	"É imperativo de justiça, visando o bem das crianças, que seja determinado o retorno das menores à própria casa, juntamente com seu pai, a fim de que, a leviandade da mãe, não venha a afetar por demais os problemas psicológicos que esta gerou em suas próprias filhas".	"A casa em que reside, integrante do patrimônio do casal (...), destina-se a residência da mãe ora requerente, e permitir que um estranho como o ex-cônjuge adentre para forçar a restituição das filhas, é antes de ser considerado violação de domicílio, por quebra da individualidade, um absurdo inominável, por certo incompatível com o elevado senso de justiça de Vossa Excelência".	Realizado acordo em outubro de 1989, e então, encerrou-se o processo.
6- Madalena X a decisão do juiz da 21ª Vara de Família, Órfãos e Sucessões no processo n. 05/1988.	"Mandado de segurança"	Ilegalidade da ordem judicial que "põe ao desabrigo legal e material a recorrente, importando no seu desalojamento da mencionada casa, que passa a ser ocupada pelo pai das crianças, paradoxalmente contrariando decisão anteriormente tomada por esse mesmo juízo, em manifestação consensual das partes no processo de separação aludido".	O juiz singular (ou de 1º grau) manteve seu despacho, ordenando que Madalena saísse da casa onde residia com as filhas. Após o abandono da mãe, o "mandado judicial" possibilitou o retorno de Naum com suas filhas à referida casa.	Não tive acesso.

³⁰ - Abreviatura de Intime-se.

7- Naum X Madalena	07/1988	“Arrolamento de bens”	“Se digno determinar se proceda o ARROLAMENTO DE BENS móveis do casal, acima descritos (art.855 do CPC), sem audiência da requerida, pois, se esta fosse ouvida, facilmente poderia tornar ineficaz a medida (art.804 e 858, parágrafo único, CPC), determinando se expeça mandado de exibição dos mesmos bens, e se rejeitada esta, de sua busca e apreensão, confiando-se os bens a depositário nomeado por V.Exa (art.858), na forma e para fins de direito” e “protesta por todos os meios de provas em direitos admitidos (art.332 e seguintes do CPC”.	Não tive acesso.	Realizado acordo acima citado, e, por conseguinte, o processo foi encerrado.
8- Naum X Madalena	08/1988	“Alienação judicial”	“Requer um perito ou uma firma corretora idônea especializada, a ser nomeada por V.Exa., que deverá proceder à vistoria na residência do casal, apresentando relato minucioso sobre o estado atual da casa e seus pertences, cabendo a mesma firma a realização da venda dos imóveis, (...). Os bens móveis ainda não entregues deverão ser deduzidos da meação da requerida”.	Não tive acesso.	Realizado acordo em outubro de 1989, e então, o processo foi encerrado.
9- Naum X Madalena.	09/1988	“Processo de guarda cumulada com alimentos”	“Em data de 26/2/88, a requerida abandonou suas três filhas no pátio do prédio onde reside o Autor, (...), juntamente com seus animais de estimação: um gato e um cachorro, não aparecendo até a presente data para buscá-las e reassumir a guarda, mesmo após	“É verdade, Excelência, que o requerente mantém um <u>comportamento incestuoso</u> com as filhas (...). Por várias vezes, a requerida surpreendeu o pai, quando este se embebedava, sentado na cama	Realizado acordo, assinado em 04/10/89. Previu o seguinte: “Visitação livre por parte da mãe que não fica com a guarda; pagamento da pensão de dois salários mínimos a título de pensão para as filhas; aluguéis da

			ingressar o Autor com uma Execução de Sentença, referente à GUARDA E RESPONSABILIDADE DAS MENORES, autos n.05/1988, sendo devidamente citada”.	da menina, completamente nu, em estado de ereção, fazendo carícias no corpo da filha”. (grifos do original).	casa ficarão apenas com Madalena que recusa meação do título do Clube de Campo Maravilha; e que renuncia os créditos existentes nos autos de n. 03/1987; entrega de alguns móveis de Madalena para Naum; custas finais (...) divididas igualmente para cada, sendo que Madalena arcará com os honorários de sua patrona”.	
10-	Naum (ou Ministério Público) X Madalena	10/1989	“Situação Irregular”	O abandono das crianças pela mãe frente à obrigação judicial determinada na separação dela ser a responsável pela guarda das filhas.	Não tive acesso	Como a guarda foi concedida judicialmente para o pai, Naum, o processo deve ter sido arquivado.
11-	Agnes (filha) X Naum (pai)	11/2000	“Indenização por danos morais”	“O requerido tinha um comportamento louco e se aproveitava da deficiência auditiva da filha para constrangê-la à prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal, pois esta não ouvia quando ele se aproximava, à noite, somente percebia sua presença quando este já estava sobre ela”.	“O que mais impressiona ao Requerido é como, e por quê, sua própria filha produziu com descomunal riqueza de detalhes uma estória tão sórdida e divorciada de qualquer conteúdo verídico”.	A primeira sentença, elaborada em 15 de agosto de 2005, que foi objeto de recurso de apelação ainda não julgado, assim decidiu contra Agnes: “Vistos, etc. (...). Na verdade o que vem a desfavor do réu, é o tumultuado depoimento pessoal da autora, sem outros elementos de provas. Contra isto está a negativa do réu, em todos as circunstâncias”.
12-	Promotoria (Agnes) X Naum	12/2003	“Ação Penal Crimes contra a Liberdade Sexual”	“A continuidade delitiva promovida pelo denunciado Naum se estendeu até o ano de 1999, quando a vítima Agnes completou 22 anos de idade e deixou a residência do seu agressor, encorajando-se, tempos após, a relatar o suplício sexual sofrido às autoridades competentes”.	“Que lidas as declarações de fls.09/10, o interrogando acredita que a vítima foi instruída para tanto (...), que a vítima na infância tomou Gardenal; que a vítima foi operada do ouvido em São Paulo”.	Ainda não houve sentença, está na fase de perícias psiquiátricas.

13- Naum X 13/2006 Agnes.	"Ação ordinária de exclusão de direito de sucessório"	"Após processamento, seja julgada totalmente procedente a demanda declarando por sentença a exclusão do direito da requerida em participar da herança de seu pai/autor", frente às difamações praticadas contra o pai, baseadas em fatos criminosos inverídicos.	"Saliente-se que não há razão para que o autor se preocupe com a "intenção" da requerida, que alega ser de "obter para si vantagem financeira", pois àquela pretende, oportunamente, abrir mão de seu quinhão hereditário, pois as únicas coisas de valor que poderia ter recebido de seu pai, ora autor, quais sejam, amor, proteção, respeito e segurança emocional, já lhe foi recusado desde a infância".	Ainda não foi julgado.	foi
---------------------------	---	--	---	------------------------	-----

I. 6.2. Dos acórdãos coletados junto ao TJSC

O segundo quadro refere-se aos acórdãos ou julgamentos realizados pelo TJSC, Santa Catarina, local onde se desenvolveram (e se desenvolvem) os processos analisados na íntegra (ou quase íntegra); e vividos por Agnes e Madalena.

Dos vinte e seis acórdãos filtrados no site de buscas do TJSC utilizando as palavras-chave: "separação e perda e guarda e filhos e mãe", selecionei dois deles (números 01/2002³¹ e 02/2003). No tocante aos cinquenta e um julgamentos pesquisados sob as palavras-chaves "estupro praticado pelo pai", selecionei mais dois acórdãos (números 03/2005 e 06/2003), e, finalmente com as palavras-chaves "destituição de pátrio poder" cheguei a cento e doze julgamentos, dentre os quais, filtrei mais dois (04/1992 e 05/2005). Os seis acórdãos foram selecionados para dialogarem com os treze processos esmiuçados. Tais diálogos aparecem nos capítulos, segundo, terceiro e quarto da tese.

³¹ - O número "01" é fictício conforme já expliquei em relação aos processos de Agnes e Madalena, mas os números referentes aos anos que sucedem tais ficções correspondem aos períodos temporais em que os recursos foram julgados.

Como critério de seleção em relação aos acórdãos, busquei os seis que trazem consigo (e entre si) discussões convergentes à temática do poder familiar e do pátrio poder, sob óticas de categorias jurídicas criminais e civis distintas (“infanticídio”; “destituição de pátrio poder”; “modificação de guarda e responsabilidade”; “guarda compartilhada”; e “atentado violento ao pudor/estupro praticados pelo pai contra filha ou filho”). Em suma, todos os seis julgamentos apresentam discursos que são significados nos processos de Madalena e Agnes, sem que para tanto produzam os mesmos efeitos ou formulem os mesmos enunciados tidos como formadores tanto das “verdades judiciais” quanto das “insuficiências probatórias”.

<u>Partes litigantes</u>	<u>N.</u>	<u>Natureza (e data de julgamento)</u>	<u>Principal argumento utilizado pelo (a) “recorrente”</u>	<u>Principal argumento do “recorrido(a)”</u>	<u>Decisão e Tribunal</u>
1-Pai (Siomar) X mãe (Eunápolis) biológicos	01/2002	“Recurso de Apelação Cível contra decisão de inversão de guarda” (21/04/2002).	O advogado de Siomar argumenta que a primeira sentença foi uma “peça de defesa da apelada / recorrida”. Assim, a mãe não pode ficar com a guarda porque foi condenada por infanticídio. Além do que, está desempregada.	“As crianças são bem tratadas, têm ótimo aproveitamento escolar e que o autor nunca prestou auxílio material devido. A situação financeira da requerida é melhor que do autor, possuindo casa própria ao contrário deste e; o autor é viciado em bebidas alcoólicas”.	A magistrada “a quo” “nada mais fez do que uma análise fiel e correta dos fatos contidos nos autos” (...). “Apesar de haver notícias oficiosas de que recentemente foi demitida de seu emprego, mas este fato não modifica, por ora, a convicção deste julgador de que melhor solução é a permanência dos filhos com a mãe”. Ademais, o infanticídio é um crime específico que não encontra reflexo nos bons tratos que a apelada apresenta desde então com os outros dois filhos.
2-Pai (Caim) X mãe (Nelma) biológicos	02/2003	Recurso de Agravo de Instrumento contra decisão de “ação cautelar de guarda	Alega a “inépcia da inicial”, pois há “quatro pedidos de ritos diferentes e	Não se manifestou contra-arrazoando (contestando) o recurso proposto pelo ex-	A maioria dos desembargadores votou com o “relator” ³² julgando que: o recurso de

³² - Adianto que o “desembargador” dito “relator” é aquele responsável pela leitura e elaboração do voto relativo ao julgamento da causa. No dia destinado à sessão da decisão, o desembargador relator lê seu “voto”, e geralmente os demais desembargadores (no mínimo mais dois) consentem com o voto do desembargador relator.

<p>c/c regulamentação de visitas, alimentos provisionais e arrolamento de bens". (22/05/2003)</p>	<p>incompatíveis entre si"; a ex-companheira renunciou em contrato o recebimento de pensão; e o agravante tem direito à "guarda compartilhada" do filho, pois contribuiu ativamente para a sua educação.</p>	<p>companheiro.</p>	<p>agravo de instrumento não pode apreciar questões ainda não julgadas pelo juiz monocrático; a guarda alternada não é conveniente para o "melhor desenvolvimento" da criança, e não há renúncia de alimentos, portanto a agravada provou a necessidade de receber alimentos e o agravante não provou o inverso, incluindo sua não possibilidade de pagamento. Houve um "voto vencido"³³ de um dos desembargadores que argumentou o contrário: casamento não produz relação de parentesco, portanto, não há que se falar em pagamento de pensão para ex-companheira que apresenta comportamento "ocioso" e saúde para trabalhar. Quanto à guarda compartilhada, o agravante tem direito a ela porque contribui materialmente para a criação do filho, e não há nenhuma prova nos "autos" que desabone sua conduta.</p>
---	--	---------------------	---

³³ - A existência de voto vencido e de voto vencedor em uma sessão de julgamento do Tribunal de Justiça, refere-se ao desacordo de um ou mais desembargadores em relação ao voto elaborado previamente pelo desembargador relator. Portanto, neste caso o voto vencido não foi do relator e houve apenas um desembargador dito vencido, que discordou do mesmo.

<p>3-Hermínio (pai biológico) X JUSTIÇA Pública (representan do Ivanir – filha).</p>	<p>03/2005</p>	<p>“Recurso de apelação criminal por atentado violento ao pudor e estupro”. (29/03/2005).</p>	<p>Com base no fato da vítima ter em uma das fases do processo atribuído a autoria do crime a outras pessoas, bem como, das testemunhas de acusação não terem visto o crime a ele imputado, alega em síntese “insuficiência de provas para o decreto adverso”.</p>	<p>Argumenta ser o recurso intempestivo, ou seja, proposto fora de prazo. Assim, o mesmo não deve ser apreciado. Quanto ao conteúdo houve a plena comprovação da materialidade e da autoria dos crimes imputados ao réu Hermínio.</p>	<p>Condenação do réu pelo TJSC pelos crimes de atentado violento ao pudor, e estupro com modificação da pena a ele atribuída pelo juiz singular. “Aplicando-se a doutrina (...), qualificam-se os testemunhos da mãe e do irmão da vítima, da Conselheira Tutelar e de Erondina como provas indiretas do fato delituoso, porque não assistiram os fatos libidinosos, mas presenciaram os nefastos reflexos que eles ocasionaram, como o temor do seu próprio pai”.</p>
<p>4-JUSTIÇA Pública (representan do as crianças Silmara e Fabrício) X Adelma (mãe biológica).</p>	<p>04/1992</p>	<p>Recurso de apelação cível de “alteração de guarda de menor” (24/11/1992)</p>	<p>Manutenção da guarda exercida pela avó materna Maria, por força do que dispõem os artigos 28 e 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente, com conseqüente destituição de pátrio poder em relação à mãe biológica, Adelma, indiciada por ter sido co-participe no assassinato do ex-marido e pai dos “menores” em discussão.</p>	<p>Não foi intimada para responder ao recurso proposto pela JUSTIÇA pública (ou Ministério Público).</p>	<p>Em suma: “permaneceram os menores na companhia da avó paterna, em ambiente e espaço físico acanhados, com muito barulho, a par do estado, infelizmente, doentio da avó, são fatos que, a nosso ver, justificam a decisão do retorno dos menores ao lar, para uma salutar convivência com aquela que lhes deu a vida”. Portanto, se a mãe biológica, agora em liberdade, tem possibilidades de cuidar dos filhos e esses desejam com ela permanecer, não há porque não conceder-lhe a guarda.</p>

<p>5-Marta (mãe biológica) X Justiça Pública (representan do Ernesto - filho).</p>	<p>05/2005</p>	<p>Recurso de Apelação Cível em “ação de destituição de poder familiar” (25/08/2005).</p>	<p>“Admitiu que houve falhas na educação dos filhos, mas ressaltou que está disposta a envidar todos os esforços para inverter a situação e evitar a ruptura dos laços parentais”. Argumentou ainda que a dificuldade financeira não é fundamento para a perda do “poder familiar”. Alaor, o pai biológico, alegou o mesmo, solicitando finalmente que a guarda do filho Ernesto fosse a ele concedida.</p>	<p>Deve perder o poder familiar, pois foram constatadas “agressões físicas e negligência na criação e educação de Ernesto, criança de seis anos”, com base em depoimentos do conselho tutelar; das professoras da escola que freqüenta e, de vizinhos.</p>	<p>“(…) Não há como se cogitar que a negligência em relação à saúde, à integridade física e ao desenvolvimento moral do infante Ernesto não tenha sido devidamente comprovada ao longo da instrução processual. Também não se pode admitir que essa postura materna seja conseqüência exclusiva da situação financeira precária que desfruta a recorrente. (...) Por isso, a decretação da extinção do poder familiar, no intuito de proporcionar ao menor Ernesto condições de viver com respeito, dignidade e liberdade, é medida que se impõe”.</p>
<p>6-João (pai biológico) X JUSTIÇA Pública (representan do a vítima Jean - filho).</p>	<p>06/2003</p>	<p>Recurso de apelação criminal em “ação penal pública de atentado violento ao pudor” (24/03/2003).</p>	<p>Pede a absolvição. Condenação baseada apenas em laudos periciais que não merecem credibilidade, pois esses apontam ter sido o crime de atentado violento ao pudor praticado por outro sujeito.</p>	<p>Condenação do réu pelas vastas provas.</p>	<p>A condenação de João pela prática do crime de atentado violento ao pudor. “A vítima, apesar de deficiente mental, conseguiu se expressar de forma coerente e sincera, com a ajuda da intérprete nomeada para o ato, Ana Maria (...), sendo que suas declarações guardam perfeita harmonia com os demais elementos de convicção”.</p>

CAPÍTULO II – UMA QUESTÃO DE MORALIDADE A SER PROVADA: DO NASCIMENTO À MORTE DO PÁTRIO PODER/PODER FAMILIAR

No presente capítulo, objetivo trazer ao leitor as significações atribuídas pelos legisladores e pelos operadores do direito às noções de “pátrio poder” e de “poder familiar”. Desta contextualização sócio-político-histórica baseada especialmente no conteúdo de certas leis, doutrinas e julgamentos (incluindo as jurisprudências) analisados na tese, lanço duas hipóteses que considero como as principais.

A primeira hipótese refere-se às articulações estabelecidas entre os discursos doutrinários, jurisprudenciais e legais, e como eles a partir dessas interações produzem realidades eleitas como verdades nos veredictos sentenciais. Doutrinas, jurisprudências e leis refletem as verdades por mim classificadas, respectivamente, como “verdades morais abstratas doutrinárias”, “verdades morais concretas jurisprudenciais” e “verdades morais abstratas legais”. Assim, embora estas três verdades resultem de contextos relacionais distintos entre si, elas apresentam a capacidade de produzir as verdades que denomino de “Reais” – com “R” maiúsculo, em contraposição aquelas que são desconsideradas nos julgamentos e que denomino de “reais” - com “r” minúsculo.

Quanto à segunda hipótese – complementar à anterior, mostrarei como tais verdades estatais produzem uma separação não tão rígida entre o espaço dito público e o dito privado – categorias analíticas tão caras para determinadas abordagens antropológicas.

Para alcançar tal intento, sigo a coerência que titula este trabalho, isto é, centro-me na compreensão da “cultura jurídica”¹ (SANTOS, 1996; 1996a), e, então, volto-me tanto para a maneira como o poder familiar e o pátrio poder são significados nos textos legais, quanto para a maneira como os operadores do

¹ - Ao me reportar ao conceito de cultura jurídica, refiro-me a um dado campo do conhecimento que é regido por normas e práticas particulares. No caso específico do direito, estas normas e práticas não se esgotam em uma visão positivista (normativista), mas estendem-se aos seus aspectos organizacionais e institucionais. Assim, antes de entender a cultura jurídica como algo criado “por e para os grupos abastados” (FONSECA, 1995:58), concebo-a como um campo produtor de lógicas próprias que tende a fazer com que os mais abastados também venham a “resolver os seus litígios fora do campo jurídico” (SANTOS, 1996:178). Assim, a questão do acesso à justiça segundo Boaventura de Souza Santos somente pode ser melhor analisada se estiver imbricada às pesquisas institucionais e organizacionais do direito.

direito (incluindo os juristas²) as significam. Antecipo que nem os juizes, promotores ou advogados comumente restringem-se na elaboração de seus documentos à remissão literal do enunciado pelas leis. E mais: o poder Judiciário não esgota as múltiplas formas de negociações de conflitos (SANTOS, 1996a), nem suas decisões encontram-se isentas de manipulações pelos sujeitos que a ele demandam (MOURA, 1978)³.

Dois esclarecimentos devem ser feitos quando o objeto a ser analisado volta-se à cultura jurídica. O primeiro é que, ao falarmos de Direito, Ciências Jurídicas ou outra nomenclatura correlata, há que se ter em mente a distinção entre as leis que são produzidas (prioritariamente) pelos legisladores⁴ e a aplicação e a interpretação destas, que são realizadas pelos advogados, promotores, juizes, procuradores, desembargadores, dentre outros. Portanto, uma coisa é o dito nos textos legais (Códigos, Decretos-leis, etc.), e a outra é o dito nos processos judiciais⁵, incluindo a interpretação que é conferida aos Códigos pelos atores judiciais em meio aos rituais ou ritos processuais judiciais.

O segundo esclarecimento complementa o antecedente, e é tão importante quanto esse, à medida que o entendimento (pelo leitor e por mim mesma) dos rituais processuais depende (talvez não exclusivamente) das divisões a que o próprio Direito é submetido legalmente. A meu ver, a distinção existente nas Ciências Jurídicas entre Processo Civil e Direito Civil (ou Código Civil Brasileiro e Código de Processo Civil Brasileiro), bem como entre Processo Penal e Direito

² - Diz-se daqueles que formulam as “doutrinas” jurídicas que como já foi exposto anteriormente, podem ser definidas como as interpretações de textos legais pelos diferentes operadores do direito, ou mesmo das análises formuladas por estes mesmos sujeitos no caso da ausência de leis para reger determinadas relações sociais.

³ - Trilhando um caminho pautado na análise de como determinados sujeitos manipulam as sentenças judiciais, Margarida Maria Moura realizou um pioneiro trabalho na interface do Direito com a Antropologia. Em “Os herdeiros da terra: parentesco e herança numa área rural”, a pesquisadora mostra como famílias de um bairro de São João da Cristina (Minas Gerais), após realizarem o ritual processual previsto pelo Judiciário (e pelo Código Civil) em uma dada “sucessão”, redistribuíam a herança segundo as regras locais consuetudinárias (costumeiras), excluindo as mulheres legalmente (e sentencialmente) herdeiras da partilha. Neste caso observa-se tanto a manipulação do Judiciário pelos sujeitos quanto o inverso, pois há a desconsideração de um “direito adquirido” judicialmente em benefício das mulheres, que nenhum ou pouco efeito surtiu em suas vidas cotidianas.

⁴ - Partindo da tripartição proposta por Montesquieu para os três poderes estatais, pode-se dizer, ainda hoje, que a principal função do Poder Legislativo é elaborar as leis que regulam nossas condutas. Todavia, há que se ressaltar que a produção de muitos textos legislativos é feita com a participação de juristas (como exemplos cito os Códigos Cíveis de 1916 e de 2002), bem como que o Poder Executivo em nosso país detém tal poder, através, das famosas medidas provisórias.

⁵ - Pelas razões expostas no capítulo anterior, restrinjo-me à análise dos discursos contidos nos processos.

Penal (com seus respectivos códigos), deve ser ao menos pincelada (e apreendida) para que quaisquer etnografias possam ser feitas a respeito dos rituais processuais judiciais. Para a compreensão desta distinção, resgato a discussão de Peirano:

Em outras palavras, os rituais partilham alguns traços formais e padronizados, mas estes são variáveis, fundados em construtos ideológicos particulares. Assim, o vínculo entre forma e conteúdo torna-se essencial à eficácia e as considerações culturais integram-se, implicadas, na forma que o ritual assume (PEIRANO, 2002:27).

No caso dos rituais processuais judiciais, o conteúdo das brigas (ou mesmo dos consensos) que são levados ao Judiciário encontra-se posto no Código Civil e em outras leis ditas “materiais ou substanciais”, isto é, elas são responsáveis pela determinação dos fatos da vida cotidiana que interessam ao Direito, e que por isso tornam-se passíveis de demandas ao Judiciário. Paralelamente, a forma ou a maneira como estas situações levadas ao Judiciário devem ou podem ser resolvidas, encontram-se descritas nas legislações “processuais” (“formais” ou “instrumentais”), tais como: Código de Processo Civil; Código de Processo Penal; etc⁶. Cito a distinção realizada pela jurista Ada Pellegrini Grinover (et al.), uma das professoras da USP (Universidade de São Paulo) que compôs a Comissão Revisora do anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal no final da década de 90:

São normas jurídicas materiais (ou substanciais) as que disciplinam imediatamente a cooperação entre pessoas e os conflitos de interesses ocorrentes na sociedade, escolhendo qual dos interesses conflitantes, e em que medida, deve prevalecer e qual deve ser sacrificado. As normas instrumentais apenas de forma indireta contribuem para a resolução dos conflitos interindividuais, mediante a disciplina da criação e atuação das regras jurídicas gerais ou individuais destinadas a regulá-los diretamente (2004:88) ⁷.

⁶ - Saliento que há legislações como a Lei do Divórcio e o Estatuto da Criança e do Adolescente que ditam tanto o “conteúdo” quanto a “forma” específica de resolução para esses conteúdos conflituosos (ou consensuais).

⁷ - Desta esclarecedora definição, apenas acrescento que a jurista Grinover é uma das teóricas representantes da tendência que advoga em prol da redução do formalismo no Judiciário, como maneira de viabilizar o maior acesso à justiça.

Sob este raciocínio, a vitória em uma batalha judicial depende não apenas da discussão que se faz a respeito do conteúdo do litígio em si (se determinado sujeito tem ou não direito a algo e suas variáveis significações), mas também dos procedimentos formais que cada sujeito litigante deve seguir para que esse seu pretense direito, por exemplo, chegue às mãos de Vossa Excelência, o Magistrado, e seja ao menos julgado⁸. Aliás, esta é uma discussão que alimenta ou complementa os estudos voltados ao acesso à justiça, pois a duração de um conflito ou mesmo o seu custo, na área cível, perpassa a compreensão do direito processual concreto. Por mais que inovações nas legislações ditas formais tenham sido empreendidas ou estejam em vias de ser aprovadas, a morosidade de resposta judiciária aliada ao dispêndio financeiro pelas partes litigantes torna o acesso à mesma descrente ou decrescente⁹.

Inúmeros são os fatores que corroboram para esse panorama, mas a título de ilustração, reproduzo “o paradoxo denunciado por Vincenzo Ferrari”:

Apesar da carga do contencioso civil ter vindo a diminuir e apesar das muitas inovações introduzidas com o objetivo de tornar a justiça civil mais expedita, o facto é que se tem vindo a verificar um aumento constante da duração média dos processos civis (*apud* SANTOS, 1996:169).

Há que se considerar o segmento da advocacia que lucra com a morosidade dos processos (*idem*: 169), e não apesar dela. Nesse sentido, as demandas são “de mais” e “de menos” em relação ao aparato judiciário estatal, como nos alerta a cientista política Maria Tereza Sadek:

Ou seja, de um lado, expressivos setores da população acham-se marginalizados dos serviços judiciais, utilizando-se, cada vez mais, da justiça paralela, governada pela lei do mais forte, certamente menos justa e com altíssima potencialidade de desfazer o tecido social. De outro, há os que usufruem em excesso da justiça oficial, gozando das vantagens de uma máquina lenta, atravancada e burocratizada (SADEK, 2004:86).

⁸ - Tais meios ou formas não se esgotam, obviamente, nos ditames prescritos nas leis processuais, pois para além delas há como já pincelei no capítulo metodológico, uma gama de relações pessoais estabelecidas entre os atores jurídicos, que não vêm à tona na relação processual, mas que a influenciam para o desfecho positivo daqueles que as estabelecem.

⁹ - Como já mencionei há estudos na seara sociológica e antropológica que apontam para o fato dos sujeitos negociarem seus conflitos de outras formas que não na procura do Judiciário ou que não se esgote nele.

Ao nos remetermos a Santa Catarina tais ponderações tornam-se necessárias, pois esse é um dos poucos estados brasileiros que não apresenta um serviço estatal como o da Defensoria Pública destinado à advocacia gratuita. Os debates acerca desta ausência existem na mesma proporção que as resistências.

Em suma, se o meu campo converge para algumas das hipóteses suscitadas por Cláudia Fonseca (1995)¹⁰, ao analisar os processos de adoção no início do século passado em Porto Alegre, importa-me compreender tanto os argumentos utilizados pelos atores jurídicos que ascendem ao judiciário, quanto como esses argumentos são produzidos na qualidade de provas, e somente alguns dentre tantos são tidos como verdades ou como verdade única ao término do processo.

Em meio às provas que produzem estas verdades vencedoras, Adriana Vianna acrescenta que comumente, nos processos de disputa pela guarda de crianças, incluem-se vozes como as dos assistentes sociais que, muito embora gozem de uma “posição subordinada do ponto de vista da produção de decisões – sentenças” (VIANNA, 2002:47), constroem minúcias processuais na justa medida em que seus relatórios são levados à colação nos “conjuntos probatórios”.

Afinal, porque determinados sujeitos perdem suas demandas sob a justificação sentencial de “insuficiência de prova”, ou não conseguem utilizar tal argumento (da insuficiência de provas) contra as acusações de quem contra eles litigam? Antes de antecipar a tarefa dos próximos capítulos, adianto ao leitor alguns exemplos do meu campo que mostram tanto a importância das provas enquanto categoria jurídica/nativa, quanto a maneira como os operadores do direito se justificam judicialmente amparados na expressão “insuficiência de provas”.

Caim *versus* Nelma é o conflito retratado no recurso chamado de agravo de instrumento (acórdão n.02/2003¹¹), no qual Caim perdeu a primeira grande batalha no processo que ambos disputam e que, dentre outras questões, discute

¹⁰ - Remeto-me em especial à Fonseca, pois esta antropóloga foi uma das pioneiras, se não a pioneira nos estudos estabelecidos com o Direito em sua interface com as questões da infância e/ou da minoridade.

¹¹ - Todas estas numerações como já esclareci no capítulo anterior são fictícias, bem como, suas identificações básicas encontram-se ao término do citado capítulo – visando a melhor compreensão por parte do leitor do que ao longo da tese será exposto. Ver quadro no item I. 6.2.

a possibilidade do pai biológico (Caim) vir a compartilhar a guarda de seus filhos com a mãe, Nelma. Nesta guerra travada em uma cidade interiorana catarinense, Caim pediu ao juiz que tão logo este tivesse contato com o processo, o mesmo deferisse provisoriamente e a seu favor a guarda compartilhada, isto é, o advogado de Caim desejava que até a sentença o seu cliente pudesse compartilhar o convívio cotidiano dos seus filhos com Nelma, passando os mesmos a não conviverem exclusivamente com a mãe.

Assim, tão logo o juiz tomou ciência da existência deste processo, o mesmo decidiu pela negação do pedido liminar formulado pelo representante de Caim. Indignado, esse encaminhou ao Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC) uma nova petição solicitando a revisão por parte dos desembargadores da decisão monocrática que negou a Caim o direito à alternância da guarda. Detalhe: muito embora os desembargadores ou “juízes de 2º grau” sejam hierarquicamente superiores aos juízes que estão trabalhando nas diferentes comarcas espalhadas por Santa Catarina, são esses juízes “singulares” aqueles que de fato detêm o contato próximo com as partes litigantes. Portanto, por mais que a decisão provisória ou “interlocutória” do juiz singular não reflita o conteúdo da primeira sentença que ele produzirá com o objetivo de colocar um fim ao processo, os desembargadores, ao avaliarem a citada decisão provisória através do recurso de agravo de instrumento, levam em consideração esse contato do juiz com as partes. Tal contato se expressa em grande medida pela maneira como cada um dos litigantes se mostrou ao juiz, ou seja, como cada um deles se revelou ao juiz até aquele momento do processo ou até o seu término, por meio das provas que foram capazes de produzir.

No caso em tela, a decisão do recurso de Caim publicizada através do acórdão de n.02/2003, foi relatada pelo desembargador Marçal, sob contestação de um dos desembargadores, que discordou do voto do relator¹². No final, o voto

¹² - Nos Tribunais de Justiça (TJ's) o julgamento dos recursos é feito com a presença de no mínimo três desembargadores (além do procurador de justiça ou promotor de 2º grau e do(s) advogado(s) das partes litigantes). Da mesma forma como expliquei no capítulo anterior, há em relação aos recursos a distribuição ou sorteio entre os desembargadores para se saber quem será designado como “desembargador relator”. Esse terá a tarefa de ler o recurso (e todas as peças do processo que estão anexadas ao recurso), bem como de elaborar o “voto” que é produzido antes do dia do julgamento. No dia da sessão de julgamento o voto é apenas lido pelo desembargador relator, sendo que geralmente a fala (ou a arguição) dos advogados e/ou do procurador de justiça pouca influência têm na alteração do voto, salvo se outro desembargador contesta parcialmente ou integralmente o voto concedido por seu par. Na hipótese do voto do desembargador relator ser o acatado pelos demais, diz-se que é o “voto vencedor”. Caso o voto do relator não seja o acatado

vencedor foi o de Marçal, o relator, que assim justificou sua decisão contra o pedido de Caim, no dia 22 de maio de 2003:

Inexiste prova pré-constituída no presente recurso da ausência de necessidade da agravada e da falta de recursos do agravante. **O recorrente se limitou a afirmar** que a recorrida tem condições de trabalhar e, portanto, de sustentar-se, **sem, entretanto, demonstrar** que possui ela rendimento diverso da pensão que já vinha sendo paga ou proposta de emprego. (...). **Na verdade, o alimentante não comprovou satisfatoriamente** que a alimentada não necessita dos alimentos fixados em primeiro grau. **(Negritos meus).**

Em outra disputa levada ao mesmo Tribunal através do recurso de apelação criminal n.03/2005, ou seja, por meio de um recurso feito contra a primeira decisão final dada pelo juiz singular de mais uma cidade de pequeno porte catarinense, figuram outros dois litigantes. De um lado Hermínio como o “apelante” ou discordante da decisão monocrática, e de outro lado, o Ministério Público como o “apelado”. O argumento que convenceu o juiz singular foi o elaborado pelo promotor público, e neste Hermínio foi o autor dos crimes de atentado violento ao pudor e estupro praticados contra seu filho. Descontente com a sentença condenatória, Hermínio apelou para o Tribunal de Justiça. O desembargador relator Irineo foi o incumbido de produzir o voto a ser lido no dia da sessão de julgamento. No dia 29 de março de 2005, o desembargador Sérgio discordou de parte do voto elaborado pelo relator, mas sua discordância foi vencida pela de Irineo, conforme o voto dos demais desembargadores presentes nesta sessão. Assim, o voto vencedor do desembargador Irineo decidiu em relação a Hermínio que:

Aplicando-se a doutrina mencionada, qualificam-se os testemunhos da mãe e do irmão da vítima, da Conselheira Tutelar e de Erondina **como provas indiretas do fato delituoso**, porque não assistiram os atos libidinosos, mas presenciaram os nefastos reflexos que eles ocasionaram como o temor do seu próprio pai. Ademais, **não há nos autos prova ou indício de que pretendessem prejudicar o réu, não se podendo retirar a coerência e a força das suas narrativas**. Então, os fatos contados pela vítima às testemunhas, somado ao medo decorrente das ameaças, são indicativos conclusivos do delito cometido, autorizando o decreto condenatório. Ora, a doutrina e a jurisprudência já consolidaram o entendimento de que, nos crimes contra a liberdade sexual, em regra praticados às escondidas, justamente para o extravasamento da selvageria

diz-se que é um voto “vencido”. Da mesma forma, os votos dados pelos demais desembargadores que não são os relatores, também recebem a designação de vencedor ou vencido, nas hipóteses, respectivas, de serem os acatados ou não pelos demais desembargadores no dia do julgamento.

com que são cometidos, as palavras das vítimas, mesmo quando menores, têm especial valor, servindo como principal, quando não o único elemento de prova e, se firmes e coerentes, dão o lastro necessário para a condenação, ainda mais corroborada por outros indícios e circunstâncias (vide RT 671/305). **(Negritos meus)**.

Em 21 de junho de 1988 quando o desembargador acima citado, Sérgio, era promotor de justiça em uma cidade de médio porte catarinense, o mesmo nessa condição concedeu parecer no processo proposto por Madalena contra seu ex-marido Naum. Neste processo sob o n. 03/1987 e denominado de “execução de sentença de alimentos”, Madalena por meio de sua advogada, alegou que Naum não cumpriu com o ordenado na sentença de separação do casal, mais especificamente, quanto ao pagamento das pensões alimentícias devidas a ela e a suas três filhas. Desta forma, tão logo o processo foi enviado ao promotor pelo juiz, face ao fato de ser o Ministério Público obrigado por lei a intervir nos processos em que há “menores”¹³, o então promotor Sérgio afirmou o seguinte contra o pedido de Madalena em relação à inadimplência de Naum:

Segundo Cahali, em sua obra “Dos Alimentos”, página 624, a prisão civil tem o único objetivo de coagir o devedor a pagar a pensão alimentícia. **In casu, não tendo a autora infirmado as alegações do réu no sentido de que não possui condições de satisfazer a sua pretensão**, a medida extrema, via de conseqüência, perderia a sua finalidade. Ademais, no caso sub-judice a prisão seria contra-indicada, sabendo-se que Naum tem sob sua guarda as filhas menores do casal, que ficariam ao desabrigo na hipótese de se concretizar a medida, haja vista que ao abandoná-las de frente à residência daquele, a mãe alegou falta de condições para mantê-las. **(Negritos meus; grifos do original)**.

Ainda quanto à justificativa dos operadores do direito pautada na insuficiência de provas ou nos “indícios convincentes”, que levariam o magistrado ao convencimento da verdade alegada por um dos litigantes, deparamo-nos com o processo cível n.11/2000. Nesse, Agnes alega que durante anos foi vítima de abusos sexuais praticados pelo pai, Naum. Então, por intermédio de sua

¹³ - No decurso da tese utilizo o termo nativo “menores”, por duas razões. A primeira porque mesmo após a vigência do Estatuto da Criança e do Adolescente o uso do termo menor ou menores continua sendo empregado pelos operadores do direito nos julgamentos do judiciário. Segundo, para reforçar as considerações analíticas tecidas por Adriana Vianna (2002) que são muito interessantes. A antropóloga utiliza a categoria “menoridade” tanto como contraponto da relação de “dominação” e de “autoridade” travada com a “maioridade” (da figura das instituições e dos pais ou responsáveis); quanto para fugir de naturalizações com a “infância” – que contempla parte dos sujeitos categorizados como menores.

advogada, deu início ao processo denominado de “reparação de danos morais”, frente aos danos psicológicos a ela causados. No dia 15 de agosto de 2005, em uma cidade de médio porte catarinense, o juiz singular Guilherme decidiu a favor de Naum e contra Agnes, em uma sentença na qual enfatiza em relação às provas que:

(...) O fato ressalta atenção eis que vige uma relação tumultuada, que é familiar. **Da prova documental trazida nos autos, não há quaisquer indícios de que o requerido tenha agido como apontou a autora. As cartas e e-mail subscritos e trazidos aos autos, mesmo após a autora sair da guarda de seu pai, são deficitárias de quaisquer elementos capazes de levar a reclamação ou perturbação da mesma pela alegada existência de abuso sexual ato libidinosos. As matérias jornalísticas são absolutamente imprestáveis para os fins colimados, não se destinam a apresentar elementos de provas. No processo crime (...) as declarações das testemunhas nada indicam sobre a efetiva existência da prática do ilícito eleito pela autora em face do réu. Na verdade o que vem a desfavor do réu, é o tumultuado depoimento pessoal da autora, sem outros elementos de provas. Contra isto está a negativa do réu, em todos as circunstâncias. (Negritos meus).**

Ao passar os olhos atentos por entre estes quatro discursos provenientes de diferentes autoridades judiciais, interrogo-me: quais são e como são produzidas as provas ou o conjunto probatório capaz de convencer o magistrado (ou desembargadores) da (sua própria) verdade?

Por enquanto, prossigo rumo à contextualização sócio-histórico-política das diferentes legislações utilizadas pelos protagonistas jurídicos que contracenam nos processos e nos acórdãos, por mim analisados, tendo como fio condutor o pátrio poder e o poder familiar. Ao longo desta contextualização, ambos os institutos aparecerão sendo definidos pelos juristas e/ou pelos legisladores. Tais definições são por mim lançadas neste capítulo como modalidades de “verdades morais”.

Desde já esclareço que o privilégio concedido às legislações, advém menos do compromisso e do dever sociais que todos nós temos de conhecê-las¹⁴, e, mais da própria tradição brasileira pautada na *civil law*. Em uma das pesquisas pioneiras realizada na esfera da Sociologia do Direito que foca as origens sociais dos magistrados estaduais e federais, Luiz Wernneck Vianna et

¹⁴ - Prescreve a Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei n.4.657/1942), ainda vigente, em seu artigo 3º: “ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece” (CCB, 2005:02).

al. (1997) sublinha alguns dos possíveis aspectos ligados à tradição positivista. Destes aspectos, Vianna destaca, por exemplo, que:

Levando-se em conta que 58,6% dos juízes ingressaram na carreira até 5 anos após a graduação – índice que se eleva para mais de 70% quando são considerados apenas os estados de São Paulo (70,7%) e do Rio Grande do Sul (74,6%) –, pode-se dizer que a carreira da magistratura se apresenta bastante exposta à incorporação de jovens com baixa ou nenhuma experiência prévia nas profissões legais (...). Por ora, há que se considerar, além do tema da inexperiência técnico-profissional, o da juventude e, portanto, o da inexperiência em geral, ainda mais plena de significado e de possíveis repercussões quando se trata da atividade judicante. **Tem-se, então, uma das características mais sensíveis do perfil atual da magistratura: o juiz, em grande número, ingressa jovem e, em uma proporção ainda mais contundente, inexperiente nas profissões legais. Os problemas derivados de um corpus com essas características, em um sistema clássico de civil law, poderia ser compensado pelo cânon positivista da “certeza jurídica”, pela centralidade do papel dos códigos no direito positivo e pela delimitação da liberdade de criação judicial.** (...). Dessa contextualização do problema deriva que a seleção para a carreira de juiz consiste em mais um item adstrito à chamada crise do Poder Judiciário: o sistema estaria a recrutar juízes segundo a lógica de um direito caracterizado por rigidez lógico-formal, vindo a expô-los, no exercício da sua atividade profissional, a um cenário jurídico-político que os impediria a uma crescente imersão na vida social – como nos chamados juizados “assistencialistas”, de que são exemplos os da criança e do adolescente e o das execuções penais (VIANNA et al, 1997:161-62). **(Negritos meus).**

Em nossa sociedade, até o advento da Reforma da Constituição Federal de 1988 que ocorrera em 2004 (“emenda constitucional n.45”), não se exigia legalmente dos candidatos a juízes que se submetiam aos concursos públicos para o ingresso na carreira da magistratura, quaisquer experiências profissionais. A única exigência era a de que os candidatos fossem bacharéis em Direito. Após a reforma do Judiciário feita por meio da reforma da Constituição em 2004, as exigências ampliaram, pois além de serem bacharéis, os candidatos devem provar que detêm experiência profissional na área técnica do direito de no mínimo três anos.

Por conseguinte, observa-se que Vianna atrela a ausência de experiência e a pouca idade dos juízes (no início de suas carreiras) à posição mais legalista que estes assumem. Todavia, muitas ou poucas – não importa a quantidade, das sentenças que são tidas como inovadoras no universo jurídico, advêm também destes juízes novatos e interioranos. Talvez estes dois critérios (ausência de experiência na advocacia ou outra atividade técnica/jurídica e pouca idade)

contribuam para esta postura avançada por parte dos juizes que se desprendem do que está posto em lei ao sentenciar. Nesse sentido, sublinho a pesquisa desenvolvida por Maria Tereza Sadek (2006) junto à Associação de Magistrados Brasileiros (AMB), cujos resultados apontam que os juizes de 1º grau (ou singulares) são menos legalistas do que os de 2º grau (ou desembargadores)¹⁵, e que o tempo médio após a formatura até o ingresso na magistratura é de 7,2 anos (SADEK, 2006:29).

De qualquer forma, independentemente das divergências entre Vianna e Sadek, os ensinamentos que recebi enquanto aluna da Escola Superior da Magistratura de Santa Catarina (ESMESC) pautaram-se principalmente no contido em lei e na importância de se saber o que os Códigos dizem ao pé da letra. Isso transparecia seja em seus simulados preparatórios para a prova do concurso, seja nas aulas ministradas.

II. 1. Os contornos do pátrio poder: pinceladas sobre os seus aspectos “substanciais” e “formais”

Longe de retratar as múltiplas e possíveis realidades (de relações) sociais de uma dada sociedade, as legislações podem ser tomadas como resultantes de tensões de forças políticas locais e/ou exteriores. Nesse sentido:

Se os governantes locais aproveitam o espaço para incorporar valores e práticas sociais locais (...), ou se, pelo contrário, importam mecanicamente fórmulas criadas no exterior – a opção depende da vontade política de cada grupo de legisladores (FONSECA, 2004a:112).

Além do explicitado por Cláudia Fonseca, convém sublinhar as particularidades que os Poderes Executivo (na figura central do Presidente da República) e Legislativo assumem em nosso país, desde o Império, para evitar reducionismos (ver CODATO, 2005¹⁶).

¹⁵ - Voltada à aplicação de questionários, Sadek obteve a resposta de 3.258 destinatários, de um total de 11.286 correspondências enviadas para os integrantes da AMB dos diversos estados brasileiros.

¹⁶ - Farei ao longo deste capítulo remissões ao interessante e conciso artigo de Adriano Nervo Codato. No presente momento que antecede à minha contextualização sócio-histórica, cabe ressaltar quanto ao Poder Executivo pós Constituição de 1988 e pós-abertura política que: “ainda que suas prerrogativas institucionais, principalmente legislativas, não se traduzam

O Código Civil revogado em 2003, que vigorou no Brasil de 1917 a 2002, foi o primeiro grande conjunto de “regulamentações” (FOUCAULT, 1983¹⁷) que dispôs acerca dos “direitos e obrigações de ordem privada concernente às pessoas, aos bens e às suas relações” (MATHIAS DE SOUZA, 2007: 03). Antes do Código Civil de 1916, as relações de ordem privada (ou civil) eram regidas em nossa sociedade pelas Ordenações Filipinas, diretamente reformadas e codificadas por D. Filipe II de Espanha e I de Portugal.

Assim, passados quase um século, o disposto na Constituição Imperial de 1824 em seu artigo 179, inciso XVIII (“organizar-se-á quanto antes um código civil e criminal, fundado nas sólidas bases da justiça, e equidade”) foi concretizado na esfera civil, e, em 1830 na criminal com o advento do Código Penal. Quanto aos códigos de processo penal e civil, o primeiro foi promulgado em 29 de novembro de 1832, e, o civil surgiu apenas em 1940.

Até então, decretos e leis esparsas foram ordenando a maneira como as demandas pertencentes ao denominado “direito privado” – que estavam nesta época contidas nas Ordenações Filipinas, deveriam ou não ser pedidas pelos litigantes, ou mesmo como elas deveriam ou não se desenvolver rumo à sentença. Vê-se que aquelas leis instrumentais ou formais, responsáveis como já disse, pela regulamentação dos rituais de um processo não se encontravam compiladas ou reunidas em um único conjunto de leis, denominado de Código. Dentre todas estas leis e decretos voltados à regulamentação de um processo civil, sublinho o famoso regulamento n. 737 de 25 de novembro de 1850, destinado a disciplinar tão-só o processo das causas comerciais (MARQUES, 1976:48), mas que por força de ordem imperial passou a se estender aos rituais processuais civis¹⁸.

automaticamente na capacidade efetiva de tomar decisões e implementá-las, a Presidência da República continuou como o centro do sistema político” (idem: 85).

¹⁷ - Nesta obra, Foucault remarca a estreita ligação entre o “dispositivo disciplinar”, a vigilância e o papel da regulamentação.

Tal como a vigilância e junto com ela, a regulamentação é um dos grandes instrumentos de poder no fim da era clássica. As marcas que significavam status, privilégios, filiações, tendem a ser substituídas ou pelo menos acrescidas de um conjunto de graus de normalidade, que são sinais de filiação a um corpo social homogêneo, mas que têm em si mesmos um papel de classificação, hierarquização e de distribuição de lugares (idem: 164).

¹⁸ - No que diz respeito ao direito processual, o regulamento n.737, vigente entre nós desde 1850, passou de 1871 a 1876 a beber nas fontes do código de processo criminal, desatando-se de suas implicações e aplicações quando o então Conselheiro Antonio Joaquim Ribas compilou toda a legislação processual civil na chamada Consolidação das Leis do Processo Civil. Com o advento

Em síntese, durante o período de 1603 a 1916 estivemos sob as normatizações lusitanas (com influência napoleônica) no que toca especialmente ao “direito material” ou “direito substancial”. Ao se falar em pátrio poder as influências de como essa categoria foi e é simbolizada (incluindo a processualística em sentido amplo), são mais remotas, reportando-nos ao direito romano que é uma das disciplinas cativas nos primeiros semestres dos bancos universitários jurídicos brasileiros.

Este breve passeio ao passado remoto não é nem aleatório, e, nem baseado em uma crença pela busca de nossas origens legais e jurídicas, mas emerge dos próprios discursos de meu recorte empírico.

II. 1.1. Os mitos e os ritos no cenário jurídico, e algumas de suas verdades

Na disputa travada entre Marta e Alaor contra o Ministério Público, visível no recurso de apelação cível sob o n. 05/2005 (ver quadro no item I. 6.2), tanto o poder familiar quanto a sua perda, são definidos pela promotora de 1º grau (Dra. Silvana), e os citados conceitos são reproduzidos pelo desembargador relator Luiz, da seguinte maneira, no dia 25 de agosto de 2005:

O poder familiar é um conjunto de direitos e obrigações inerentes aos pais, naquilo que diz com a pessoa de seus filhos menores. Ao contrário, do que ocorria no direito romano, em que o pátrio poder revestia características de direito paterno absoluto, em nossa codificação civil, seja na revogada, seja na novel, essa característica desapareceu para dar lugar a uma nova, com mais seiva de dever do que de poder, tanto maiores são os deveres paternos e maternos do que são os direitos sobre seus rebentos. Por isso mesmo, autores de nomeada defendem, hoje, de forma correntia, o uso da expressão “poder familiar”, que é a adotada pelo Código Civil de 2002, com os olhos voltados para o fato de que não se está, efetivamente, diante de uma força potestativa; mas de uma atividade pátrio-maternal que, se não exercida

do Brasil República o regulamento n. 737 de 1850 retomou sua vigência, e, a dualidade hoje persistente no Direito entre Justiça Federal e Estadual foi estabelecida pela Constituição de 1891. Além desta criação, ressaltado que os estados passaram a legislar sobre o Direito Processual Civil e Penal, bem como sobre a respectiva organização judiciária de seus tribunais estaduais. Dos códigos processuais estaduais, há quem destaque os da Bahia e de São Paulo como os mais influentes e importantes (hoje há apenas um código processual civil, e a competência para legislar sobre esta matéria é da União, assim definida na Constituição de 1988). Mas, retornando ao túnel do tempo, a constituição republicana de 1891 foi substituída pela de 1934. Neste momento, a vitória da revolução de 1930 e o Golpe de 1937 foram modificações da ordem política que refletiram nas modificações da legislação referente à processualística civil. Unificou-se o que antes refletia a dualidade entre justiças estaduais e federais, e, em 1940 surgiu o primeiro Código de Processo Civil.

convenientemente, permitirá o arrebatamento dos filhos maltratados dos braços de genitores irresponsáveis. Contudo, ainda que se possa subtrair, em face de certas circunstâncias, o exercício do poder familiar entregue pelo Estado aos pais dos menores, não se pode deixar de reconhecer que esse poder é, antes de tudo, um múnus público irrenunciável, indelegável e imprescritível e que, em princípio, deverá ser exercitado com o maior denodo possível pelos pais, significando dizer que estes não estão à vontade para dele desistirem ou renunciarem, assim como não lhes é dado o direito de transferi-lo a outra pessoa, a não ser na forma excepcional do artigo 166 do ECA. **(Negritos meus)**.

Nesta definição sobre pátrio poder e poder familiar, a diferença apontada pelo desembargador relator do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, no processo de “destituição de poder familiar” incitado pelo Ministério Público contra Marta e Alaor, principia estabelecendo a dualidade entre o “direito absoluto” (“potestativo”) exercido pelo pai sobre os filhos no direito romano, e o “dever-poder” exercido por pais e mães sobre os filhos com constante vigilância do Estado, no direito brasileiro revogado e no atual. O desembargador refere-se, assim, ao pátrio poder como um conceito que se modifica ao longo do tempo e das legislações, mas que mesmo entre diferentes contextos e entre diferentes épocas – “novel e revogada codificação”, pode assumir sentidos parecidos, graças às interpretações que são feitas nas doutrinas pelos “autores de nomeada”.

Como mencionei no capítulo anterior, as sentenças necessitam de “fundamentação” legal para que sejam válidas. A partir deste trecho sentencial nota-se que o embasamento não se caracteriza como uma remissão ao texto da lei, dos Códigos, etc. Geralmente, as sentenças e os demais documentos jurídicos (petições iniciais, contestações, pareceres, etc.) fazem remissão a interpretações de textos legais que são feitas por intelectuais e estudiosos do direito, também conhecidos como “juristas”. Isto é, os magistrados, os advogados, os promotores reproduzem em seus escritos os conceitos elaborados por seus pares doutrinadores e não simplesmente o texto legal promulgado pelos legisladores.

Sob este raciocínio, os julgamentos reiterados (e emanados dos tribunais) sobre uma mesma temática - sinônimo de “jurisprudência”, e os demais documentos jurídicos processuais concedem um lugar privilegiado às obras e aos artigos que interpretam as diferentes leis brasileiras (ou doutrinas), e não às leis tal como foram aprovadas pelos legisladores. Em outros dizeres, as doutrinas são

as interpretações feitas pelos estudiosos e operadores do direito a respeito do texto legal aprovado pelos legisladores. Nesse sentido, são os diferentes documentos processuais elaborados pelos operadores do direito (petições iniciais, sentenças, pareceres, contestações, acórdãos, etc) na qualidade de “elementos constitutivos dos rituais”, que atuam como protagonistas na legitimação dos “mitos” produzidos no universo jurídico. Assim, os “mitos” sobre os conceitos de pátrio poder refletem, sobretudo, o contido nas doutrinas produzidas pelos “autores de nomeada”. E mais: as alterações de antigos mitos – como a visão ultrapassada do direito romano a respeito do pátrio poder, continuam a legitimar as interpretações de leis que advêm, após a alteração, de outros ou dos mesmos “autores de nomeada”. Mas, por que opto por correlacionar as doutrinas aos mitos e os documentos da operacionalidade do direito aos (elementos constitutivos dos) rituais?

Em sua obra “Sistemas Políticas da Alta Birmânia”, Sir Edmund Leach defende algumas de suas posições em relação à antropologia social, em especial na contracorrente da antropologia clássica inglesa. Interessa-me destacar as distinções que o mesmo tece entre mito e ritual/rito. Levando em consideração toda a diversidade de conceitos atribuídos pelos antropólogos clássicos ao termo “ritual”, na nota introdutória da reimpressão de 1964, Leach esclarece que seu tratamento despendido a esta categoria analítica é “não-ortodoxo”. Após se colocar na qualidade de “não-ortodoxo”, Leach acrescenta o que entende por ritual dizendo que:

Minha opinião pessoal é que, se tentarmos aplicar esse termo a alguma classe distinta de comportamentos, só vamos cair num paradoxo; mas podemos com muito proveito pensar o “ritual” como um aspecto de todo comportamento, a saber, o aspecto comunicativo (LEACH, 1996:55).

Até aí pouca distinção entre mito e rito é por ele estabelecida. Mesmo porque, ele próprio de maneira genérica atribuirá tanto aos ritos quanto aos mitos a classificação de “linguagens de signos” (idem: 319). Mas nem tudo está perdido, pois se prosseguirmos na leitura de sua densa obra, chegaremos a maiores requintes conceituais, à medida que os rituais retratam para ele as ações de kachins (gumsa e/ou gumlao) e de chans, e os mitos retratam as expressões verbais enquanto “contrapartes da ação” (idem: 307) dos citados sujeitos. Se

desejarmos mais precisão teórica quanto aos mitos, então, desembocaremos em sua definição de que “são apenas um modo de descrever certos tipos de comportamento humano” (ibidem: 77), que não guardam necessariamente correspondência com os rituais. E, esses últimos equivalem aos comportamentos em si, diferentemente do postulado por Malinowski e outros antropólogos ingleses. Quanto às críticas leachianas que tocam as ficções intelectuais acerca de mitos e de ritos produzidas por seus contemporâneos e/ou por seus predecessores:

A doutrina clássica na antropologia social inglesa é que mito e ritual são entidades conceitualmente distintas que perpetuam uma à outra mediante uma interdependência funcional – o ritual é uma dramatização do mito, o mito é a sanção ou a justificativa do rito (ibidem: 76).

Tecidas estas considerações, sugiro ainda apre(e)ndermos a partir da interdependência funcional entre ritos e mitos (um tanto quanto flexibilizada visto não serem necessárias), de que maneira as verdades produzidas nos contextos jurídicos – “a verdade moral abstrata legal”, “a verdade moral abstrata doutrinária”, “a verdade moral concreta jurisprudencial” e a “verdade Real” – se relacionam entre si.

Na qualidade de verdades morais legais entendo e assim denomino todas aquelas regras de condutas contidas nas chamadas “leis secas” ou textos legais, tais como são aprovados e produzidos preponderantemente pelo Poder Legislativo (excepcionalmente pelo Poder Executivo através das outrora mencionadas medidas provisórias). Quanto às verdades morais doutrinárias as compreendo como resultantes das interpretações ou comentários elaborados pelos juristas, a respeito das verdades morais legais aprovadas pelo Legislativo. Assim, como exemplo de doutrinas, além dos inúmeros livros e artigos que são escritos por teóricos do direito (que por vezes são magistrados, advogados, promotores e não apenas professores de Direito), sobre as diferentes partes do código civil (penal, etc.), destaco também os diversos “códigos comentados”. Nesses, para cada artigo do Código aprovado pelo Congresso Nacional há uma nota de rodapé que faz remissão à interpretação de um ou de vários doutrinadores (ou estudiosos do direito), balizando como tais leis devem ser lidas.

Tanto a legal quanto a doutrinária constituem as por mim denominadas de “**verdades morais ideais ou abstratas**”.

Portanto, considerando que nem sempre (eis a relativização da interdependência funcional dos ritos aos mitos) as petições dos advogados, os pareceres e as denúncias dos promotores, e as sentenças dos juízes legitimam um mesmo conceito existente em uma dada corrente doutrinária, posso inferir que é através destes documentos judiciais que o universo jurídico se distingue de outros campos legitimados, como o Legislativo. É, a meu ver, por meio das doutrinas que o saber-poder e as verdades produzidos pelos juristas se diferenciam daqueles produzidos pelo legislativo.

Em suma, sugiro estreitar as doutrinas aos mitos, e os diversos documentos judiciais aos rituais, acima de tudo pelo caráter de legitimação, ora através da reformulação, ora através da repetição que esses imprimem às doutrinas. E mais: se os julgamentos de casos concretos feitos por juízes, por desembargadores dos Tribunais de Justiça ou pelos ministros do Supremo Tribunal Federal reiteram posições interpretativas de seus pares (os juristas e *experts* do direito) contidas nas doutrinas, tal como os rituais reforçam os mitos, hei de considerar que também são alguns desses julgamentos que podem reformular as duas acima denominadas verdades morais abstratas (leis e doutrinas). Refiro-me às jurisprudências como capazes de reformular ou impulsionar a formulação das leis secas e suas interpretações contidas (ou não) em doutrinas.

Diferentemente das (milhares de) sentenças prolatadas cotidianamente pelos juízes, das não menos numerosas comarcas existentes em nossa sociedade, as jurisprudências ditam uma tendência à uniformização de como se deve julgar uma dada temática¹⁹. Por conseguinte, é através das sentenças

¹⁹ - Muito embora aos juízes seja concedido um poder enorme, não precisando que eles se tornem desembargadores para desfrutá-lo, bastando para tanto lermos o artigo 4º da lei de Introdução ao Código Civil, a uniformidade das decisões pelos Tribunais traz consigo uma das maiores novidades empreendida pela emenda à Constituição de 1988 realizada em 2004, sob o n.45. Refiro-me às “súmulas vinculantes” que estão sendo produzidas desde o último dia 30 de maio pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Em breves linhas, o Supremo Tribunal Federal é o órgão máximo da hierarquia jurídica nacional, e, aliado a isso se caracteriza como o único órgão do Judiciário, cujos ministros (e não desembargadores) são indicados pelo Presidente da República (Poder Executivo). Com o advento das súmulas vinculantes ditadas pelos ministros do Supremo Tribunal, mais nenhum litígio que estiver vinculado à temática contemplada pelas ditas súmulas poderá ser objeto de recurso com diferentes desfechos do que aqueles descritos pelas mesmas. Se por um lado, uma das principais intenções voltadas à sua criação converge para a diminuição

monocráticas recorridas por meio das apelações cíveis (ou criminais) que os Tribunais de Justiça, órgãos hierarquicamente superiores aos juízes singulares, e hierarquicamente inferiores ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) e ao Supremo Tribunal Federal (STF), cotidianamente decidem se tais decisões singulares devem ser reformadas ou não. O conjunto de diversas decisões elaboradas pelos Tribunais de Justiça, pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal a respeito de uma mesma temática e comportando o mesmo desfecho, compõem o que se denomina de jurisprudência. Disso, depreende-se que no Tribunal de Justiça de Santa Catarina, uma dada questão como a guarda compartilhada comportará ao menos dois desfechos: a corrente dos desembargadores adeptos da guarda compartilhada a ser desempenhada pelo pai e pela mãe concomitantemente, e, a corrente contrária à guarda compartilhada. Dentro desse mesmo Tribunal de Justiça, uma ou outra poderá oscilar no posto de “majoritária”.

Em relação às distinções entre as jurisprudências produzidas, de um lado pelo Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, e de outro lado, pelos Tribunais de Justiça, apenas remarco que teoricamente são de ordem hierárquica, e se em um recurso encaminhado ao Tribunal de Justiça for evocada jurisprudência dos órgãos superiores a ele, a tendência lógica é da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça vir a prevalecer. A tendência é lógica e teórica, mas não necessariamente a que ocorre na prática, pois tanto o Tribunal de Justiça pode tender ao reforço de seu próprio entendimento a despeito da posição hierárquica inferior, quanto pode reproduzir em seus julgamentos uma jurisprudência pertencente a outro Tribunal de Justiça

dos milhares de recursos que transitam e conturbam os diferentes Tribunais deste país, por outro lado, este ícone da uniformização das decisões tenderá a engessar os juízes e desembargadores. Sem levar em conta os demais personagens. Como bem colocou Pierpaolo Cruz Bottini (2007), sobretudo quanto aos aspectos negativos das súmulas vinculantes:

(...) a súmula vinculante impõe a interpretação do STF a todos os órgãos judiciais. Uma vez editada a súmula, não há possibilidade de decisão divergente e todo o trabalho de reflexão do juiz sobre a aplicação da lei a uma situação concreta fica subordinado à compreensão já assentada pelo Supremo. Isso pode, em alguns casos, levar à estagnação do direito, cuja evolução ocorre justamente pelas novidades interpretativas. (BOTTINI, 2007: s/p).

Quanto ao artigo 4º da mencionada lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942), à qual voltarei em outros momentos, ele assim prescreve: “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito” (CCB, 2005:02). Desse pode-se depreender que mesmo frente à omissão da lei o juiz é obrigado a sentenciar.

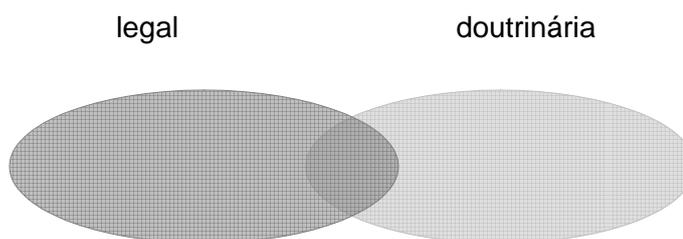
de estado diverso, mas que como ele é hierarquicamente inferior ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal.

Na prática algumas correlações podem ser estabelecidas envolvendo a relação das verdades morais abstratas (doutrinárias e legais), morais concretas (jurisprudenciais) e aquelas Reais.

Além do até aqui escrito, antes mesmo de passar para a exposição de algumas combinações relacionais hipotéticas entre as referidas verdades morais, acrescento que o foco nessas, em minha opinião, se faz necessário pelo fato de que são elas que dispõem convergindo ou divergindo quanto à produção da dita verdade Real levada aos autos do processo. Aliás, adianto que esta Verdade Real com “R” maiúsculo não é grafada gratuitamente assim, pois nem a realidade e nem tampouco a verdade são singulares e se esgotam no contexto jurídico. Entretanto, o Real produzido pelo contexto jurídico, apresenta sua força e suas especificidades que não podem ser menosprezadas.

À luz destas considerações, passo às combinações das três verdades morais (abstratas e concretas) tomando como ponto de partida o contido em alguns documentos judiciais analisados nessa tese:

1ª – as verdades morais legais coincidem em algum ponto com as doutrinárias (e vice-versa).



Na disputa travada no acórdão 02/2003 (ver quadro do item I. 6.2.) entre Caim e Nelma, uma das questões contestadas pelo ex-companheiro foi o pedido de alimentos exercido pela ex-companheira. Como já mencionei, esse acórdão tornou-se também objeto de disputa entre os próprios desembargadores

presentes na sessão de julgamento. Das duas visões distintas suscitadas pelos desembargadores discordantes em relação à pensão solicitada pela ex-companheira, o argumento vencedor no final do embate e exposto pelo desembargador relator, sublinha o caráter de convergência quase total entre estas duas verdades morais abstratas, ao equiparar as lições do doutrinador Yussef Said Cahali ao texto legal do antigo e do novo Código Civil. Ei-la:

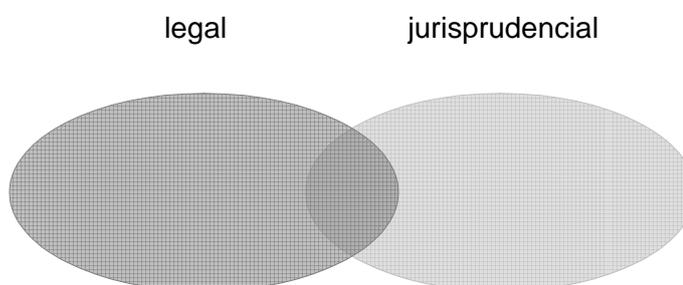
Com relação ao pedido de revogação dos alimentos provisionais concedidos à agravada, este não merece ser acolhido, uma vez que, muito embora tenham as partes firmado contrato de sociedade de fato, no qual consta que “a sócia virago renuncia expressamente à pensão alimentícia”, o direito a estes é irrenunciável, nos termos do art. 404 do Código Civil, não possuindo, a princípio, validade a cláusula firmada entre os litigantes.

Acerca do assunto é a lição de Yussef Said Cahali: “O direito de alimentos é irrenunciável. Princípio de aceitação tranqüila na doutrina, reafirma-se o CC no art.404: “Pode-se deixar de exercer, mas não se pode renunciar o direito a alimentos”, sendo a disposição reproduzida no Novo Código Civil, apenas alterada em sua redação: “Pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos” (art.1707).

Vê-se que o texto legal “veda” a renúncia ao direito a pedir alimentos, e esta foi a argumentação construída pelo desembargador vencedor com amparo no “renomado” doutrinador Yussef Said Cahali. Mas, mesmo com a vedação expressa da lei, a saída argumentativa do desembargador vencido/perdedor foi a de correlacionar esta proibição de renúncia aos alimentos apenas às relações de parentesco. Como no seu entendimento as relações entre companheiros não são de parentesco, Nelma não deveria gozar deste privilégio.

Sob tal raciocínio, o desembargador perdedor produziu a sua versão para a verdade Real a partir da verdade posta na Constituição Federal, na Lei de Divórcio e nas Leis do antigo Concubinato, bem como, reforçadas pelos julgamentos do Tribunal de Justiça de São Paulo, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, e do Superior Tribunal de Justiça. Na seqüência dos próximos três esquemas relacionais das verdades morais abstratas e concretas, remeter-me-ei a esta produção realizada pelo desembargador vencido.

2ª – as verdades morais concretas jurisprudenciais coincidem e reforçam em algum ponto (tangenciando) as verdades morais abstratas legais.



Esta hipótese pode ser observada nos seguintes dizeres do ilustre desembargador vencido no acórdão 02/2003:

A lei n.9.278, de 10.05.96, que regulamentou o art.226, parágrafo 3º, da CF/88 (equiparação de união estável a unidade familiar), estabelece, em seu art. 7º, que “dissolvida a união estável por rescisão, a assistência material prevista nesta Lei será prestada por um dos conviventes **ao que dela necessitar**, a título de alimentos.

Confirmou, assim, o que constava na Lei anterior a respeito do tema: “A companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de 5 (cinco) anos, ou dele tenha prole, poderá valer-se do disposto na Lei n.5.478, de 25 de julho de 1968, enquanto não constituir nova união e **desde que prova a necessidade**”(art.1º, da Lei n.8.971/94).

Ao menor de tenra idade (parente dos obrigados) a obrigação de sustento é de ambos os pais (e não só do agravante), tendo em vista que as suas necessidades são presumidas.

No concernente à agravada Nelma é indispensável transcrever-se ensinamento jurisprudencial aplicável ao caso vertente e do qual extraio o seguinte excerto:

Se é verdade que a relação matrimonial acarreta o dever de mútua assistência entre os contraentes (art.231, III, do Código Civil de 1916), incluindo neste o dever de alimentar o cônjuge que deles necessita, também é veraz a afirmação de que no caso in specie a agravada desistiu da verba alimentar por ocasião em que foi firmado o acordo referente à caracterização da sociedade de fato entre os litigantes.

“Quanto aos alimentos devidos entre os cônjuges, plenamente admissíveis de desistência ou renúncia”. Assim, leciona Washington de Barros Monteiro, in Yussef Said Cahali, Divórcio e Separação, 7ª edição, RT, Tomo I,

1994, p.248, que “cônjuge não é parente e sim um oompanheiro, um sócio, e enquanto perdure a sociedade conjugal”. (Negritos e grifos do original).

Nesse tocante, há que se destacar a distinta importância que a verdade moral legal assume no processo penal, pois “não há crime sem lei anterior que o defina” (e nem “pena sem prévia cominação legal”), impõem tanto o Código Penal Brasileiro em seu artigo 1º (CPB, 2005:59), quanto a Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XXXIX (idem: 365). Assim sendo, na área penal penso ser inviável o englobamento da verdade moral legal por quaisquer outras, tal como pode ocorrer na área cível, quando se tratar de definição de crime e de punição. Ao invés de englobamento, ter-se-á, como no acórdão n.06/2003 de João contra o Ministério Público (sendo o primeiro acusado de ter atentado sexualmente contra seu filho) pontos de encontro entre a lei e a jurisprudência, contemplados no esquema acima. Tudo o que estiver fora das tangências, em especial, nas interpretações jurisprudenciais, reflete o que transpõe os textos legais em suas prescrições literais que não aquelas que definem crimes e suas punições. Para ilustrar, transcrevo os dizeres do desembargador relator no julgamento de João, que vêm a afirmar que nos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, ambos consumados sem a presença de testemunhas, o valor do depoimento da vítima adquire importância decisiva:

A palavra da vítima, como em geral, nos delitos contra os costumes, surge como um coeficiente probatório de ampla valoração, pois não havia interesse em acusar falsamente o apelante, sendo certo, então, que sua única vontade foi de apontar o responsável pelos atos a que foi submetida.

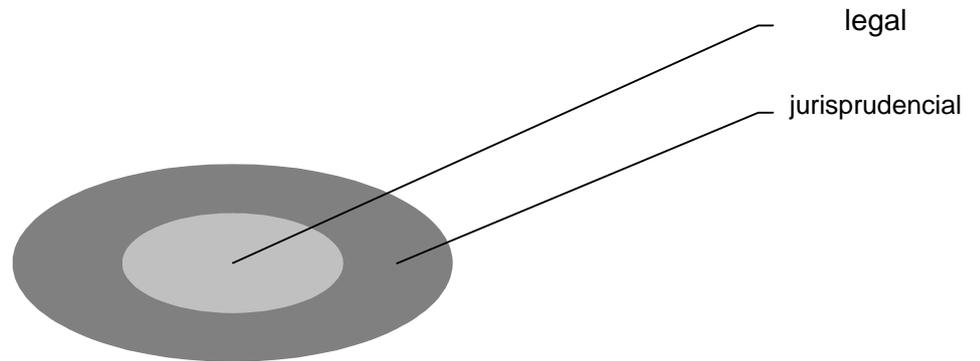
Ora, é cediço que em crimes de estupro e atentado violento ao pudor, que possuem como característica a ausência de testemunhas factuais, a palavra do ofendido assume fundamental importância como meio de prova, desde que respaldada em outros elementos probatórios.

A jurisprudência tem decidido:

“Nos delitos de natureza sexual, a palavra da ofendida, dada a clandestinidade da infração, assume preponderante importância, por ser a principal, se não a única prova de que dispõe a acusação para demonstrar a responsabilidade do acusado. Quando firme, segura, coesa, coerente, verossímil, deve, sem dúvida, prevalecer sobre a teimosia e isolada inadmissão de responsabilidade do réu” (RT 696/335).

3º - as verdades morais concretas jurisprudenciais coincidem e reforçam totalmente as verdades morais abstratas legais. Mas, na hipótese da

jurisprudência vir a produzir significações que transponham as constantes nos textos legais, deparamo-nos com uma situação de englobamento nesses moldes:



Tal situação hipotética configura o desfecho das argumentações tecidas pelo desembargador vencido no acórdão cível 02/2003:

O caso in specie trata exclusivamente de alimentos que decorrem de extinta sociedade de fato, os quais, para corrente majoritária do STJ, são renunciáveis, mormente após acordo de separação judicial consensual ou divórcio consensual. Ora, em se tratando de separação judicial ou de divórcio decorrente de casamento, os alimentos são renunciáveis, o mesmo pode ser dito com referência a verba alimentar objeto de acordo firmado entre os ligantes por ocasião do início de sociedade de fato.

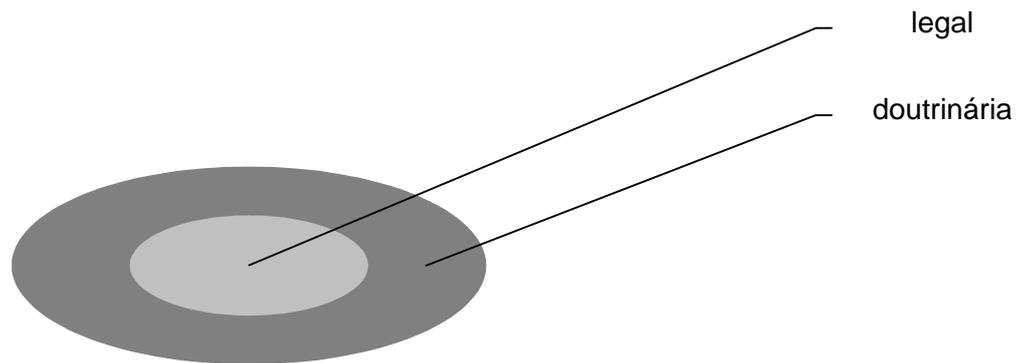
No caso em apreço, como em casamentos desfeitos, inexistem os deveres da fidelidade recíproca, da vida em comum, no domicílio conjugal e de mútua assistência.

Traz-se aos autos entendimento jurisprudencial aplicável ao caso vertente:

“Com efeito, uma vez dissolvido o vínculo matrimonial pelo divórcio (art.2º, parágrafo único, da Lei n.6.515/77), rompidos ficam, pois, todos os liames entre os cônjuges, marido e mulher – que não são parentes – passam a ser pessoas estranhas para as quais não subsiste o dever de mútua assistência própria do casamento. Daí que, independentemente de possibilidade ou não de dispensa ou renúncia aos alimentos, não tem a ex-mulher legitimidade para reclamar do ex-marido o pagamento de pensão alimentícia” (Yussef Said Cahali, Dos Alimentos, São Paulo, RT, 2ª edição, p.348).

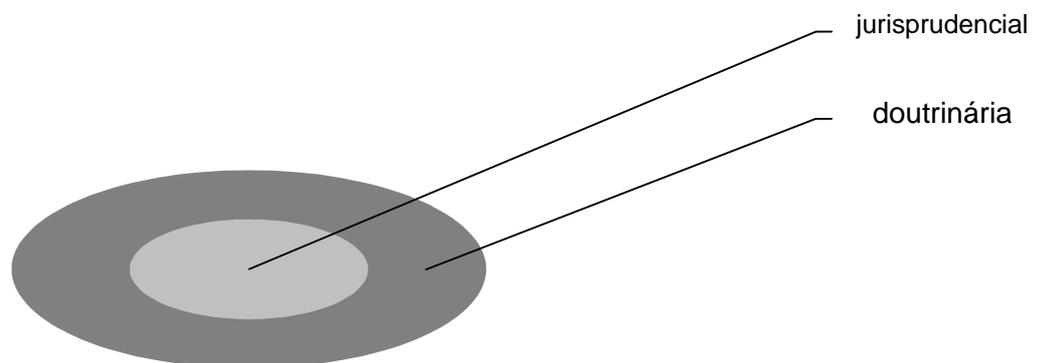
Note-se que no encadeamento de suas idéias, o desembargador vencido refere-se à jurisprudência paulista e a um acórdão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, mas seus conteúdos estão preñes de interpretações doutrinárias advindas de Yussef Said Cahali, incluindo as remissões contidas no segundo modelo esquemático. Disso, depreende-se que:

4º - as verdades morais abstratas doutrinárias transpõem as verdades morais legais, vindo a englobá-las e a transcendê-las em termos de significações atribuídas pelo legislador ao contido na lei (o inverso talvez não ocorra). Assim, essa transcendência por englobamento não se caracteriza como um privilégio apenas das jurisprudências;



Da mesma forma que:

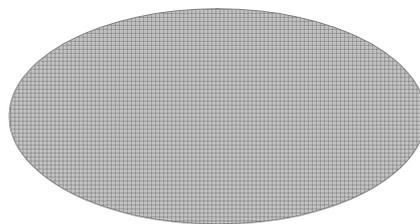
5º - as verdades morais doutrinárias (abstratas) podem vir a englobar as verdades morais jurisprudenciais (concretas);



Assim como:

6ª – as verdades morais doutrinárias e legais podem vir a coincidir, na hipótese do autor de um projeto de lei ser um dos intérpretes de sua própria legislação. Como exemplo, cito Clóvis Bevilacqua que foi o autor do Código Civil de 1916 e apresenta(va) extensa produção doutrinária sobre, diria, a lei por ele produzida. Ou seja, nesta hipótese, o jurista e o legislador se confundem na mesma pessoa.

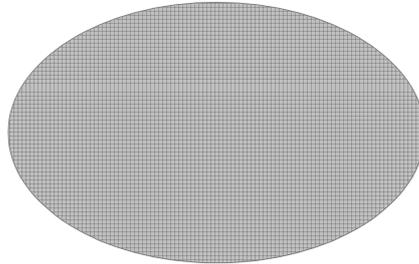
Verdade doutrinária=legal



E, finalmente, mas não de maneira exaustiva a ponto de descartar outras combinações possíveis:

7ª – as verdades morais legais abstratas coincidem com as morais jurisprudências concretas, sobretudo nos processos penais, face à explicada superioridade que a lei assume na definição do crime e na cominação da pena legal. O mesmo podendo ser deslocado para a relação entre as verdades morais abstratas doutrinárias e jurisprudências ou como no esquema anterior, entre as verdades doutrinárias e legais, no processo penal.

Verdade jurisprudencial=legal



No acórdão n. 03/2005, no qual Hermínio recorre da decisão do juiz monocrático, e tem como adversário o Ministério Público, vê-se que o desembargador relator Irineo descarta a alegação do pai e apelante Hermínio quanto à necessidade de consentimento da vítima (e filho do apelante), para os crimes contra a liberdade sexual. Isto é, esses crimes quando praticados com abuso do pátrio poder podem e devem ser levados ao judiciário por quem quer que tome conhecimento dele, conforme impõe a lei penal, dispensando a queixa-crime feita pela vítima. E uma vez que o inquérito policial torne-se processo penal através da denúncia do promotor, não há como ele vir a ser paralisado, mesmo que a vítima não deseje mais litigar contra o próprio pai. Portanto, nesse sentido tanto a doutrina quanto a jurisprudência apenas reproduzem o disposto e imposto pela verdade moral legal.

Não há dúvida que, de regra, o crime de atentado violento ao pudor (espécie prevista no capítulo dos crimes contra a liberdade sexual, pertencente ao gênero “crime contra os costumes”), é de ação penal privada, somente se procedendo mediante queixa, salvo quanto às exceções previstas no art. 225 do Código Penal, que, em seu parágrafo 1º, dispõe que se procede mediante ação pública: “II - se o crime é cometido com abuso do pátrio poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador”.

Por isso, “se a vítima de atentado violento ao pudor foi sexualmente violentada pelo pai, detentor do pátrio poder, desnecessária a representação para dar início à ação penal, ainda mais quando tal formalidade foi extraída do confronto de dados dos autos que atestam, de forma inequívoca, o propósito de mover a ação penal” (RT 623/282). E a “ocorrência de crimes sexuais cometidos com abuso de pátrio poder torna a ação penal pública incondicionada, independentemente de qualquer manifestação de vontade (art.225, parágrafo 1º, II, Código Penal)” (JC 75/632).

Com todo o acima articulado, duas questões merecem maiores esclarecimentos. A primeira diz respeito à insistência maior atribuída por mim a um mesmo acórdão que discute indiretamente o poder familiar (mais precisamente no de n.02/2003 de Caim *versus* Nelma), e a partir dele o estabelecimento de correlações entre os modelos de verdades morais. Tal insistência encontra-se respaldada por um único motivo, no mínimo, interessante. Tanto os argumentos utilizados pelo desembargador relator vencedor no julgamento, quanto do perdedor pautaram-se em um mesmo e “renomado doutrinador” brasileiro: Yussef Said Cahali. É claro que, à luz das transcrições, observa-se que ambos recortaram e colaram o que de mais próximo foi dito pelo doutrinador para que se encaixasse nos seus próprios argumentos. Para o vencedor Cahali diz ser irrenunciável o direito da ex-companheira aos alimentos, e para o vencido, Cahali defende a renúncia. Acredito que a vitória neste caso e em outros se definiu com base nas provas. Agora, isso pouco importa, pois as provas judiciais são cenas para os próximos capítulos.

O derradeiro esclarecimento versa acerca de uma observação que se vincula com o trecho do acórdão n. 05/2005, destacado no início do presente subitem. Ao definir o pátrio poder e o poder familiar sob os ditames do direito moderno e do antigo, fazendo-os coincidir em certos momentos, o desembargador Luiz, na disputa recursal envolvendo Marta contra o Ministério Público, acaba por incorrer no exercício executado pelos desembargadores que disputaram seus argumentos no acórdão 02/2003 (de Caim *versus* Nelma). Em síntese, todos eles transportam verdades morais conceituais, seja lá de onde quer que elas tenham sido extraídas (lei, doutrina ou jurisprudência), sem as suas devidas contextualizações, visando à produção de um dado Real (com “R”) importado para o processo, e depois do julgamento exportado para um outro real

(esse real é com “r” minúsculo) que não se esgota naquele produzido pelo discurso jurídico.

Por conseguinte, observa-se que esta peculiaridade tão cara ao discurso jurídico (sentencial) não deixa de ser um traço do que a filósofa Marilena Chauí atribui aos “discursos competentes” e aos “discursos autorizados”, quando esses passam a se fundir sob as vestes de “**discursos ideológicos**”. Se esses, por sua vez, configuram-se como aqueles discursos atemporais, anônimos e impessoais baseados em uma racionalidade, a conversão dos discursos competentes e de conhecimento em ideológicos não se consuma em um toque de magia - posteriormente retomo sob outros suportes teóricos à questão da atemporalidade ou da descontextualização perpetrada pelos discursos jurídicos.

Imersos em relações sociais nas quais nos sustentamos e sustentamos as relações em grande medida graças aos discursos competentes da tecnologia, da sexualidade, da medicina, etc., na maioria das vezes não nos apercebemos que nossa própria racionalidade se retroalimenta e alimenta os discursos autorizados. Sem entrar no mérito das brechas para eventuais ou inúmeras resistências, o fato é que em uma ou várias, eventuais ou corriqueiras oportunidades, para a filósofa encontramos-nos despidos da condição de possibilidade de falar em determinados lugares, quando desejarmos, sobre o que bem entendemos. Para assim agirmos, temos que estar na condição de sujeitos sociais legitimados a dizer “a qualquer outro qualquer coisa em qualquer lugar e em qualquer circunstância” (CHAUI, 1982:07). Em suas próprias palavras, já que estamos falando de discursos competentes:

O que é o discurso competente enquanto discurso do conhecimento? Sabemos que é o discurso do especialista, proferido de um ponto determinado da hierarquia organizacional. Sabemos também que haverá tantos discursos competentes quantos lugares hierárquicos autorizados a falar e a transmitir ordens aos degraus inferiores e aos demais pontos da hierarquia que lhe forem paritários. Sabemos também que é um discurso que não se inspira em idéias e valores, mas na suposta realidade dos fatos e na suposta eficácia dos meios de ação. Enfim, também sabemos que se trata de um discurso instituído ou da ciência institucionalizada e não de um saber instituinte e inaugural e que, como conhecimento instituído, tem o papel de dissimular sob a capa da cientificidade a existência real da dominação. Todavia, essas determinações da linguagem competente não nos devem ocultar o fundamental, isto é, o ponto a partir do qual tais determinações se constituem. A condição para o prestígio e para a eficácia do discurso da competência como discurso do conhecimento depende da afirmação tácita e da aceitação tácita da incompetência dos homens enquanto

sujeitos sociais e políticos. (...). Para que esse discurso possa ser proferido e mantido é imprescindível que não haja sujeitos, mas apenas homens reduzidos à condição de objetos sociais. (...). Essa tentativa se realiza através da competência privatizada. Invalidados como seres sociais e políticos, os homens seriam revalidados por intermédio de uma competência que lhes diz respeito enquanto sujeitos individuais ou pessoas privadas. Ora, essa revalidação é um logro na medida em que é apenas a transferência, para o plano individual e privado, do discurso competente do conhecimento cujas regras já estão dadas pelo mundo da burocracia e da organização. Ou seja, a competência privada está submetida à mesma reificação que preside a competência do discurso do conhecimento. Basta que prestemos uma certa atenção ao modo pelo qual opera a revalidação dos indivíduos pelo conhecimento para que percebamos sua fraude. (idem: 11-12).

Voltaremos ao assunto das realidades produzidas pelas verdades morais discursivas, mas sinalizo desde agora que a verdade é entendida por mim como um construto social e atrelada há séculos às relações de força, sobretudo, àquelas que fizeram os gregos deixarem de acreditar em seus mitos e passarem a separar nessas narrativas a verdade da não-verdade (o “certo” do “errado”). De simples divertimento e difusão da informação, a mitologia tornou-se especialidade de poucos. Esses, em sua maioria, profissionais da verdade e/ou historiadores, passaram a averiguar e a nos mostrar como fomos e somos ingênuos quando cremos em relatos do passado despidos de precisão quanto aos dados, aos personagens e às datas. A diferença entre Platão e Homero residirá, pois, nos distintos valores atribuídos à verdade de seus escritos pela sociedade da qual fizeram parte e de outras que a sucederam. Se Homero foi ridicularizado e foi banido da Grécia, isso se deu menos pela imprecisão de seus mitos, e mais pelo poder de ditar a verdade que o gênero histórico passara a assumir. O surgimento do “inquerito” e da atividade profissional de historiador como aquele que separa os fatos realmente acontecidos dos inventados, na linha de pensamento sugerida por Paul Veyne, tornam-se os indícios fundadores de uma transmissão do conhecimento adstrita a determinadas pessoas conhecidas por doutos ou intelectuais.

“A verdade é que a verdade varia” (VEYNE, 1987:140), e, guiada por essa assertiva de inspiração nietzscheana, proponho adentrarmos em algumas das verdades legais e doutrinárias a respeito do pátrio poder em nossa sociedade, e, naquelas do além-mar que nos antecederam e que influenciaram a imaginação de nossos juristas e legisladores sobre o que vem a ser o pátrio poder.

II. 1.2. A *Patria potestas* dos antigos romanos

Fustel de Coulanges (um dos historiadores jurídicos mais citados entre os juristas civilistas) retrança o surgimento do direito privado a partir das reminiscências das sociedades gregas e romanas antigas. Em ambas, a importância dos rituais religiosos domésticos vinculava-se à noção de família e à noção de *pater*. Essa última, não se esgotava na paternidade e nem tampouco na figura do marido, mas refletia a autoridade de sacerdote e de magistrado desempenhado por determinados homens sob os limites de suas casas. Da citada autoridade legitimada pela religião, Coulanges (1987:94 e seguintes) enumera uma série de direitos conferidos ao *pater* que definem então a sua *patria potestas*:

1 – direito de reconhecimento do filho que se consumava com a sua inserção na religião doméstica, fosse ele “biológico”, fosse “adotivo”, bem como de dispor sobre a sua morte;

2 – direito de rejeitar sua mulher tanto em virtude de esterilidade, quanto em virtude de adultério, incluindo o direito de dispor de sua morte;

3 – “direito de designar, ao morrer, tutor para sua mulher e filhos. (...). Mesmo quando viúva, a mulher não podia emancipar, nem adotar. Não podia ser tutora, nem mesmo de seus filhos. Em caso de divórcio, os filhos ficavam com o pai, mesmo as filhas” (idem: 94);

4 – a venda dos filhos era permitida, sendo que a lei das Doze tábuas a autorizava até o limite de três vezes. Após as três vendas, o filho alcançava liberdade em relação a este poder de sempre estar subjugado ao pai; e,

5 – a percepção de todos os frutos adquiridos pelo trabalho dos filhos.

Enfim, um direito absoluto sobre a vida e a morte dos filhos e das mulheres, porém, seja no direito de exclusão do filho, seja no de repúdio à mulher, as obrigações devidas pelo *pater* em relação ao culto doméstico

poderiam ser quebradas. Portanto, “a religião impunha ao pai tantas obrigações como lhe conferia direitos” (ibidem: 97).

De qualquer forma, o caráter absoluto cedido ao *pater* existente entre os antigos romanos residia antes na ausência de um poder outorgado e condicionado por uma dada organização política, hoje extensiva ao Estado – ou organização política. Não havia entre esses sujeitos um direito vigiado capilarmente pelo Estado (ditando o conteúdo e as formas dos rituais domésticos religiosos), ao menos até o surgimento da Cidade e da Urbe.

O nascimento de um romano não é apenas um **fato biológico**. Os recém-nascidos só vêm ao mundo, ou melhor, só são recebidos na sociedade em virtude **de uma decisão do chefe de família**; a contracepção, o aborto, o enfeitamento das crianças de nascimento livre e o infanticídio do filho de uma escrava são, portanto, práticas usuais e perfeitamente legais. (...). A criança que o pai não levantar será exposta diante da casa ou num monturo público; quem quiser que a recolha (VEYNE, 1990:23). **(Negritos meus)**.

Depois disto, as semelhanças entre “nós” e “eles”, guardadas as diferenças de contextos, passaram a se estreitar, ora em relação aos conteúdos dos direitos, ora em relação à forma como se deve ritualmente pedir tais direitos. Um dos estreitamentos reflete a importância do formalismo e/ou das regras que ditam os rituais de alcance do direito material, já existente àquela época em territórios estrangeiros:

As formas bizarras do antigo processo romano nada nos surpreenderão se nos lembrarmos que o direito antigo era a religião; a lei, o texto sagrado; e a justiça, o conjunto de ritos. O demandista procede judicialmente contra alguém, com a lei, agit lege. Pelo enunciado da lei, toma conta do adversário. **Mas cautela: para ter a lei a seu favor, torna-se indispensável conhecer-lhe os termos e pronunciá-la rigorosamente. Quando troca certa palavra por outra, a lei deixa de existir, e já não pode defendê-lo. Gaio narra a história de certo homem a quem o vizinho havia cortado as vinhas: o fato era verdadeiro e o homem pronunciou a lei, mas como onde a lei dizia árvores o homem nomeasse videiras, logo perdeu a questão** (COULANGES, 1987:201-02). **(Negritos meus)**.

Foucault em um esforço de tentar compreender o que “na história de nossa cultura permaneceu até agora escondido” (FOUCAULT, 1999:30), toma a tragédia de Édipo - Rei, como produtiva para pensar como se processaram as modificações das formas jurídicas ocidentais quanto à produção da verdade.

Partindo desse primeiro relato que (segundo ele) temos das práticas jurídicas gregas, o filósofo sugere que durante muito tempo perdurou o mito de que o poder político era “cego”, encontrando-se o saber ou o conhecimento ora ligado à lembrança, ora ligado ao contato com os deuses. Somente no final do século XII, com a acumulação de riquezas e do poder de armas nas mãos de alguns poucos que detinham o poder político, há o confisco da “contestação judiciária” por esses, responsáveis pela perpetuação de riquezas e pela resolução de conflitos outrora legados ao plano individual. “Nesse momento aparecem coisas totalmente novas em relação à sociedade feudal, ao Império Carolíngio e às velhas regras do Direito Romano” (idem: 65).

Dentre elas, destaca:

1ª – a resolução dos conflitos passa da esfera individual (e de uma “retórica” independente da elaborada pelo soberano) para uma esfera exterior a cada qual, centrada no poder político e jurídico;

2ª – o surgimento da figura do procurador que representando o soberano (ou o rei) detém a função de “dublar a vítima que deveria dar a queixa” (ibidem: 66) e, aos poucos “este fenômeno, absolutamente novo, vai permitir ao poder político apossar-se dos procedimentos judiciais. O procurador, portanto, se apresenta como o representante do soberano lesado pelo dano” (ibidem: 66);

3ª – acoplada à figura do procurador, emerge a noção de infração. Se antes havia um dano a ser resolvido na relação entre indivíduos, agora há sua substituição pela de infração. “A infração não é um dano cometido por um indivíduo contra outro; é uma ofensa ou lesão de um indivíduo à ordem, ao Estado, à lei, à sociedade, à soberania, ao soberano” (ibidem: 66);

4ª – criam-se mecanismos novos que não os pautados na transação para se dizer quem é o culpado, mas antes, de se investigar unilateralmente a verdade, mantenedora do poder soberano, do retorno à sociedade lesada e da produção de novos saberes, qual seja: o inquérito.

Notar-se-á que em nossa sociedade, desde as Ordenações Filipinas (precursora de nossas codificações), a paternidade, a maternidade, e, por conseguinte, o pátrio poder exercido sobre os filhos: surgiam, se mantinham e eram cassados, conforme o dispositivo disciplinar (FOUCAULT, 1983) que o poder político determinasse. Parece que desde sempre, entre nós, o pátrio poder (e depois de 2002 o poder familiar) esteve condicionado à vontade de alguém que não o pai ou o marido, e, depois nem a mãe ou a esposa, mas exterior a eles, seja nas formas dos rituais, seja no conteúdo dos litígios levados ao poder político.

II. 1.3. O pátrio poder antes e durante a vigência do Código Civil de 1916 (e das leis “processuais”)

II. 1.3.1. Notas sobre o parentesco: algumas convergências e divergências entre os discursos antropológico e jurídico

Desde o final do século XIX e o início do século XX, as discussões das relações travadas entre ascendentes e descendentes, sejam elas consangüíneas ou não, bem como, as relações de parentesco por afinidade travadas a partir do matrimônio, contribuíram significativamente para o surgimento do que se denomina de antropologia, e, em especial, para o estabelecimento das relações de parentesco e organização social como filões privilegiados da citada disciplina. Os antropólogos no exercício de compreender o outro “primitivo”, e, então, para alguns compreenderem a si próprios (ou as suas sociedades), ao se deslocaram de seus territórios para os chamados territórios exóticos, dedicavam-se inicialmente às temáticas do parentesco, da família e do casamento.

Para os antropólogos como Lewis Morgan, Edward Burnet Tylor, Bronislaw Malinowski e Alfred Reginald Radcliffe-Brown, classificados sob o clichê de clássicos nos estudos precursores da disciplina²⁰, a família mesmo sob diferentes enfoques metodológicos (da ausência de contextualização com a história conjectural à contextualização com a “observação participante”) e analíticos (de “evolucionistas” a “funcionalistas”), e, sob variações significativas, mas limitadas,

²⁰ - Esta lista de clássicos não é taxativa, mas ilustrativa daqueles que rotineiramente encontram-se como leituras obrigatórias tanto nos estudos de parentesco, quanto de teoria antropológica.

assumiu a característica de ser “universal” e, por consequência, de ser fundadora das sociedades pesquisadas.

Assim, quanto ao verbete “família”, ao vasculhar a sua definição em um dos dicionários de antropologia francesa, deparei-me com a elaborada por Françoise Héritier, que nos adverte para o fato de que:

Concluiremos, pois, de maneira aparentemente paradoxal, que a família é certamente um dado universal, mas apenas no sentido de que não existe nenhuma sociedade desprovida de uma instituição que desempenhe em toda a parte as mesmas funções: unidade econômica de produção e consumo, lugar privilegiado do exercício da sexualidade entre parceiros autorizados, lugar da reprodução biológica, da criação e da socialização dos filhos. Neste âmbito, ela obedece sempre às mesmas leis: existência de um estatuto matrimonial legal que autoriza o exercício da sexualidade entre pelo menos dois membros da família (ou que prevê os meios de a isso suprir), proibição do incesto (relação sexual ou casamento), divisão do trabalho segundo os sexos. (HÉRITIER, 1989:85-86). **(Negritos meus).**

Ao me deslocar da definição de Héritier para aquela elaborada pelo seu considerado mestre, Claude Lévi-Strauss, observa-se a existência de uma mesma insistência em relação ao seu caráter universal, seja ela monogâmica ou poligâmica (sob as nuances de “poliginia” e “poliandria”²¹); à proibição do incesto visando à perpetuação da sociedade e, à proibição de mulheres e homens casados entre si virem a desempenhar tarefas outras que não aquelas de suas responsabilidades, sob pena da própria família e do casamento não serem perpetuados. Porém, a meu ver, a sensível diferença, de uma para outra, reside no fato de Lévi-Strauss partir do pressuposto de que não há uma lei natural (necessidade fisiológica, biológica ou o que o valha), capaz de conceder um *a priori* para esse instituto. Vejamos:

Se não existe lei natural alguma que torne a família universal, como explicar a sua ocorrência em praticamente toda parte? Para tentar resolver o problema, vamos tentar, em primeiro lugar, definir a família, não integrando as numerosas observações de fato efetuadas em diferentes sociedades, nem mesmo nos limitando à situação predominante entre nós, mas, sim, estruturando um modelo ideal daquilo que temos em mente quando usamos a palavra família. Pareceria, então, que essa palavra serve para designar um grupo social possuidor de pelo menos, três características: (1) tem sua origem no casamento; (2) é constituído

²¹ - Entende-se por poliginia a prática social (normativa e/ou costumeira) de um homem casar-se com várias mulheres, e poliandria a possibilidade de uma mulher vir a se casar com vários homens.

pelo marido, pela esposa e pelos filhos provenientes de sua união, embora seja lícito conceber que outros parentes possam encontrar o seu lugar próximo ao núcleo do grupo; (3) os membros da família estão unidos entre si por a) laços legais, b) direitos e obrigações econômicas, religiosas ou de outra espécie, c) um conjunto bem definido de direitos e proibições sexuais, e uma quantidade variada e diversificada de sentimentos psicológicos, tais como amor, afeto, respeito, reverência, etc. (LÉVI-STRAUSS, 1982a: 361).

Deixando de lado, por enquanto, os aspectos não pacificados entre os teóricos dedicados aos estudos do parentesco, como: a proibição do incesto²², e a ênfase atribuída aos aspectos biológicos que cercam a família e o casamento, pode-se dizer que o consenso antropológico entre os ícones ou teóricos (não apenas) clássicos reside nas ligações entre casamento, família e parentesco. Em maior ou menor grau de variação, as definições para o parentesco nas principais tradições antropológicas (inglesa, francesa e norte-americana), incluem os elementos dispostos no enunciado abaixo transcrito:

O estudo das relações que unem os homens entre si mediante laços baseados na consangüinidade, enquanto relação socialmente reconhecida, e na afinidade (a aliança matrimonial); tais relações encontram uma tradução nos *sistemas de designação mútua* (as terminologias de parentesco), nas *regras de filiação* que determinam a qualidade dos indivíduos como membros de um grupo e os seus direitos e deveres no interior do grupo, nas *regras da aliança* que orientam positiva e negativamente a escolha do cônjuge, nas *regras de residência*, nas *regras de transmissão dos elementos* que constituem a identidade de cada um e, finalmente, nos *tipos de agrupamentos sociais* nos quais os indivíduos estão filiados. (HÉRITIER, 1989: 28). (Itálicos do original).

Relações de consangüinidade e de afinidade que unem os homens entre si; sistemas terminológicos de parentesco descritivos e classificatórios; regras matrimoniais que prescrevem impedimentos para os sujeitos que se casarão e regras que definem a transmissão de bens (nomes, sobrenomes, propriedades, etc.), ressoam familiares aos meus ouvidos que durante anos estiveram acostumado à linguagem do *métier* jurídico. Será que se trata de mera

²² - Uma das interessantes críticas elaboradas contra a universalidade da proibição do incesto na teoria da aliança levistraussiana, pode ser lida em Bernard Vernier (1991). Nessa obra, o antropólogo baseia-se nos estudos psicanalíticos de Stekel a respeito do fetiche do nome, bem como, nas concepções bourdianas de estratégias, para mostrar que na Ilha Grega de Karpathos, as relações de parentesco (entenda-se de filiação e de aliança), fundamentam-se nas práticas corriqueiras de casamentos realizados entre mulheres /filhas que escolhem homônimos de seus pais como esposos. Muito embora, o livro de Vernier insista tratar-se de uma crítica ao universal levistraussiano acerca da proibição do incesto, pode-se ler que na citada ilha grega a própria proibição do incesto torna-se um fetiche.

coincidência? Acredito que não, afinal, mesmo dentre os antropólogos clássicos que não eram juristas, havia aqueles cujas noções generalizantes em muito se assemelha(v)am às verdades morais judiciais ocidentais, sejam (fossem) elas legais e/ou doutrinárias.

Como exemplos, refiro-me ao significado de família trobriandesa para Malinowski, como sendo aquela “nuclear” e baseada em um casamento “monogâmico” e “heterossexual”; às regras de filiação de Radcliffe-Brown que se caracterizam como sendo um conjunto de direitos e deveres responsáveis por mostrar quem pertence e quem não pertence à linhagem e ao grupo de dada sociedade; e à certeza da maternidade²³ em comparação à presunção ou à ignorância da paternidade biológica em Spencer, Frazer e, novamente Malinowski. Tais aproximações são assim explicadas por Robin Fox (1986:17):

O estudo do parentesco como aspecto da estrutura social foi iniciado por juristas e estudiosos da jurisprudência comparada. É por isso que, até hoje, os estudos sobre o parentesco se encontram repletos de termos e conceitos jurídicos; direitos, apelos, obrigações, poder paternal, contratos, paternidade, personalidade jurídica, etc. As razões subjacentes a esse fenômeno se dão pelo nome de herança, sucessão e casamento. Todas as sociedades protegem até certo ponto a transferência da propriedade e da posição social em caso de morte, e essa transferência faz-se geralmente para um parente.

De qualquer forma estes pontos de convergência entre certos (não minoritários) discursos jurídicos e certos discursos antropológicos sobre o parentesco, por mais que não possamos legar ao acaso ou às meras coincidências, não refletem a riqueza de debates que foram e são encampados na e pela antropologia. Dessa forma, ao pincelar a citada riqueza, mergulho em alguns discursos antropológicos que discutem questões como o incesto e a consangüinidade, que são ainda evocados pelo discurso jurídico na qualidade de pertencentes à ordem do natural que não se produz. Posto já ter sido produzida, então, ele acaba por reproduzi-la, ao menos, na maioria quase unânime de suas vozes.

²³ - Mesmo laborando em suas concepções para a desnaturalização do biológico ou da natureza, Lévi-Strauss não se furta em afirmar que: “existe, sem dúvida, um instinto materno que obriga a mãe a cuidar de seus filhos e faz com que ela sinta intensa satisfação no desempenho de tais funções”. (LÉVI-STRAUSS, 1982a: 365).

Para principiar as notas a respeito do debate antropológico sobre a naturalização do biológico nos estudos do parentesco e a visão etnocêntrica de determinados estudos antropológicos, ater-me-ei a três autores nesse item, pois ao término do capítulo, retomo a certeza da maternidade fisiológica e a incerteza (ou ignorância) da paternidade fisiológica.

Em obra destinada à iniciação às duas teorias da antropologia social, Louis Dumont (1975) entende-as como adstritas às teorias do parentesco, e mais restritamente à tradição inglesa e à francesa. Nos apêndices, ao menos na versão traduzida para o espanhol, são anexados textos de autores com os quais o antropólogo francês dialoga no corpo do livro. Dentre eles estão John Beattie e David Schneider.

David Schneider, um dos precursores da antropologia simbólica norte-americana, em diálogo por ele estabelecido com John Beattie, delinea o parentesco como uma linguagem social e como um sistema de símbolos, cujos elementos baseiam-se na consangüinidade e na afinidade. Assim, enquanto linguagem social e simbólica, sua comunicação apresenta um conteúdo, de preferência, próprio que o constitua. Todavia, para Schneider, apenas os conteúdos das relações de consangüinidade são conhecidos na tradição herdada pelas produções de Fortes, Gough, Malinowski (dentre outros). O matrimônio é definido como uma relação de parentesco por afinidade, mas nos conteúdos descritivos e analíticos de Fortes, Gough e Malinowski, segundo Schneider, eles partem e retornam à atividade biológica.

Se para Schneider e para Beattie o consenso reside no fato de que os símbolos e os idiomas comunicados pelo parentesco não se restringem ao biológico, o distanciamento na opinião de Schneider em relação à Beattie dá-se quando esse ao rechaçar a visão dos autores antecedentes, não consegue vislumbrar um conteúdo próprio do parentesco que ocupe a prevalência que o biológico nesse *lócus* ocupa.

La naturaleza de los símbolos de afinidade nos son bien conocidos en las descripciones de Fortes, Gough, Malinowski y Marion J. Levy Jr. Gracias a ellas sabemos lo que “es” el matrimonio. De una u otra forma acaba teniendo que ver con las relaciones sexuales, que indudablemente es una actividad biológica. Con respecto al significado de consanguinidad podemos recurrir a un diccionario o a los mismos teóricos. Significa una relación de sangre, y éste es sólo un idioma para una relación biogenética, física, que acostumbra a ser la consecuencia de

dicha actividad biológica – las relaciones sexuales -. Esto es lo que Gellner ha estado diciendo todo el tiempo. (...). **Al rechazar la definición biológica del parentesco, Beattie no ve nada que pueda ocupar su lugar. En consecuencia, considera que el parentesco carece de contenido. Esto puede ser porque no ha descubierto todavía su verdadero contenido. O quizás está fuera de su alcance, porque carece de la teoría adecuada que pueda guiarlo. O, tal vez, porque no ha buscado en el lugar adecuado**". (SCHNEIDER, 1975: 165). (Negritos meus).

Sugere Schneider que talvez os desacertos de Beattie, e presumo dos demais teóricos que não encontra(ra)m conteúdo próprio distinto da ideologia hegemônica do sangue para o parentesco, alocam-se na utilização de conteúdos de outras relações como as econômicas, as políticas e as religiosas para explicar as relações de parentesco. Aliás, tal recurso de fusão ou de substituição de significados dá-se, ao menos na minha interpretação dos argumentos de Schneider, graças ao fato destas teorias emergirem de pesquisas realizadas com e em sociedades outras que não as nossas. E mais: talvez o olhar dos antropólogos que se debruçaram sobre terras distantes, tenha carecido de um distanciamento de suas próprias significações atribuídas à importância que concedem ao "sangue".

Com propriedade, as críticas de Schneider basearam-se em sua própria pesquisa realizada com norte-americanos. Nesta, o antropólogo defende que as relações de consangüinidade e de afinidade, constitutivas do parentesco, correlacionam-se, respectivamente, com a "ordem natural das coisas" e com a "ordem da lei". Por detrás destes simbolismos, observa-se que as figuras ilustrativas da "sogra" e da "nora" se estabelecem enquanto termos de uma "relação", à medida que há uma "real relação" de consangüinidade que vincula o esposo da nora que é filho da sogra. Ou ainda: de uma relação pautada no dueto "filho e mãe". Desta forma, se os padrões de comportamentos aceitáveis socialmente (ou morais) nas relações consangüíneas são naturalizados ou são tidos como dadas *a priori*, as relações de afinidade que decorrem das sangüíneas, são claramente estabelecidas nos códigos legais – aqui se entenda não apenas os formulados pelo Estado, mas também os costumeiros²⁴. Detalhe: « les codes de conduite imposés et les comportements attendus sont ceux de la

²⁴ - Há que se salientar que as relações de consangüinidade que são subentendidas como naturalizadas também são objetos das diferentes leis, sejam elas codificadas (escritas) ou costumeiras.

relation parent/enfant, alors même qu'y fait défaut le support matériel et naturel de cette relation » (SCHNEIDER, 2005 :218).

Trocando em miúdos, a dificuldade em transpor a significação do “verdadeiro” existente nas relações consangüíneas, parece ser constitutiva de nossa própria visão ocidental. Mas, dentre os discursos antropológicos, além das contribuições de Schneider, hei de expor algumas das trazidas por Lévi-Strauss, sobretudo acerca da proibição do incesto.

Para o estruturalismo francês, a universalidade da proibição do incesto não se explica pelas ressalvas feitas pelos ocidentais geneticistas quanto ao casamento entre consangüíneos, muito embora esses também tenham afirmado que “o perigo seria muito menor se a proibição nunca tivesse existido, uma vez que desta forma, as características hereditárias nocivas ter-se-iam manifestado, sendo automaticamente eliminadas pela seleção” (LÉVI-STRAUSS, 1982a: 371). No tocante aos argumentos de Lévi-Strauss, concentrar-me-ei em seus aspectos mais “rudimentares” estritamente ligados à desnaturalização da consangüinidade, visto os outros aspectos mais refinados serem destinados aos que detêm “melhores cérebros lógicos e mesmo matemáticos existentes na civilização moderna” (idem: 374).

Conjugada à proibição do incesto e à exogamia, um dos notáveis elementos das estruturas elementares do parentesco levistraussianas (LÉVI-STRAUSS, 1982) é a chamada “regra de cruzamento entre primos”, através da qual, várias “tribos mundo afora” (LÉVI-STRAUSS, 1982a: 375) dividem esses parentes colaterais em “paralelos” quando as relações são estabelecidas entre dois irmãos do mesmo sexo, e “cruzados” quando os irmãos são de sexos diferentes. Didaticamente, pode-se dizer que os filhos de minha tia paterna (irmã de meu pai) e de meu tio materno (irmão de minha mãe) são meus primos cruzados, ao passo que os filhos de minha tia materna (irmã de minha mãe) e de meu tio paterno (irmão de meu pai) são meus primos paralelos.

Segundo Lévi-Strauss o que o surpreende nesta classificação é o fato de que praticamente todas as tribos ao elaborarem-na, consideram os primos paralelos mais próximos do que os cruzados, e então interditados para o casamento. Por sua vez, essa distinção que é produto sócio-moral permite que percebamos a passagem operada das coisas dadas *a priori* para aquelas

produzidas pela ordem do cultural. Ou da desnaturalização do consangüíneo realizada pelo social.

Com base no que até então foi exposto, sublinho duas ponderações que a meu ver devem ser acentuadas antes de partir para a análise das significações do pátrio poder à luz das verdades morais abstratas legais e doutrinárias, no contexto do direito brasileiro:

1º - as noções gerais de parentesco veiculadas por alguns antropólogos tidos como clássicos apresentam correspondências com as noções jurídicas ocidentais, tanto em seus aspectos terminológicos (filiação, casamento, herança, varão, descendentes, ascendentes, etc.) quanto em suas pretensões de generalização com o fito de produzirem verdades morais abstratas, mesmo que distintas daquelas jurídicas/legais. Quanto à generalização, na trajetória levistraussiana transbordada de tantas contribuições, não é raro o leitor se deparar com frases do tipo: “devemos ir em busca da verdadeira explicação ... (idem:371), ou “(...) a verdade é que o casamento não é, nunca será nem poderá ser um assunto particular” (ibidem:365).

2º - se ambas as visões, jurídica ocidental e antropológica, apresentam seu lado arbitrário e abstrato, há que se ressaltar que o legado deixado pelos antropólogos que teoriza(ra)m sobre o parentesco reside no relativismo das leis elaboradas pelo Estado. Assim, se a família ocidental moderna vincula-se ao casamento heterossexual procriativo no contexto jurídico e legal, nem sempre, neste mesmo contexto ou em outros, a família corresponderá para os sujeitos que nela vivem a tal modelo abstrato.

Ao contrário de ser algo natural, o parentesco assume a feição de construto social, pois não é dado como inquestionável. Por conseguinte, as realidades jurídicas e legais, como as que veremos na seqüência, passam a ser uma dentre outras tantas realidades vividas por uma dada sociedade (mas dotada de uma força que nenhuma outra porventura detenha). Além disto, se aqui aponte para pontos de tangência entre os discursos antropológicos e os discursos jurídicos e legais envolvendo paternidade, maternidade e filiação, ao término do capítulo, retomo outras importantes convergências e divergências.

II. 1.3.2. As significações jurídico-legais atribuídas ao pátrio poder

O Código Civil de 1916 que perdurou durante quase um século entre nós, foi elaborado pelo “renomado” jurista, membro da Academia Brasileira de Letras e jornalista, Clóvis Bevilacqua. Sob a influência do Código Napoleônico (ele próprio inspirado nos valores do direito romano; IACUB, 2004), uma das leituras possíveis ao citado Código Civil baseia-se no tripé do “privar, possuir e pertencer” (FACHIN, 2000:11). Verbos que por sua vez, conjugavam-se aos institutos jurídicos mais privilegiados no esqueleto do Código de 1916, a saber: o contrato (direito das obrigações), a família (direito de família e das sucessões) e a propriedade (direitos reais e das sucessões).

Destinado ao exercício paterno, o pátrio poder somente com a morte do pai poderia ser exercido pela mulher-mãe. Ao mesmo tempo, se esta se casasse novamente perderia o pátrio poder exercido sobre os filhos do “primeiro leito”. Com o advento do Estatuto da Mulher Casada (ou Lei n. 4.121) em 1962, esta situação de “incapacidade” da mulher/esposa/mãe foi legalmente alterada, e há quem defenda a exemplo do jurista Caio Mário da Silva Pereira, que o legislador em seus quatro artigos foi sensível à igualdade entre homens e mulheres, legando o exercício do pátrio poder desempenhado pela mulher à situação de “colaboração” em relação à competência maior que era exercida pelo marido/pai. Outros, por sua vez, defendem ter ocorrido uma redefinição da (in)capacidade civil da mulher, isto é, da maior ou da menor possibilidade da esposa vir a gerir sozinha atos da vida civil, tais como: desempenhar de maneira autônoma uma profissão lucrativa sem a necessidade de vínculo com as atividades do “cônjuge varão²⁵” e/ou de sua autorização.

E mais: não esqueçamos que se o filho “ilegítimo” ou aquele nascido fora do casamento legal, não fosse reconhecido pelo pai mediante certidão de registro de nascimento (principal prova de paternidade e/ou maternidade, bem como única prova válida no processo penal para mostrar o “estado das pessoas”), caberia o exercício do pátrio poder à mãe, caso fosse conhecida. Em se casando novamente, a referida lei de 1962 fez com que as mulheres pudessem exercer

²⁵ - Sinônimo de marido ou homem. Para as mulheres há o termo “cônjuge virago”.

seu pátrio poder sem a interferência do marido de “primeiras núpcias ou primeiro leito”.

Na condição de chefe de família, o Código Civil atribuiu ao “homem-pai” o poder exclusivo sobre os filhos. A “mulher-mãe” poderia exercer o poder sobre os filhos somente no caso de falta ou impedimento do pai. Com a lei 4.121, o exercício do pátrio poder é atribuído aos pais “exercendo-o, o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores, passará o outro a exercê-lo com exclusividade”. O parágrafo único do art. 380 ressalta, entretanto, que em caso de conflito entre os pais “prevalecerá a decisão do pai, ressalvando **à mulher o direito de recorrer ao juiz, para solução de divergência** (DIGIOVANNI, 2003:23). **(Negritos meus)**.

Em territórios franceses²⁶, a situação não era diversa, seja no tocante às funções da mulher/mãe/esposa, seja no tocante ao exercício do pátrio poder:

A família exercia um controle bastante rigoroso sobre seus próprios membros. O marido era o chefe de família; a mulher casada precisava ter sua autorização por escrito para abrir uma conta no banco ou para administrar seus próprios bens. Era ele que exercia o pátrio poder. É apenas com as leis de 1965 sobre os regimes matrimoniais e de 1970 sobre o pátrio poder que desaparece a inferioridade jurídica da mulher em relação ao marido (PROST, 1992:77).

Nestas duas situações, em territórios franceses e brasileiros, o nascimento do pátrio poder ocorria com a inserção do nome da criança nascida com vida no registro de nascimento (ou certidão de nascimento), bem como a sua manutenção, a sua suspensão e/ou a sua extinção processava-se através dos tentáculos do judiciário ou da decisão judicial. Desta forma, o caráter de dever ao invés de mero poder constante no trecho sentencial destacado no início deste capítulo, reflete (refletia) as condições impostas a um poder/direito que tem (tinha) limites, posto não ser absoluto como outrora no direito romano. E, se este poder/dever não for exercido “convenientemente, permitirá o arrebatamento dos filhos maltratados dos braços de genitores irresponsáveis”.

Quais eram estas situações de atividades “inconvenientes” aos olhos do Estado, segundo a verdade moral constante nos textos legais brasileiros?

²⁶ - Faço a contraposição frente à influência exercida pelo Código Napoleônico sobre o brasileiro.

Remeto-me (nos) direto ao Código Civil de 1916, em seus artigos destinados à regulamentação do pátrio poder.

Artigo 394. Se o pai, ou a mãe, abusar do seu poder, faltando aos deveres paternos, ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida, que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, suspendendo até, quando convenha, o pátrio poder. Parágrafo único. Suspende-se igualmente o pátrio poder, ao pai ou mãe condenados por sentença irrecorrível, em crime cuja pena exceda de dois anos de prisão. (CCB, 1991:78-79).

Vê-se que a “**suspensão**” do pátrio poder no Brasil operava-se guiada por dois vetores:

1º o abuso do poder pelos pais exteriorizado pela falta dos deveres paternos, e/ou;

2º o abuso do poder pelos pais exteriorizado pelo fato de arruinarem os bens dos filhos.

Entre os dois fatos geradores da suspensão do pátrio poder havia uma diferença crucial, a meu ver, imbricada com a discussão de classe social ou situação econômica dos pais, à medida que o abuso remarcado pelo “usufruto” inadequado dos bens pertencentes aos filhos menores, e, então “incapazes” de geri-los ou dispô-los, dificilmente ocupa(va) lugar no contexto jurídico dos tribunais. Ao menos, não me defrontei com nenhum destes casos no Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Assim, pode-se inferir que esta situação tal como foi o “dote” em nossa sociedade, é uma situação prevista como verdade moral legal pelo Código Civil de 1916, mas não é utilizada pelos sujeitos a ponto de transformá-la em uma verdade moral ditada (com recorrência) pelos tribunais. O mesmo não posso inferir, por exemplo, dos casos de suspensão de pátrio poder fundamentados em maus-tratos, pois os que são visibilizados nos julgamentos dos tribunais brasileiros, dizem respeito corriqueiramente a mães e a pais que detêm poucos recursos financeiros: os chamados pobres.

Em artigo elucidativo, o historiador Edson Passetti (2000) salienta como as situações de pobreza e de instabilidade “conjugal” (ou de “famílias

desestruturadas”) foram desde o Império (mais notoriamente desde a República Velha), vinculadas à “delinqüência” e à “criminalidade” das crianças “abandonadas” (diga-se na visão dos “disciplinadores”). À luz desse silogismo básico (“pobreza” + “abandono” + “família desestruturada” = “menor delinqüente”), a partir de 1920 tais crianças que se tornariam os já existentes criminosos adultos (“natos” ou não), passaram a ocupar as ações governamentais, antes exercidas pela “caridade misericordiosa” (...) “e prioritariamente por instituições religiosas”²⁷ (idem: 350). Sendo que, “a sua expansão ocorrerá entre as duas ditaduras (Estado Novo, de 1937 a 1945 e a Ditadura Militar, de 1964 a 1984), quando aparecem os dois primeiros Códigos de menores: o de 1927 e o de 1979” (ibidem: 350).

Afinal, ou no final das contas, a suspensão e/ou a perda do pátrio poder, ora da mãe, ora do pai, na literatura doutrinária jurídica (ou não), envolve geralmente casos voltados aos sujeitos rotulados como pertencentes às “classes”, “grupos” ou “camadas” populares (“irresponsáveis”; “criminosos” ou na iminência de o serem). É sobre estes mesmos sectores sociais que incidem os controles disciplinares da assistência social, em forma de “exames”, “diagnósticos morais” e “estudos sociais”, cujos laudos compõem nos rituais processuais os “conjuntos probatórios” contrários à retórica do sujeito que se pretende suspender ou extinguir da certidão de nascimento do menor²⁸. Nos resultados de pesquisa de Cláudia Fonseca, cuja adoção retrata a conseqüência lógico-jurídica da perda e da aquisição do pátrio poder entre os genitores e os adotantes, a antropóloga questiona-se:

Quem é, então, que dá seus filhos? Aqueles que não têm como evitá-lo – os párias, como as mães solteiras, e os pobres -, aquelas mulheres que, por ocasião do parto, não têm condições de manter a criança e que, para satisfazer as necessidades do momento, aceitam renunciar para sempre, não apenas ao seu pátrio poder, mas também ao próprio laço de filiação. Em outras palavras, a lei se aproveita da fragilidade de certas mulheres para anular sua condição de mãe. (...). Ao avaliar o “contrato” implícito no processo de adoção, é preciso perguntar

²⁷ - Não sem ironia, a título de curiosidade, antes da instituição formal dos dois primeiros cursos jurídicos (São Paulo e Olinda) no Brasil em 1828, através da carta de Lei de 11 de agosto de 1827, partiu da “Igreja a primeira tentativa de fundação de cursos de direito em nosso país” (SILVA & MACHADO, 2003:11).

²⁸ - Ou nos casos de perda da guarda, que se pretende afastar do convívio diário.

o seguinte: as genitoras entendem o espírito da lei?²⁹ Já existem, por exemplo, inúmeros casos de mães que tentaram reaver seus filhos adotados por outras famílias. Pouco adianta explicar a elas o que significa a adoção plena – elas assinam todos os documentos necessários sem perder a esperança de um dia reencontrar os filhos. (FONSECA, 1995:131-132).

Se a suspensão do pátrio poder se processa(va) sob os dois quesitos acima postos, **os da perda (ou morte)** eram e continuam sendo mesmo após a revogação do Código Civil de 1916, tão polissêmicos e tão restritos aos pobres quanto os enumerados no artigo 394 do antigo Código Civil. Mas, antes de chegarmos ao novo Código, retomo o que prescrevia o artigo 395 (CCB, 1991:79):

“Perderá por ato judicial o pátrio poder o pai, ou a mãe: I – que castigar imoderadamente o filho; II – que o deixar em abandono; III – que praticar atos contrários à moral e aos bons costumes”.

“Castigar imoderadamente”, “deixar em abandono” e “praticar atos contrários à moral e aos bons costumes” comporta inúmeras interpretações (interligadas ao contexto da época), que em grande medida depende de alguns fatores, a saber: 1) da “retórica”³⁰ dos operadores do direito envolvidos no processo, e 2) do “livre convencimento” do magistrado e de suas pré-concepções pessoais (sócio-culturais)³¹. Estes dois fatores atrelados a outros confluem para uma das questões que mais me interessa investigar no presente trabalho: os fatos que são levados ao contexto jurídico como retalhos de um “conjunto probatório satisfatório”, e se tornam (como se tornam?) capazes de convencer o

²⁹ - Nota minha: remissões a essa questão já foram feitas anteriormente, mas complementaria dizendo que talvez fosse melhor inquirir-se se a lei (e não o seu espírito) é conhecida pela maioria dos indivíduos, indistintamente da classe social.

³⁰ - Utilizo “retórica” no sentido de arte do convencimento. Nesse e em outros capítulos.

³¹ - Na citada pesquisa de Luiz Wernneck Vianna et al. (1997), o mesmo verificou que nos Estados Unidos da América o corpo da magistratura compartilha “amplamente dos mesmos valores e orientações e estão trabalhando em favor da realização de objetivos semelhantes” (idem: 21). No Brasil igual modelo pode ser estendido a outras carreiras de elite, como a da diplomacia, mas não à magistratura.

Entre os magistrados, porém, antiga reserva de quadros da elite que, sob o Império, fornecia os dirigentes do Estado, as linhas de descontinuidade são mais profundas. De elite político-administrativa, o magistrado passa a ser um técnico-perito no ajustamento da lei ao fato social, transformando-se de “construtor da ordem” em garantidor, ao estilo weberiano, das condições de previsibilidade – “a certeza jurídica” – necessárias à expansão da vida mercantil. Ademais, o cenário da sua procedência, antes vinculado às elites proprietárias, viu-se trocado pelo das camadas médias – desde aquelas qualificadas pela educação e pelo tipo de ocupação, até aquelas de menor qualificação em termos de renda e de atividade ocupacional – e pelos setores sociais especificamente subalternos (ibidem: 10).

magistrado de uma única verdade (não significada como ficcional pelos mesmos!), exposta ao longo de uma narrativa produzida no processo.

Lembremo-nos: há mais de 150 anos, crianças, trabalhadores (homens e mulheres) tornaram-se alvos do modelo vigilante “panóptico” (FOUCAULT, 1983) da ordem governamental, em especial após a abolição da escravatura; período marcado tanto pela elaboração do Código Civil de 1916, quanto pela publicação e vigência do Código Penal de 1890. Como se ordenaria e se controlaria uma sociedade pautada até então no trabalho escravo, em que não mais “se poderia acorrentar o produtor ao local de trabalho” (ABREU, 2000:291)?

Para os reformadores políticos, médicos e juristas eram os populares e mais especificamente os negros, aqueles com os quais os desafios para se chegar a uma sociedade civilizada e ordeira, rumo ao progresso, tornavam-se mais dispendiosos e carecedores de vigília. Epidemias venéreas, ociosidade, a não valorização dos laços familiares e de parentesco, retratavam preocupações que deveriam ser contidas ou punidas pelas legislações civil e criminal. E mais: o modelo para a formulação da regra legal, calcada sempre na projeção ficcional do “dever ser”³² como parâmetro do “comportamento que se esperava”, eram aqueles “recomendados para as famílias mais abastadas” (ABREU, 2000:291; ESTEVES, 1989), cuja medicina social já havia se ocupado de higienizar em meados do século XIX, com relevo para as crianças e mulheres, bem como aos que outrora desfrutavam do status de escravos.

A incongruência ideológica do liberal-escravagismo, com a qual os médicos compactuavam, tornava-se, aqui, inoportuna. A felicidade física e racial, a riqueza econômica e espiritual, prometidas pela higiene à família branca, não podiam estender-se ao escravo. Ele deveria continuar na posição em que sempre estivera. No entanto, sua função tinha que ser transformada. Cúmplice no funcionamento da casa antiga, deveria tornar-se o agente da mudança familiar. O problema consistia, portanto, em modificá-lo higienicamente, sem alterar sua posição social e seu estatuto civil. Os médicos criaram, então, um outro procedimento tático: inverteram o valor do escravo. De “animal” útil ao patrimônio e à propriedade, ele tornou-se “animal” nocivo à saúde. Seu lugar disciplinar foi,

³² - O jurista Miguel Reale (1991), um dos elaboradores do novo Código Civil, traça a distinção lógica existente entre os “juízos de valor” existentes nas análises sociológicas sobre a realidade, e, os “juízos de valor” existentes nas análises do legislador que culminam na elaboração das leis. Dessa sucinta distinção renderia também observar a concepção que o douto jurista apresenta não apenas do *métier* sociológico, mas da própria concepção do termo verdade. “O legislador não se limita a descrever um fato tal como ele é, à maneira do sociólogo, mas, baseando-se naquilo que é, determina que algo deva ser, com a previsão de diversas conseqüências, caso se verifique a ação ou a omissão, a obediência à norma ou a sua violação” (REALE, 1991:35).

deste modo, garantido. Alinhado junto com “miasmas”, “insetos”, “maus ares” e maus hábitos, o escravo tornou-se o veneno que a família absorvia, acreditando alimentar-se. (COSTA, 1999:121-122).

Martha Abreu em sua pesquisa desenvolvida com processos criminais (julgados no Rio de Janeiro de 1900 a 1913) de “defloramento e sedução”³³, com “meninas pobres”³⁴ de 13 a 16 anos, perquiriu as conotações atribuídas à “honestidade” e a outros predicativos correlacionáveis à “moralidade”. Sem se preocupar diretamente como os “argumentos” foram produzidos para se tornarem “provas”, a historiadora ao se ater ao processo de Maria Carolina, de 15 anos, iniciado na delegacia com a queixa de sua mãe, Felipa Conceição Pires, corrobora o antes anunciado neste item. As preocupações com a honra das “mulheres/meninas” por parte de seus familiares (madrinha e mãe) convergiam ora para o receio de que Maria Carolina engravidasse e perdesse o emprego – possível reflexo das normatizações presentes na legislação vigente; ora para uma significação diversa daquelas estipuladas pelos legisladores, juristas, julgadores e médicos, sobretudo, no que toca aos ideais de família nuclear e vigilância materna. A ausência de um ritual de namoro no caso de Maria Carolina, retratada em seus depoimentos, constituía-se como o anverso da própria moeda: descaso e abandono materno, por mais que tenha sido a mãe quem se queixara do “defloramento” de suas filhas. Aduz a historiadora:

Sobre o caso de Maria Carolina, ainda é preciso responder a uma pergunta: por que tanta preocupação com o defloramento depois do fato consumado? Ninguém supervisionava o comportamento de Maria Carolina antes do ocorrido? Sua mãe nada declarou sobre isso. A comadre Maria Francisco, por conselho do marido que previra um “mal maior”, tê-la-ia avisado do namoro, mas, ao que parece, nenhuma providência foi tomada. De concreto, em termos de vigilância, apenas temos notícias de que Maria Francisco acompanhava a ofendida até o bonde, depois do trabalho. Em compensação, foi a mesma personagem que afirmou na pretoria ter conhecimento das conversas de Maria Carolina com o rapaz, até dez horas da noite! (ABREU, 2000:301).

³³ - Com o advento do Código Penal em 1940, o crime de defloramento foi denominado de “sedução”.

³⁴ - No quarto capítulo retomo esta questão das “meninas pobres”, uma vez que Abreu enfatiza ser a maioria dos processos criminais de “sedução” e “defloramento” pertinentes a “vítimas” pobres.

No Código de Menores instituído pela Lei n. 6.697/1979 (revogando o anterior de 1927), a suspensão do “pátrio poder” estava adstrita a causas tão genéricas quanto as enumeradas pelo Código Civil de 1916, com a diferença de que os pais naquele (de 1927) tinham seus pátrios poderes suspensos quando dessem “motivo à **situação irregular do menor**, ou descumprissem, sem justa causa, a obrigação de submeter o menor a tratamento” (PEREIRA, 1993:240). **A perda** além dos elementos contidos no artigo 395 do antigo Código Civil (de 1916) previa dois outros menos genéricos: **ao pai ou à mãe que fosse condenado por crime contra a segurança ou a honestidade das famílias, ou, que fosse condenado a qualquer pena como co-autor, encobridor ou receptor de crime perpetrado pelo filho, ou de crime contra este**. Aos moldes de um *déjà vu*, o Código de Menores de 1979 reafirmava o espírito do anterior de 1927, com a modificação de que o “conhecimento biopsicossocial científico” dos menores levava-os ao internamento somente quando fossem constatadas as suas “situações irregulares” acrescidas de “conduta infratora”³⁵ por parte do menor (ou de seus responsáveis).

Nesta esteira, cabe pontuar que o “abuso” (incluindo “crimes contra a segurança ou honestidade das famílias”) responsável pela suspensão e/ou pela perda do pátrio poder, bem como a tríade: castigar imoderadamente, deixar em abandono e praticar atos contrários à moral e aos bons costumes, ecoa(va)m nos crimes previstos no Código Penal brasileiro (de 1940 e revisado pela lei 7209/1984) sob o título: DOS CRIMES CONTRA A ASSISTÊNCIA FAMILIAR (DELMANTO, 1991:389-394). Vejamos.

ABANDONO MATERIAL. Art. 244. Deixar, sem justa causa, de prover à subsistência do cônjuge, ou de filho menor de dezoito anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou valetudinário, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo: Pena – detenção, de um ano a quatro anos, e multa, de uma a dez vezes o salário mínimo vigente no país. Parágrafo Único – Nas mesmas penas incide quem, sendo solvente, frustra ou ilide, de qualquer modo, inclusive por abandono injustificado de emprego ou

³⁵ - Mesmo sendo considerados pelo antigo e atual Código Penal como “inimputáveis” – não suscetíveis de punição ou criminalização pela ausência de consciência da prática delituosa, os menores como farta literatura atesta, estavam submetidos a medidas corretivas (ou educativas), como queiramos, muito similares às analisadas por Michel Foucault (1983) e impostas pelos citados Códigos Penais brasileiros aos maiores “imputáveis” e conscientes de suas práticas delituosas.

função, o pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada.

&

ENTREGA DE FILHO MENOR A PESSOA INIDÔNEA – Art. 245. Entregar filho menor de dezoito anos a pessoa em cuja companhia saiba ou deva saber que o menor fica moral ou materialmente em perigo: Pena – detenção, de um a dois anos. Parágrafo 1º - a pena é de um a quatro anos de reclusão, se o agente pratica delito para obter lucro, ou se o menor é enviado para o exterior. Parágrafo 2º - Incorre, também, na pena do parágrafo anterior quem, embora excluído o perigo moral ou material, auxilia a efetivação de ato destinado ao envio de menor para o exterior, com o fito de obter lucro.

&

ABANDONO INTELECTUAL – Art.246. Deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar: Pena – detenção, de quinze dias a um mês, ou multa.

&

Art. 247. Permitir alguém que menor de dezoito anos, sujeito a seu poder ou confiado à sua guarda ou vigilância: I – freqüente casa de jogo ou mal-afamada, ou conviva com pessoa viciosa ou de má vida; II – freqüente espetáculo capaz de pervertê-lo ou de ofender-lhe o pudor, ou participe de representação de igual natureza; III – resida ou trabalhe em casa de prostituição; IV – mendigue ou sirva a mendigo para excitar a comiseração pública: Pena – detenção, de um a três meses, ou multa.

O “abandono” “moral”, “intelectual” e/ou “material”, aliado ao “perigo moral” e/ou ao “material” dos maiores responsáveis em relação aos menores incapazes, desempenham (legalmente) papel preponderante na manutenção do “pátrio poder” e na possível caracterização dos crimes acima descritos. Todavia, a compreensão das dificuldades financeiras dos pais na Justiça civil não pode - por força da lei - definir por si só a perda ou a suspensão do pátrio poder, nem tampouco os “crimes praticados contra a segurança ou honestidade das famílias” o fazem, por si só (que não se confundem com os classificados como “crimes contra a pessoa”, tais como: infanticídio e homicídio; que também por si só não definem a perda e a suspensão do pátrio poder, bem como, a modificação da guarda³⁶).

³⁶ - A guarda e responsabilidade de menores é o dever desempenhado geralmente pelos pais, como reflexo do próprio pátrio poder. Porém, há situações em que é designado um “tutor” que não equivale à figura do pai e da mãe (legais), para desempenhar tal função/dever, muito embora o pátrio poder continue em nome dos pais que estão assim identificados na certidão de nascimento.

Com a amostragem que tenho em mãos, parece-me que os enunciados sentenciais misturam diferentes argumentos para não enfatizar que os poucos recursos financeiros paternos, por si só, tanto inviabilizam a manutenção do “pátrio poder” (ou mesmo do atual “poder familiar”), quanto acentuam a vigilância do Estado sobre os representantes legais da criança. Talvez propositadamente, pois algumas legislações civis proíbem claramente que a condição de pobreza venha a motivar “por si só” o exercício do pátrio poder/poder familiar.

Na briga judicial recursal envolvendo Marta e Alaor (acórdão n.05/2005 – ver quadro constante no item I. 6.2), pais de Ernesto³⁷, contra o Ministério Público, que defende o menor (na ação originária de destituição – ou extinção – do poder familiar), o desembargador relator assim ponderou:

Os autos revelam situação de dificuldade econômico-financeira da apelante, que não exerce atividade remunerada, mas auferir do Instituto Previdenciário pensão pela morte da mãe, no valor de um salário mínimo. **Conta ela com a pensão alimentícia dos filhos Carlos e Amanda, no valor de R\$ 40,00 cada, mais a bolsa escola de R\$ 30,00, para garantir o sustento da prole. Compartilha a precária residência com cinco dos seus seis filhos e com o companheiro, que recebe aposentadoria no valor de um salário mínimo. Essa circunstância, ainda que possa influenciar no conjunto da prova a ser examinado pelo Juiz para definição da situação dos infantes e para livrá-los de riscos a que não se devam sujeitar, por si só não é razão bastante para a decretação da suspensão ou da extinção do poder familiar, nos termos do artigo 23 do Estatuto da Criança e do Adolescente, cabendo ao Estado incluir crianças e adolescentes e suas famílias carentes em seus programas oficiais de assistência ou auxílio.** De sorte que essas medidas (suspensão e extinção do poder familiar) são remédios amargos, ministrados pela Justiça em situações extremas. **(Negritos meus).**

Neste caso, **a perda do poder familiar** alicerçou-se no desleixo da mãe, Marta, que era negligente quanto aos seguidos e “comprovados” abusos sexuais praticados contra seu filho, Ernesto, de cinco anos à época, por outro irmão e também pelo vizinho. Conselho Tutelar, médico do posto de saúde, policiais militares e vizinhos formaram o corpo do conjunto probatório montado e exposto pelo Ministério Público contra Marta (e Alaor). Assim:

³⁷ - Ambos residentes em uma cidade interiorana catarinense.

Vale ressaltar que, quando da retirada dos “infantes” Amanda, Carlos e Ernesto da guarda materna, ocorrida em dezembro de 2002, quando estes foram encaminhados à casa-lar, a entrevistada dividia sua casa com o suposto agressor de suas filhas, Sr. Geraldo, condição que **só foi alterada por interferência judicial. (Negritos meus).**

No julgamento n.04/1992, a guarda dos três filhos de Adelma – incluindo Silmara – foi concedida “provisoriamente” à avó paterna (e sua ex-sogra), Maria, tão logo Adelma foi presa (em outra cidade interiorana catarinense), sob a acusação de ter sido co-autora no assassinato do próprio marido, pai de seus rebentos e filho de Maria. Ainda respondendo o “processo criminal por homicídio”, mas em liberdade desde a propositura da ação de guarda, Adelma requereu judicialmente a retomada da guarda de seus filhos, a contragosto da avó paterna e do representante desta: o Promotor Público. No dia 24 de novembro de 1992, o desembargador relator Expedito, assim decidiu alicerçado nos “estudos sociais”:

A guarda provisória poderá ser concedida fora dos casos de adoção ou tutela para atender casos urgentes, situações peculiares ou para suprir a eventual falta dos pais. O fato gerador – prisão da mãe – cessou, muito embora esteja ela pronunciada por força do recurso de fls. 28 **usque** 64 (certidão a fls. 82), também firmado pela mesma Promotora de Justiça. Esta circunstância explica a sua combatividade em não permitir que os menores convivam com a mãe, a qual, inclusive, adquiriu para os três imóvel residencial no centro da cidade, e aguarda ansiosa o retorno dos mesmos. **A leitura das correspondências de Silmara à mãe, pelo seu conteúdo, convence, ademais, do acerto da decisão apelada. (...) são manifestações comoventes que justificam o retorno das crianças ao convívio de sua genitora, agora em melhores condições de sobrevivência. Permaneceram os menores na companhia da avó paterna, em ambiente e espaço físico acanhados, com muito barulho, a par do estado, infelizmente, doentio da avó, são fatos que, ao nosso ver, justificam a decisão o retorno dos menores ao lar, para uma salutar convivência com aquela que lhes deu a vida. (Negritos do original).**

Aqui, note-se que o desembargador Expedito contrasta a condição financeira da avó paterna – Maria – ao “mito do amor materno”, vinculado à mãe biológica (Adelma), com o objetivo de fazer com que a avó paterna viesse a perder a guarda provisória dos netos³⁸. Diga-se: mesmo que em defesa de Maria

³⁸ - Cláudia Fonseca (1995) ao analisar o fenômeno social da circulação de crianças nas classes populares como convergente à noção de que mãe não é uma só, adverte-nos para o fato de que a adoção plena prescrita pelo Estatuto da Criança e do Adolescente acaba desconsiderando aspectos particulares de nossa cultura ao elevar os adotantes à condição de pais únicos, tal como se fossem os biológicos. Assim:

A “filiação aditiva” tal como existia há cinqüenta anos, certamente não seria uma solução viável para a sociedade complexa contemporânea. A obrigação de conviver com a

o promotor tenha alegado estar Adelma, a mãe biológica e legal das crianças, respondendo pelo crime de homicídio praticado contra o pai das mesmas e também seu ex-marido. Isto é, um crime que, na visão do promotor, atenta para a segurança familiar, tornando-se capaz de no mínimo suspender o pátrio poder e/ou retirar da mãe a guarda dos filhos.

De maneira similar, estes dois argumentos: “mito do amor materno” e “condição financeira” arquitetam-se no acórdão n.01/2002, no qual Eunápolis após ter sido condenada pelo crime de infanticídio, ou seja, por ter matado um de seus filhos “logo após o parto”, viu-se respondendo processo cível movido por seu ex-companheiro, Siomar, que desejava deter a guarda dos dois filhos sobreviventes, tirando-lhes do convívio materno. Portanto, não se está falando em perda ou suspensão de pátrio poder, mas em sua manutenção, com o detalhe de que a guarda ou os cuidados cotidianos seriam desempenhados pelo pai, ao invés de sê-los pela mãe “infanticida”.

Repito que o delito cometido, apesar de toda sua gravidade e reprovabilidade moral, não pode ensejar per si a modificação da guarda. Pelo que se verificou nos autos, foi um episódio (erro) isolado na vida da requerida, atenuado pelas circunstâncias (estado puerperal), inexistindo indícios de que tamanha violência possa ser repetida contra os filhos. E mais, pelo que foi verificado durante as visitas da Assistente Social (e disso não se fez prova em contrário), a requerida tem melhores condições financeiras de custear as necessidades dos filhos, porquanto reside em casa própria e tem emprego definido como costureira; apesar de haver notícias oficiosas de que recentemente foi demitida de seu emprego, mas este fato não modifica, por ora, a convicção deste julgador de que a melhor solução é a permanência dos filhos com a mãe. (...). A vontade externada por Tiago de ir morar com seu pai é decursiva quase que exclusivamente do período de visita (finais de semana), quando passam grande parte do tempo apenas com bons momentos, brincando, passeando, etc. (fls.57), ao contrário da “dura” rotina diária ao lado da sua exigente mãe. Acredito, data vênia, que Tiago, agora com pouco mais de dez anos, ainda não esteja maduro o suficiente para entender a importância da disciplina imposta por sua mãe e que a diversão dos finais de semana, proporcionada por seu pai, muito provavelmente não se repetirá de segunda a sexta, visto que este precisará trabalhar para prover-se o sustento. (Negritos meus).

“primeira mãe” de seu filho adotivo seria motivo suficiente para a maioria dos pais adotivos desistir de seu projeto. Assim, para muitas crianças, fecharia uma porta que poderia levar a uma vida melhor. Contudo, por que seria tão difícil separar a noção da autoridade paternal (pátrio poder) da noção de filiação? Por que não poderia existir uma transferência total e irrevogável daquela sem a modificação desta? Na verdade, estamos lidando com situações que, embora contenham muitos elementos “tradicionais”, são inusitadas na História. Tendo coragem para encarar a realidade, devemos acionar imaginação suficiente para criar novos modos de agir. De brinde ganharíamos uma concepção mais dinâmica dos nossos próprios valores familiares. (idem: 141-142).

O desembargador relator Carlos com base nos “vários laudos sociais” convenceu-se de que com o pai, Siomar, as crianças não teriam a mesma educação e o mesmo zelo que têm com a mãe, inclusive, contrariando a manifestação de vontade de Tiago, com dez anos, que disse expressamente desejar ficar com o pai. Quanto à escuta dos menores no contexto judicial, Vianna em sua pesquisa realizada com processos de guarda no Rio de Janeiro, no período logo anterior e posterior à vigência do Estatuto da Criança e do Adolescente, nos esclarece que:

Assim, se procedimentos podem ser respeitados, como, por exemplo, colher depoimentos das crianças que formalmente são o centro dos processos de guarda ou adoção, isso não desfaz a leitura tutelar desses depoimentos, do mesmo modo que o apelo a uma vulgata psicologizante e, por isso, individualizante, não desfaz a compreensão das crianças como criaturas domésticas/domesticadas por sua imersão em casas. Não desfaz sua menoridade, em um sentido mais profundo, portanto. (VIANNA, 2002:84).

Todos os exemplos até então transcritos dizem respeito ao contexto pós Constituição de 1988 e pós-vigência do Estatuto da Criança e do Adolescente (1990). Em todos esses casos, percebe-se a existência de certas naturalizações, como, aquelas formadas pelo binômio do “pai-provedor” e da “mãe cuidadora” da prole. Ou melhor: as verdades morais ora decorrentes do que dizem os códigos ou leis; ora decorrentes do que dizem as doutrinas a respeito destas mesmas leis, apresentam a tendência de produzir e reproduzir universais a respeito das assimetrias sexuais entre homens e mulheres (ver FIGUEIREDO, 2002³⁹); pais e mães.

Ao mesmo tempo, nota-se, por exemplo, que nos processos que analisarei mais detalhadamente no próximo capítulo, Madalena foi acusada de abandono na maioria deles (principalmente no de guarda aliado ao pedido de alimentos, n.09/1989, ver item I. 6.1.) que disputou contra Naum. Como consequência de suas atitudes, tanto perdeu a guarda das três filhas, quanto foi condenada ao pagamento de pensão alimentícia para as mesmas. Decisões incomuns frente ao fato dessas verdades morais/ideais serem produzidas a partir da legitimação de discursos jurídicos-legais que tendem a se universalizar sobre o binômio “mãe

³⁹ Débora de Carvalho Figueiredo explora as violências de gênero que são praticadas por decisões judiciais de “estupros” nas Cortes de Apelação britânica. No quarto capítulo retorno a esse trabalho trazendo maiores detalhes.

cuidadora” (esfera doméstica) e “pai provedor” (esfera pública), com exercícios sutis de ingerência do Estado na intimidade do espaço privado. Como Antoine Prost bem assinala:

(...) a intervenção pública na educação dos filhos não se limita à escolaridade; ela se fortaleceu em outros domínios. Mal é concebida, a criança já interessa ao Estado, e o serviço de atendimento materno e infantil submete a mãe a três visitas médicas antes do parto, caso ela queira se beneficiar dos subsídios previstos (1946). Tem-se o mesmo acompanhamento médico durante a amamentação e o período de lactação. As vacinas são obrigatórias. Em suma, com a generalização dos abonos-famílias, da lei de 1932 ao Código da Família de 1939 e à lei de 1946, o acompanhamento médico da gravidez e da infância se fortalece (PROST, 1992:86).

II. 1.3.3. “Verdade substancial” e “verdade formal”

Perante este exercício de vai-e-vem entre aplicações e descrições de legislações (que não **devemos** desconhecer!), de natureza pública (criminais) e privada (civis), friso os diferentes propósitos que os juristas concedem à justiça penal e à civil (de família) no que diz respeito às “provas” e à “verdade”. Ambas, verdade e provas, entendidas como alvos principais e últimos de quaisquer processos. Na seqüência, detalharei o que a doutrina a partir de sua interpretação sobre as legislações processuais, classifica como “verdade substancial (ou material)”⁴⁰ e “verdade formal”. Talvez ainda possa dizer que as verdades formais e substanciais enquanto categorias êmicas, compõem o que denomino de “verdades morais abstratas doutrinárias” e “verdades morais concretas jurisprudenciais”, pois nas legislações penais e civis (as “verdades morais abstratas legais”) não encontrei remissão a essas categorias nativas.

Na área penal, a “certeza” buscada pelo magistrado que é inerente ao seu “livre convencimento”, converge para a chamada “verdade substancial”. Na área cível esta mesma certeza que pauta o livre convencimento do juiz converge para a chamada “verdade formal”. Qual é a diferença entre as duas?

⁴⁰ - Apesar destas verdades substanciais e materiais também serem conhecidas como “verdades reais” pelo discurso jurídico/nativo, não utilizarei essa última categoria êmica, face ao fato de empregar idêntica designação para as categorias analíticas que refletem a produção das verdades jurídicas. Tal como já ficou claro na introdução deste capítulo.

Na justiça civil, os juízes, frente ao disposto nas diversas leis (e nas doutrinas) que regem como os processos devem se desenvolver, acabam tendo que se restringir aos relatos e aos documentos que os litigantes levam ao processo. Ou ainda, o juiz para eleger a verdade que o convenceu no momento de sentenciar, acaba se restringindo às narrativas e aos documentos que foram produzidos no contexto jurídico, como o das audiências, ou aos relatos e aos documentos que foram produzidos fora deste contexto pelos advogados dos litigantes, e depois por esses últimos, anexados (ou “protocolados”) aos autos do processo. Assim, penso que nos processos civis a liberdade dos juízes encontra-se engessada a uma busca “formal” da verdade, não permitindo que eles venham a ir além do que as partes litigantes trouxeram aos autos do processo.

Na justiça penal, a busca pela verdade dá-se teoricamente de maneira diversa, ao menos no que postulam os discursos moralizantes legais e doutrinários. Ao invés dos juízes encontrarem-se restritos ao que as partes litigantes e seus representantes levam ao processo, os mesmos podem exigir que determinados fatos sejam demonstrados com mais pormenores, ou, simplesmente que sejam demonstrados.

Se na legislação civil há prazos para que as provas sejam produzidas pelas partes litigantes, na legislação penal esses prazos existem com o mesmo rigor para as partes litigantes, mas o juiz para sentenciar pode ordenar até momentos antes do veredicto que certos esclarecimentos sejam prestados⁴¹. Desta forma, pode-se dizer que na justiça penal há maior liberdade (e poder) concedida ao juiz pela legislação processual, para que o mesmo busque a chamada “verdade substancial” que não se restringe ao que as partes litigantes trouxeram como alegada verdade aos autos, nem aos prazos que a lei processual

⁴¹ - Neste sentido determina o artigo 502 do Código de Processo Penal:

Findos aqueles prazos, serão os autos imediatamente conclusos, para sentença, ao juiz, que, dentro de 5 (cinco) dias, poderá ordenar diligências para sanar qualquer nulidade ou suprir falta que prejudique o esclarecimento da verdade. **Parágrafo único.** O juiz poderá determinar que se proceda, novamente, a interrogatório do réu ou a inquirição de testemunhas e do ofendido, se não houver presidido a esses atos na instrução criminal. (CPP, 2005:101). **(Negritos do original).**

Quanto a esta última determinação, outra distinção em relação à verdade substancial e a formal pode ser delineada, a saber: a regra processual brasileira (civil e penal) é da não identidade física do juiz, isto é, nem sempre o juiz que acompanhou as audiências e outros atos é aquele que irá sentenciar. Se não for o mesmo, não há porque deixar de sentenciar. Portanto, na área penal face ao princípio da verdade substancial ou material abre-se uma exceção para que aquele juiz que não presidiu as audiências e interrogatórios, no momento de julgar, possa repeti-los a fim de se convencer da verdade antes mesmo de sentenciar.

civil impõe ao juiz e às partes litigantes para que as provas sejam produzidas. Mas, como estou me remetendo ao plano teórico, há que se enfatizar que, mesmo na justiça penal, o juiz solicita a produção de uma dada prova que ao menos foi ventilada ao longo da relação processual. Ou seja, seu parâmetro, tal como na área cível, é o universo do processo. Doutrinariamente, a distinção pode ser apreendida com os ensinamentos de José Frederico Marques, “renomado” processualista civil, inclusive no que toca ao fato de ambas as verdades êmicas advirem dos autos do processo:

A descoberta da verdade, no entanto, tem de ser atingida processualmente, isto é, sem quebra das garantias e direitos das partes. O juiz não é dono do litígio, para poder dirigir o procedimento arbitrariamente, sob o pretexto de estar em busca da verdade real. No entanto, como o processo não deve transformar-se em instrumento de contrafação de fatos, a lei confere ao órgão jurisdicional poderes razoáveis de produção ex-officio de provas, de par com livre apreciação dos atos instrutórios, ao ter de proferir decisão. Primeiramente, só existem para o juiz, os fatos e provas constantes no processo: quod non est in actis, non est in mundo. Não lhe é permitido, portanto, invocar fatos e acontecimentos (salvo os notórios) de que tenha ciência fora dos autos, nem tampouco decidir por íntima convicção (MARQUES, 1976:376).

Por conseguinte, a distinção entre verdade substancial e verdade formal, nas esferas clássicas, respectivamente, do direito penal e do direito civil, ou ainda: do “direito público” e do “direito privado” convergem, no meu entender, para a seguinte hipótese: em ambas há a ingerência do Estado. Todavia, na esfera civil (do direito de família) o direito de punir os pais retirando-lhes não apenas a guarda dos filhos, mas a condição (ou título) de “pai” e de “mãe” (como consequência lógica da “extinção do pátrio poder/ poder familiar”), não é exercido diretamente pela sociedade. A sociedade, na figura dos vizinhos e dos parentes, auxilia na vigilância dos mesmos no contexto judicial, sem quaisquer poderes de ingerência, exceto (e mesmo assim distintos da área penal) quando são chamados como “testemunhas” ou “informantes”.

Quanto ao direito de punir, ou *jus puniendi* exercido pela justiça penal, o “contrato social” estabelecido entre sociedade e Estado, não exime os indivíduos que não fazem parte da “relação processual” de exercê-lo com o Estado. Em minha opinião, o maior exemplo disso reside no fato de que quaisquer sujeitos podem dar surgimento à “ação” chamada de “pública incondicionada”. Dentre os

casos enumerados pelo Código Penal brasileiro, sublinhe-se o do atentado violento ao pudor e o do estupro (incestuosos ou com “abuso de pátrio poder”⁴²), como aqueles em que não é necessário o consentimento da “vítima” para que o processo criminal se inicie⁴³. Tanto assim o é, que a regra no direito processual penal é de publicidade de todos os seus atos, e não do resguardo do “direito à intimidade” inerente a cada sujeito, como o é na esfera de família, que nega (como regra) a pesquisa e o acesso aos processos por parte daqueles que nele não participam.

No intuito de pincelar as discussões que são pertinentes às reflexões nesse momento incitadas, sublinho que uma das diferenças entre os citados “direitos de punir” pode ser pensada também a título da categoria de “indivíduo”, tão cara à antropologia, em especial à corrente francesa, em sua interface com outra, a saber: “sociedade”⁴⁴. Partindo-se do pressuposto de que os assuntos familiares encontram-se circunscritos sobremaneira ao direito civil, no Código de 1916 (com todas as subseqüentes alterações à sua forma originária) observa-se que os verbos “privar, possuir e pertencer” referem-se a indivíduos tidos em si mesmos e para si mesmos como “valor supremo”.

O princípio da autonomia da vontade significa exatamente que os sujeitos, ao entabularem as suas relações jurídicas, o fazem através das ações humanas voluntárias, quer seja no negócio não patrimonial, quer no contrato, quer nos atos jurídicos em sentido estrito. Nomeadamente a autonomia da vontade é dedicada ao patamar dos negócios jurídicos, o que se entende por espaço de auto-regulamentação dos interesses privados. A essa ordem interessa, afinal de contas, a dicotomia clara entre o direito privado e o direito público, levando a dizer-se que, no direito privado, haveria autonomia para que os sujeitos criassem suas próprias regras. (...) E a dispor de seus interesses como melhor lhes aprouver. (FACHIN, 2000:67).

Sob esse raciocínio, o casamento definido como “contrato” ou não (discussão jurídica e antropológica clássica), apresenta como pano de fundo a concepção ocidental de amor, de afeto e de outros sentimentos correlatos que podem se dissociar do “sangue” (instância que se vincula à noção de

⁴² - Após a aprovação do novo Código Civil, a nomenclatura mudou para “abuso de poder familiar”.

⁴³ - No entanto, para todos os casos de atentado violento ao pudor ou estupro, nos quais a vítima não é menor de quatorze anos, ou que não são cometidos com abuso de poder, o processo criminal somente pode ser iniciado com a autorização da vítima, seja na ação penal privada (sem interferência do Ministério Público), seja na ação penal pública condicionada à autorização da vítima (com responsabilidade do Ministério Público “parir” o processo).

⁴⁴ - Dentre os ícones, por mim eleitos, destaco: Émile Durkheim, Marcel Mauss e Louis Dumont.

inevitabilidade das relações⁴⁵). Nesse sentido, voltamos ao poder de escolha e de rompimento que os indivíduos projetados pelo nosso velho ordenamento jurídico civilista detêm sobre a própria sociedade, bastando observar que no Código Civil de 1916 o direito de propriedade – como bem individual – sobrepujava qualquer função social que dele pudesse ser depreendido.

Ao contrário, na esfera do *jus puniendi* o valor supremo aloca-se no próprio Estado por delegação da sociedade enquanto “indivíduo coletivo”, e não de uma sociedade como somatória de indivíduos autônomos. Como bem analisa Foucault em “Vigiar e Punir”, as mudanças nos mecanismos técnicos de punição levaram a “sociedade disciplinar” a se tornar uma “sociedade de vigilância”, ao invés de permanecer como uma “sociedade de espetáculo”. Nesse movimento, a punição deixa de ser um ato de vingança do soberano para se tornar uma mancha social, ou um direito da sociedade que ela não o exerce face à delegação de seus poderes ao Estado.

O que também desejo introduzir é que com o surgimento do Estado, e mais precisamente do Estado Moderno, uma outra modificação veio a reboque: a separação entre os domínios do público e do privado. Em denso artigo, os antropólogos Eduardo Viveiros de Castro e Ricardo Benzaquen de Araújo (1977), ao estreitarem a tragédia shakespeariana de Romeu e Julieta ao Príncipe de Maquiavel, apontam para um paradoxo persistente até os dias atuais. Ao mesmo tempo em que as famílias deixam o cenário político (ou o Estado se desprivatiza) e a divisão entre público e privado torna-se notória, a razão do Estado mantém-se mais atenta do que nunca ao âmbito do doméstico, do particular e da intimidade.

⁴⁵- Em pesquisa desenvolvida em Porto Alegre, voltada às diferentes instâncias jurídicas de um reconhecimento de paternidade, Cláudia Fonseca indaga-se e ao mesmo tempo tece as seguintes considerações ao redor do binômio “afeto” e “sangue”:

O fato de a maioria dos testes de paternidade serem iniciativa das mulheres leva a crer que são elas que mais se beneficiam da nova tecnologia. Essa hipótese coincide com as evidentes boas intenções dos legisladores e juristas que apresentam as novas leis de paternidade como um meio para fortalecer a causa da mulher e da criança contra as clássicas prerrogativas patriarcais. Pretendem, com tais medidas, “dar um pai” a crianças “de pai desconhecido”, mas – podemos perguntar – “pai” em que sentido? Será que essa aliança entre lei e ciência está surtindo, na prática, os efeitos almejados? (...) Certamente, na grande maioria de casos que são finalmente julgados na Vara de Família, o jovem consegue colocar na certidão o nome de algum “pai”. E, se é menor de idade, o juiz mandará o pai pagar uma pensão modesta (em torno de 30% do salário mínimo). Porém, ao que tudo indica, na ausência de uma mínima relação anterior entre pai e filho, essa “identidade” oficial nem sempre traz sustento material – e muito menos no plano afetivo. (FONSECA, 2004:15).

A título de ilustração, antecipo o exemplo adiante esmiuçado da maternidade e da paternidade que são determinadas pelo Estado⁴⁶.

II. 2. As inovações operadas pela Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente

II. 2.1. Breves esclarecimentos políticos e sociológicos

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, **sob a proteção de Deus**, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil (CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, 1996:15). **(Negritos meus)**.

⁴⁶ - Ainda como incitamento das questões pertinentes às esferas do público e do privado, Martha Abreu na antes mencionada pesquisa sobre processos criminais no Rio de Janeiro, de 1900 a 1913, sobre defloramento de meninas de 13 a 16 anos, aponta para mais uma pista em relação à distinção destes diferentes direitos de punir - exercidos pelo Judiciário, bem como, aponta para o segredo de justiça como um elemento constitutivo do “dispositivo disciplinar” operado pelo mesmo poder. Em sua pesquisa, sinaliza que os processos criminais com os quais ela interagiu, diziam respeito a meninas pobres. Parece-me que há uma questão de classe diretamente vinculada ao próprio dispositivo disciplinar, pois por que manter sigilo de vidas que devem ser classificadas e expostas, tais como: de ex-escravos, mendigos, pobres, prostitutas, transgressores impuros?

No decorrer do processo criminal, nos depoimentos das delegacias, quando o processo era aberto, como nas varas de justiça, onde em geral se decidia o caso, participavam da construção e redefinição desses atributos de honestidade, virgindade e honra colocados em questão, além das ofendidas, os acusados e as testemunhas. Assim, ironicamente, a partir das próprias exigências da jurisprudência, resgata-se uma série de informações sobre o contrastante cotidiano do amor de jovens dos setores populares, como os hábitos de sair à rua (com quem, para que lugares e em que horários), as diversões escolhidas, as formas de namoro, a estrutura familiar e de vigilância, a prática de relações sexuais antes do casamento e, até mesmo, as sensações do corpo feminino e masculino nos encontros sexuais. (...). Antes de passarmos para uma exposição mais detalhada sobre esta diversidade moral e sexual, é importante explicar ao leitor o predomínio de jovens de setores populares nos processos que envolveram crime de defloramento, desde o final do século XIX até a década de 1970, pelo menos. Evidentemente não podemos concluir que esses crimes inexistiam entre os setores mais bem situados da população. É bem mais provável que nesses ambientes os defloramentos fossem resolvidos de outra forma, dentro da própria esfera doméstica, por meio de casamentos forçados e/ou arranjos familiares (ABREU, 2000:293-294).

Com o preâmbulo acima transcrito, no dia 05 de outubro de 1988, nossa lei máxima⁴⁷ foi promulgada (sob a proteção de Deus, seja ele de qual credo for), trazendo em seu corpo, aproximadamente duzentos e trinta e dois artigos, acrescidos daqueles sublocados nas chamadas “DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS GERAIS” e no “ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS”. Passados anos sob um comando autoritário e ditatorial, o Brasil enfim é elevado ao status (teórico) de “Estado Democrático de Direito”.

Sob forte influência da “sociedade civil” – com destaque para os “movimentos sociais”, muitas garantias voltadas aos “fracos, oprimidos ou excluídos” foram incorporadas à Carta Magna, na condição de serem auto-aplicáveis ou não⁴⁸. No afã da recém “abertura política”, pouco importava para muitos seu caráter de auto-aplicabilidade ou não. Faço tais pontuações, pois muitas foram e têm sido as críticas à Constituição, seja pelo desrespeito ao que nela consta, seja pelo que nela não consta, mas em ambas as situações, talvez seja importante não perdermos de vista certas análises realizadas por sociólogos do Direito e/ou por cientistas políticos, cujos objetos tendem a ser rotulados como “macros” em relação, por exemplo, aos da antropologia, em grande medida pela própria metodologia abordada. Melhor ou pior? Não vem ao caso, mas não podem ser menosprezadas.

Tudo isso, para salientar que este período de transição, estabelecido a partir de 1984, geralmente com base nas mobilizações de rua que levaram mais de um milhão de anônimos a bradar pelas “diretas já”, não representou para determinados especialistas a mola propulsora para a efetiva transição a um Estado Democrático de Direito, ou melhor: as mobilizações sociais e civis não foram os fatores determinantes para uma transição que não deixou de ter vínculos com traços de “autoritarismo”.

⁴⁷ - O termo Lei Maior, Carta Magna e outros similares (“lei máxima”) apontam para o fato técnico-jurídico-legal de que todas as demais leis aprovadas e vigentes devem convergir para o estipulado na Constituição, sob pena do judiciário vir a anulá-las.

⁴⁸ - Na Constituição há aquelas normas que não necessitam de outras leis para regulamentar sua aplicação. A partir da promulgação e vigência da Carta Magna, tais matérias chamadas de “auto-aplicáveis” passam a produzir seus efeitos. Ao contrário, há uma série de outras temáticas contidas em artigos que não são “auto-aplicáveis”, pois dependem de novas leis para que possam produzir efeitos, como, o caso do Estatuto da Criança e do Adolescente ou mesmo do Código do Consumidor.

O cientista político Adriano Nervo Codato (2005) defende a hipótese de que vivemos em uma “democracia autoritária”. Em um retrospecto minucioso da história política brasileira desde 1964, Codato analisa, por exemplo, que a saída das Forças Armadas se deu menos pelas efervescências políticas opositoras e sociais, e mais como uma preocupação destas mesmas forças com sua própria unidade corporativa. Ao invés de serem forçados a se retirar da política, os militares expulsaram a política de dentro deles.

Feitas as contas, quando se consideram a natureza conservadora do processo de transição no Brasil, seus meios autoritários e seus objetivos restritos, não surpreendem as razões do continuísmo do mesmo grupo no poder após 1985, ainda que às custas de seu transformismo político; nem o fato de que todo o processo de reforma tenha sido dirigido e executado pela mesma associação de políticos profissionais e generais autoritários. A longevidade da tríade Arena-PDS-PFL⁴⁹ na cena política não nos deixa esquecer que não houve uma verdadeira substituição dos grupos ligados à ditadura, mas uma reacomodação no universo das elites, tendo as Forças Armadas passado para o fundo do palco, sem contudo perder suas prerrogativas, como o poder de veto, por exemplo. (idem: 99).

Deixando de lado a ênfase atribuída por Codato no Legislativo e no Executivo, nota-se que muito embora vivamos desde 1890 sob a famosa tripartição de poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário), a Constituição Federal em seu texto original passou a demandar outra postura do Judiciário, que não aquela de mero aplicador dos textos legais aos fatos jurídicos (sociais), com independência em relação aos poderes Legislativo e Executivo. Aliás, justamente por esses fatos serem pautados em “relações sociais”, agora mais do que antes (ou nunca), a Carta Máxima (de nossos Princípios e Leis) exigia dos operadores do direito outra visão.

Além das modificações anteriormente pinceladas (ver remissões a Vianna et al., 1997 e Santos, 1996), há outras de ordem “macro” que apontam para as tão disseminadas “reformas e mudanças” do Judiciário, face, repito, a uma Lei Maior que ampliou e garantiu: direitos individuais, sociais, coletivos e difusos com seus respectivos instrumentos processuais legais de consecução; as medidas afirmativas para o combate da desigualdade social; a lista de artigos que não

⁴⁹ - Nota minha: agora os Democratas.

podem ser modificados nem por emenda constitucional (chamadas “cláusulas pétreas”).

Retomando a tripartição de poderes, vê-se que a “Carta Magna” aumentou a competência e intervenção do Executivo – presidente da república (figura central do presidencialismo), pois a ele cabe também legislar por meio das famosas “medidas provisórias”. Paralelamente, os poderes de fiscalização através das comissões parlamentares de inquérito, passaram, por exemplo, a ser outorgados ao Poder Legislativo. E o Judiciário? Passou a se caracterizar como um grande “agente político” mediador destas duas instâncias, à medida que cabe ao Supremo Tribunal Federal (mas não apenas a ele) contestar a constitucionalidade das decisões tomadas pelo Executivo e pelo Legislativo.

Trocando em miúdos, todas as decisões que não respeitarem o texto legal (ou às suas diversas, mas limitadas interpretações) tornam-se passíveis de “anulação” pelo Judiciário. Ousaria dizer, que no frigir dos ovos, por mais que a cúpula dos onze ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) seja indicada pelo presidente da República⁵⁰, o Judiciário transformou-se no grande personagem do cenário político-social do país.

Assim, ainda que a Constituição de 1988 não tenha alterado nem a estrutura nem a composição do STF, ao ampliar o rol de matérias que não podem ser objeto de deliberações do Executivo e do Legislativo, transferiu para os onze ministros da cúpula do Judiciário um enorme poder. De forma semelhante, como resultado deste novo modelo, à tímida atuação da Justiça Federal sucedeu uma extraordinária onda de intervenção dos juízes e Tribunais Federais nas mais variadas áreas da política pública. A estes aspectos deve-se somar também a estrutura monocrática do Judiciário brasileiro – uma hierarquia na qual as relações de mando e obediência são estrangidas pela garantia de independência de cada juiz. Este tipo de organização estimula a diversidade de decisões, quer entre juízes, quer entre tribunais. Em síntese, o modelo institucional conferiu ao Judiciário um papel político relevante, legitimando a atuação pública da magistratura e transformando a arena judicial em um espaço que abriga e arbitra o confronto entre as forças políticas. A disputa política, em consequência, tem como palco, não apenas o Parlamento ou as relações entre o Congresso e o *Executivo*, mas também *varas e tribunais de justiça*. (SADEK, 2004:82). (*Itálicos do original*).

⁵⁰ - E talvez a própria distinção do termo ministro se comparada a desembargador, venha a sinalizar para tal tendência política do STF.

Tecidos estes esclarecimentos, passo ao que o presente item se propõe: pontuar as inovações constitucionais voltadas ao pátrio poder, e, conseqüentemente, à família e à filiação – aqueles da ordem mais “micro social”, cujo desenrolar das batalhas pode chegar às portas do grande poder judiciário: Supremo Tribunal Federal.

II. 2.2. A família e o casamento aos olhos da Constituição de 1988, e para além de seu campo de visão!

Comparativamente às demais legislações que tratavam das temáticas familiares, a Constituição Federal de 1988 antecipou muito do que consta no atual Código Civil – defasado desde a sua vigência em 2003, visto que o início de seu projeto de elaboração data dos idos da década de 1970⁵¹.

Nas Constituições Federais anteriores à de 1988 (frise-se de 1946 e vigentes sob o regime ditatorial) até o advento da Lei do Divórcio (1977), os textos legais eram uníssonos e assim prescreviam acerca da família, do casamento e de seus normais efeitos (“maternidade”, “infância” e “adolescência”)⁵²:

A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos poderes públicos. O casamento será civil e gratuita a sua celebração. O casamento religioso equivalerá ao civil se, observados os impedimentos e prescrições da lei, o ato for inscrito no registro público, a requerimento do celebrante ou de qualquer interessado. O casamento religioso celebrado sem as formalidades do parágrafo anterior terá efeitos civis, se, a requerimento do casal, for inscrito no registro público, mediante prévia habilitação perante a autoridade competente. O casamento é indissolúvel. A lei instituirá a assistência à maternidade, à infância e à adolescência. A lei instituirá o amparo de famílias de prole numerosa. (CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, 1991:532-535).

⁵¹ - Afirma o jurista Rafael Peteffi da Silva (2002: 141):

É verdade que o novo Código Civil já se mostra ultrapassado em alguns aspectos – tendo em vista que, apesar de promulgado em 2002, é legatário de um projeto elaborado na década de setenta -, ainda mais quando comparado com um diploma mais ousado como o Código de Defesa do Consumidor.

⁵² - Não fiz quaisquer remissões a “artigos” e/ou “parágrafos” do citado texto, pois reproduzi os enunciados que se repetem nas Constituições de 1946, 1967 e na Emenda Constitucional n.1, de 1969.

Com a aprovação da lei do divórcio, o texto constitucional modificou-se por força da emenda n. 9 de 1977 que transformou o casamento em dissolúvel⁵³, “nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos” (idem: 535).

Vê-se neste período que o modelo descrito por Gilberto Freyre em “Casa-Grande e Senzala” (1984) reflete em boa medida a “família nuclear burguesa” posta no universo jurídico/legal, e alicerçada no casamento oficial, de preferência procriativo entre um homem e uma mulher. Sob a vigilância do “registro público” consagrado na certidão de casamento, o Estado (ou poder público) colocava-se na retaguarda da assistência a esta fórmula modelar normativa.

À margem do “modelo ideal/abstrato legal” encontrava-se uma série de outros arranjos significados como “familiares” e/ou “conjugais” pelos sujeitos que os viviam; ora na figura das “mães solteiras chefes de família” (ou não), ora na das “amancebadas chefes de família” (ou não), ora na das “famílias extensas” que somavam à “família nuclear” (oficial ou não) os outros dois arranjos, ora na “conjugalidade” homossexual. Nesse sentido, a literatura antropológica, sociológica e histórica é vasta, extrapolando os (re)arranjos por mim assinalados (SARTI, 1996; WOORTMANN, 1987; FONSECA, 2000, dentre outros). Friso o belo artigo da antropóloga Mariza Corrêa (1994) que sob meticulosa pesquisa histórica critica as posições de Freyre e Antônio Cândido, perante o fato destes terem privilegiado em suas descrições, situações que não espelhavam a totalidade da “realidade social brasileira”. Quanto à família patriarcal, Corrêa afirma que “apenas não existiu sozinha, nem comandou do alto da varanda da casa grande o processo total de formação da sociedade brasileira” (idem: 24). Ela, a família patriarcal, operou como um dispositivo disciplinar, tal como as regulamentações legais e doutrinárias.

Para o direito positivo que nos era (é) imposto (mas que nos era (é) possível manipular), desconsidera(va)-se a inventividade do parentesco (e da

⁵³ - Até 1891 o casamento religioso católico poderia anteceder e substituir o casamento celebrado pelo Estado. Com a aprovação da Constituição Federal de nossa então República (de 1871), o Estado em tese havia se separado da Igreja e, todo e qualquer casamento deveria antes ser legitimado pela esfera estatal. Porém, o que Digiovanni (2003) detalhará é que o divórcio trará tal separação, pois possibilita que os divorciados possam “contrair” novo matrimônio. Apesar da propalada separação, sabe-se que a influência católica e evangélica acompanha ainda hoje as decisões do Poder Legislativo (MELLO, 2005 e SANTIN, Myriam. 2006). Não isentando dessa mesma influência os outros dois poderes, Executivo e Judiciário.

parentalidade) no cotidiano, incluindo o tão antigo e estigmatizado “concubinato”⁵⁴ que ainda não havia sido elevado à condição de “união estável”, e, então, de “família” passível de conversão em “casamento”.

II. 2.2.1. Da “união estável”, do “concubinato” e das outras formas familiares disciplinadoras

Com a promulgação da Constituição de 1988 o leque de concepções familiares alargou-se, e as funções parentais modificaram-se (o pátrio poder passou a ser exercido na Lei Maior em pé de igualdade entre “cônjuge varão” e “cônjuge virago”). O “capítulo” destinado ao tratamento da família na Constituição passou a prever maiores requintes conceituais aliados à perenidade de vigilância do Estado sobre a família, sobre o casamento e sobre a prole (suprimindo a distinção entre filhos “legítimos” e “ilegítimos” e coibindo quaisquer discriminações). Destaco os seguintes:

Art. 226. **A família, base da sociedade**, tem especial proteção do Estado.

Parágrafo 1º. O casamento é civil e gratuita a celebração.

Parágrafo 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

Parágrafo 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. (...).

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

Parágrafo 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos. (...).

Parágrafo 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações. (CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, 1991:533-535). (**Negritos meus**).

⁵⁴ - Em pesquisa também realizada com processos criminais de defloração entre as décadas de 30 e 40, Sueann Caulfied (*apud* ABREU, 2000) mostra como nos julgamentos por ela analisados, o “concubinato” era exposto ao invés da “promessa de casamento” como argumento de “defloração” e/ou “sedução”. Assim, mesmo que os operadores do direito não significassem o “concubinato” como causa de “defloração” e/ou de “sedução”, sua exposição denotava ao mesmo tempo: a recorrência do “concubinato” como arranjo familiar (extralegal), e o movimento do judiciário em reprimi-lo (ou suprimi-lo).

Quanto à união estável – também conhecida vulgarmente como “concubinato” – a Constituição tratou de reduzi-la expressamente à somatória de “um homem” mais “uma mulher” (e vice-versa, mas sem a possibilidade expressa de alterarem-se os elementos fora dessa equação). Infere-se pela sua simples leitura que somente a relação estável entre um homem e uma mulher tornar-se-ia (e ainda por vezes torna-se) apta a ser guarnecida pela proteção do Estado. Detalhe: ao Estado cabe facilitar sua “conversão” para “casamento oficial”, cuja celebração é gratuita para aqueles que provam serem pobres⁵⁵.

Após seis anos de decisões judiciais sem previsões legais específicas, o legislador frente à exigência da Constituição Federal quanto à elaboração de uma lei que regulamentasse o seu artigo 226, parágrafo 3º, assim subentendeu os limites de entendimento para o que seria união estável, no artigo 1º da lei 8.971/1994:

A companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de 5 (cinco) anos, **ou dele tenha prole**, poderá valer-se do disposto na Lei n. 5.478, de 25 de julho de 1968, enquanto não constituir nova união e desde que prove a necessidade. **Parágrafo único.** Igual direito e nas mesmas condições é reconhecido ao companheiro de mulher solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva. (CCB, 2005:1023-24). **(Negritos meus).**

Foram necessários somente mais dois anos para que o legislador regulamentasse efetivamente o artigo 226, parágrafo 3º constante na Carta Magna, pois a lei 8.971 de 1994 era voltada explicitamente para a proteção do “direito dos companheiros aos alimentos e à sucessão” (CCB, 2005:1023). Por sua vez, a lei 9.278 de 1996, assim definiu a união estável, em seu artigo 1º: “é reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família” (CCB, 2005:1058-59), e como um dos direitos e deveres dos

⁵⁵ - Geralmente a situação de pobreza no contexto judicial processual é provada através de um documento chamado de “declaração de pobreza”, que é redigido pelo advogado e assinado pelo cliente e pretense pobre. Tal declaração ampara-se na lei 1.060 de 1950 que dispõe a obrigação do Estado em propiciar o acesso dos “pobres” ao Judiciário. A única condição a ser cumprida é a de que na declaração conste expressamente que o pagamento do processo fará com que estes sujeitos demandantes não tenham o que comer, ou simplesmente não tenham condições de se sustentar cotidianamente. Quanto à gratuidade de acesso aos documentos públicos, como certidão de nascimento e outros voltados ao “livre exercício da cidadania”, portanto, sem distinção de classe social, há desde 1996 a lei 9.265 que regulamentou o disposto no artigo 5º, inciso LXXVII da Constituição Federal de 1988.

“conviventes” a: “guarda, sustento e educação dos filhos comuns”, igualando a mulher/mãe/companheira como detentora do pátrio poder, na mesma proporção e competência do homem/pai/companheiro.

Dito de outra forma, por mais que a Constituição Federal estabelecesse (e estabeleça) outras formas de família que não a resultante do casamento e/ou da união estável, o sentido naturalizado que do casamento e da família advém, reflete-se na descendência marcada pela filiação, preferencialmente consangüínea⁵⁶. Algo também dedutível da significação dada à “adoção plena” que apaga das “certidões de nascimento” dos filhos adotados, quaisquer remissões aos pais biológicos (UZIEL, 2002:34; CADORET, 1999:219)⁵⁷.

Ao me reportar ao acórdão n.02/2003 (Caim contra Nelma – ver quadro constante no item I. 6.2.), noto que se restam controvérsias entre ambos os ex-companheiros quanto à data precisa que marcou o início da união estável (para fins de divisão de patrimônio), ao contrário, quanto à sua existência em si não há dúvidas, uma vez que houve o nascimento de um filho em comum de Caim e Nelma. Muito mais do que identificar se ocorreu ou se ocorre “abandono material, moral e/ou intelectual” dos pais/maiores/responsáveis em relação aos menores, o presente caso comparado ao de Eunápolis (acórdão n.01/2002 – ver quadro no item I. 6.2.) e ao de Madalena (ver quadro no item I. 6.1.), sinaliza para o resguardo do “interesse do menor” que antes de ser “ouvido” (quando o é conforme dissecou VIANNA, 2002:90)⁵⁸, é “observado”.

No que tange à guarda, verifica-se que não há como se deferir o pedido de compartilhamento feito pelo recorrente, haja vista que essa medida não se mostra apropriada ao sadio desenvolvimento da criança, que conta apenas com cinco anos de idade. **Inexiste dúvida de que essa constante alternância de ambiente familiar gerará, para o menor, certa instabilidade emocional, devendo seu interesse sempre prevalecer em lides dessa natureza. (...). O assunto requer, antes de mais nada, análise do interesse do menor que deve ser sempre observado.** (Trecho do acórdão n. 02/2003). **(Negritos meus).**

⁵⁶ - Uma simples pesquisa na lei 8069/90 denota a preferência da filiação dita “natural” pela própria legislação, seja na disposição e na estrutura do mencionado estatuto, seja no caráter de “excepcionalidade” atribuída à “família substituta” (CCB, 2005:882).

⁵⁷ - Para uma crítica interessante a este “apagamento”, aconselho consulta à Cláudia Fonseca (1995).

⁵⁸ - Além de não ser muito comum os menores serem chamados para falar, a autora também pontua que as narrativas constantes nos laudos das assistentes sociais não se remetem a uma literalidade da fala das crianças e/ou dos adolescentes em disputa, mas o que “prevalece é o discurso indireto de assistentes, inclusive quanto a essas falas”. (Vianna, 2002:90). A importante questão da tradução (no contexto judicial) operada pelos juízes, advogados e promotores será abordada nos últimos dois capítulos da tese.

O mesmo pode ser estendido às outras formas disciplinadoras ou controladoras de família, como, a “monoparental”, pautada no conjunto formado por um dos pais (biológicos ou adotantes⁵⁹) e seus descendentes (biológicos ou adotados), e, por um dos avós e seus netos (preponderantemente formado a partir de processos de guarda⁶⁰).

Desde 1990, a destacada observação do “melhor interesse da criança” e/ou do “adolescente”, contou com mais um novo aparato ou detector de imoralidades: o Conselho Tutelar, responsável pela observação dos menores que estavam nos Códigos de Menores anteriores em “situação irregular”. Com a vitória dos “Estatutistas” sobre os “Menoristas” (CAVALLIERI, 1993:278), como bem coloca Vianna:

A doutrina da situação irregular, marcada pela preocupação em intervir sobre infâncias consideradas “erradas” – infratoras, “abandonadas”, etc – foi substituída pela doutrina da proteção integral e, no plano judicial, pela busca do melhor interesse de crianças e jovens. (VIANNA, 2002:17).

II. 2.3. Pontuações acerca do Estatuto da Criança e do Adolescente (o ECA)

Alegro-me por saber que o Estatuto está em vigor, aprovado pelas duas Casas do Congresso Nacional e, portanto, por **um certo consenso** de todo o povo brasileiro. Ele **não é uma panacéia** nem pretende resolver todos os problemas. Devemos, porém, ter confiança em que, **malgrado suas inevitáveis limitações**, ele poderá ser útil para uma política social adequada em favor da criança e do adolescente (JOÃO PAULO II *apud* CAVALLIERI 1993:278). **(Negritos do original).**

O pronunciamento acima redigido refere-se às palavras do (quase santo) Papa João Paulo II veiculadas na mídia impressa e televisiva, quando esteve em Salvador, Bahia, no dia 20 de outubro de 1991. Como ocorre com todo “projeto de lei” ao ser transformado em lei, o Estatuto da Criança e do Adolescente não

⁵⁹ - Como não é objeto da presente tese a discussão de “família” e “homossexualidade”, recomendo aos interessados a leitura das seguintes produções, cujos focos centram-se nas famílias “homoparentais” ou “homoafetivas”: Flávio TARNOVSKI (2001); Luiz MELLO (2005); Elizabeth ZAMBRANO (2006) e Anna Paula UZIEL (2002). Não faço menção à bibliografia francesa ou estrangeira, pois esses autores tratam de uma revisão mais próxima de sua completude e de sua atualidade.

⁶⁰ - Sem se falar também na forma de “guarda” e/ou “tutela” baseada na demanda de um “terceiro” não aparentado da criança com essa. A tutela surge para os casos em que a criança está sem pátrio poder de seus responsáveis legais, geralmente, quando se torna órfã de pai e de mãe.

esteve isento de críticas ácidas, vindas não apenas dos adeptos de alterações no Código de Menores (revogado), mas também dos especialistas que se debruça(va)m sobre a temática (ver FONSECA, 2004a) e reforça(va)m a total inadequação das leis anteriores, clamando por um outro instrumento legal.

Porém, o reconhecimento dos avanços em relação ao Código de Menores foi e é unânime, exceto para parte dos minoristas, bem como, para os estatutistas, ao serem questionados acerca da aplicabilidade dos dispositivos constantes na lei 8.069/90. Além da já mencionada modificação atribuída antes à ênfase na “situação irregular” dos menores, e agora com o Estatuto, atribuída à “proteção integral” (e reeducação ou ressocialização dos menores (crianças e adolescentes) infratores), reproduzo outras:

1ª - De objetos ou produtos (e produtores) da criminalidade, os menores passaram a “sujeitos de direitos fundamentais” enumerados (e numerosos) no artigo 227 da Constituição Federal, e, enfatizados no artigo 4º da Lei 8.069/90:

É 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 comunitária. (CCB, 2005:880).

Para assegurar todos estes itens dos novos sujeitos denominados de crianças e de adolescentes ao invés de menores, os legisladores deslocaram para o Poder Público o papel da “nova filantropia” (PASSETTI, 2000:365), a ser desempenhada tal qual dispõe o parágrafo único do artigo 4º do ECA:

Primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; e, destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude. (CCB, 2005:880).

Complementa o artigo 5º do mesmo ordenamento legal:

Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais. (idem: 880).

2º - As medidas punitivas de “internações” aplicadas aos “transgressores” mirins (com menos de 18 anos) da ordem e do progresso cravados em nossa bandeira, são rebaixadas pelo Estatuto ao status de último meio a ser utilizado contra esses sujeitos de garantias e direitos fundamentais, e, então, suscetíveis de aplicação somente quando o “ato infracional” for cometido:

Mediante grave ameaça ou violência; por reiteração no cometimento de outras infrações graves, e, por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta. (...). Em nenhuma hipótese será aplicada a internação, havendo outra medida adequada. (Artigo 122, incisos I ao III c/c parágrafo 2º; CCB, 2005:898).

Em tese, deve-se aplicar antes do internamento a “advertência; a obrigação de reparar o dano; a prestação de serviços à comunidade; a liberdade assistida; a inserção em regime de semiliberdade; e, qualquer uma das previstas no artigo 101, I a IV” (conforme artigo 112 do CCB, 2005:896).

Quanto às medidas de proteção, o artigo 98 (do citado Estatuto) prevê que elas são cabíveis sempre que os direitos e garantias das crianças e dos adolescentes forem ameaçados por: “omissão ou ação da sociedade e do Estado; por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsáveis, e; em razão de sua conduta” (idem: 894). Verificada uma dessas faltas, omissões, ações ou abusos contrários ao Estatuto e à Constituição Federal, “a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas”:

Encaminhamento aos pais ou responsáveis, mediante termo de responsabilidade; orientação, apoio e acompanhamento temporários; matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental; inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente; requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial; inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos; abrigo em entidade; **colocação em família substituta**. (artigo 101, incisos I ao VIII; CCB, 2005:895). **(Negritos meus)**.

Como outrora enfatizei, a colocação em família substituta e em abrigo são medidas consideradas excepcionais, muito embora Fonseca (1995:101-113) destaque que há indícios de que (sob a vigência do Estatuto da Criança e do Adolescente) a colocação de filhos em estabelecimentos como a antiga FEBEM por parte de determinadas mães porto-alegrenses não signifique para elas

“abandono”, mas tentativa de recuperação dos mesmos, ou acesso a infra-estruturas não existentes em suas casas. Ao contrário, os discursos oficiais significam tais atitudes como sendo de desleixo, abandono, e, por conseguinte, o passo que antecede ao da colocação em família substituta, tal como prevê o artigo 101 em seu parágrafo único. Mas, quais são esses discursos oficiais consagrados pela lei 8069/90 e quais são seus poderes em relação à fiscalização do pátrio poder? A resposta a essa pergunta, leva-me ao que reputo como uma das principais criações do citado texto legal, a saber:

3ª – O Conselho Tutelar como instrumento de proteção aos direitos e às garantias fundamentais das crianças e dos adolescentes que são violados ou estão na iminência de o serem; ou como o órgão mediador entre a sociedade e o Poder Judiciário – na figura do Ministério Público. Com autonomia e sob a premissa de ser um órgão de caráter permanente, o “Conselho Tutelar” compõe-se de cinco membros, “escolhidos pela comunidade local para mandato de três anos, permitida a recondução” (CCB, 2005:900), sendo-lhes exigida a “reconhecida idoneidade moral, idade superior a vinte e um anos, e, a residência no próprio Município” (idem:900). Assim, os adultos/maiores/capazes denominados de “conselheiros tutelares” devem pertencer ao próprio contexto espacial que irão “proteger”, para melhor desempenharem as funções públicas vinculadas (estruturalmente) ao Poder Executivo Municipal. De todas as atribuições legais destinadas ao Conselho, friso aquelas mais estreitadas com o pátrio poder:

1) – atender as crianças e adolescentes que são abusadas pelos pais ou pelos responsáveis, podendo aplicar aos primeiros as medidas previstas no já transcrito artigo 101 da lei 8069/90, que oscilam desde a “orientação e apoio temporários” até o “abrigo em entidade”;

2) – atender e aconselhar os pais ou o responsável legal, aplicando aos mesmos as medidas preventivas que vão desde o “encaminhamento a programa oficial ou comunitário de proteção à família”, passando pelo “encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico” (...) e chegando até a “advertência”. Como os conselheiros não detêm os poderes ditos jurisdicionais⁶¹, eles não podem

⁶¹ - Ao analisar nos próximos capítulos como as verdades e as provas judiciais são produzidas em casos concretos processuais, ater-me-ei também à compreensão das trocas lingüísticas que são estabelecidas neste contexto. Assim, adianto que este “poder jurisdicional” que concede ao

aplicar medidas como a “perda da guarda; a destituição da tutela e/ou a suspensão ou destituição do pátrio poder” (artigo 129, incisos I ao X; CCB, 2005:900) ⁶²;

3) – promover a execução de suas decisões podendo requisitar “serviços públicos nas áreas de saúde, educação, serviço social, previdência, trabalho e segurança” (artigo 136, inciso III, letra “a”; idem: 900);

4) – “requisitar certidões de nascimento e de óbito de criança ou adolescente quando necessário” (artigo 136, VIII; ibidem: 901);

5) – **“representar ao Ministério Público, para efeito das ações de perda ou suspensão do pátrio poder”** (artigo 136, inciso XI; CCB, 2005:901). **(Negritos meus).**

Nos julgamentos recursais sobre os quais me debruço, em especial, os protagonizados por Hermínio (contra a Justiça Pública ou Ministério Público) e por Marta e Alaor (contra a Justiça Pública ou Ministério Público) – ver quadro constante no item I. 6.2, a importância dos discursos advindos dos conselheiros tutelares, como bem aponta Vianna (2002), reside no fato deles se constituírem - na visão dos desembargadores - como partes importantes do “conjunto probatório” capaz de retirar dos responsáveis a guarda e o pátrio poder que detêm.

Na seqüência, destaco o *modus operandi* dos conselheiros tutelares que atuaram no processo de Marta e Alaor, e, também no de Hermínio. Início com o processo de Marta e Alaor (acórdão 05/2005), no qual o desembargador relator, Luiz, destacou que:

(...). No ofício remetido à Promotora de Justiça (...), a Conselheira Tutelar Ana Paula relata que “na noite de 07 de dezembro de 2002, por volta das 20 horas e 45 minutos, recebi um telefone informando que a Sra.Marta estaria tentando matar sua filha Amanda, de apenas 10 anos de idade, esta informação chegou ao meu conhecimento pelo telefonema da Sra. Ilda, que informou que Carlos, irmão de Amanda teria adentrado sua residência gritando por socorro e pedindo que ligasse para a Polícia ou Conselho Tutelar. Em contato com a Polícia Militar

Judiciário a legitimidade para ordenar, e a de obedecer a todos aqueles que são destinatários das ordens, vincula-se à própria eficácia do poder/saber jurídico. Um saber/poder que se faz e se produz por meio da linguagem.

⁶² - Seguindo os ditames do contido no Código Civil de 1916 com suas respectivas alterações, o Estatuto reforça ou repete em seu artigo 22 que “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” (CCB, 2005:882.). Bem como, enfatiza em seu artigo 23 que a “falta ou carência de recursos materiais” não se caracteriza como motivo suficiente para a perda do pátrio poder.

solicitei ajuda e os mesmos atenderam prontamente. Fomos até o local e constatamos que a Sra. Marta, encontrava-se totalmente desequilibrada. A mesma negou os fatos, mas verificou-se que Amanda encontrava-se em estado de choque, uma vez que não respondia a nossas indagações, Amanda também possuía algumas marcas em seu corpo”.

Nesta decisão de n. 05/2005, o desembargador relator Luiz resgatou o início dos dramas envolvendo Marta e o poder/dever de cuidados sobre seus filhos (Amanda, Carlos e Ernesto), a partir dos testemunhos da conselheira tutelar. Se, foi graças ao telefonema de um dos vizinhos de Marta que Ana Paula, a conselheira, foi acionada e chamada para “observar e verificar” o que ocorria na residência da mãe “desequilibrada”, dias depois foi a vez da “professora da pré-escola Cinderela” ser acionada. Segundo a versão da conselheira em Juízo⁶³, à luz da interpretação do desembargador:

O Conselho Tutelar na manhã de ontem foi comunicado pela professora do Pré-Escolar Cinderela que Ernesto apresentava comportamento estranho há vários dias, que o mesmo está muito distraído parecendo estar no mundo da lua, também mostra-se muito sonolento. A professora relatou-nos que no dia de ontem observou que Ernesto se recusava a sentar, então perguntou ao mesmo o motivo. Este lhe disse que seu irmão Carlos o procurava todas as noites, dizendo que queria “foder”. Diante dos fatos, este conselho encaminhou Ernesto para atendimento médico junto a Unidade de Saúde para verificar se Ernesto estava machucado, pois queixava-se de dor ao sentar. Com relação a Ernesto dizer que sente dores ao sentar porque seu irmão o procura, nada foi constatado pelo médico. Mas, o médico nos informou que o suposto agressor ainda é muito pequeno e por esta razão pode praticar o ato sem causar lesões.

Mas se à pedagoga coube “observar” que Ernesto apresentava um “comportamento estranho” em sala de aula; à conselheira tutelar coube “verificar” a presença de marcas no corpo de Amanda, além de presumir seu “estado de choque” perante as negativas quanto às suas indagações; ao médico coube “diagnosticar” a ausência de lesões de violências sexuais em Ernesto, informando em “atestado” que “o suposto agressor ainda é muito pequeno e por esta razão pôde praticar o ato sem causar lesões”; à assistente social coube com base em todas essas contextualizações confeccionar seu “estudo social”. Esse, aliás, foi

⁶³ - As remissões que a Conselheira fez aos dizeres tanto da vizinha Ilda, quanto da professora, foram confirmadas por esses sujeitos ao longo do processo, em depoimento que prestaram em Juízo.

também produzido graças às suas atentas observações realizadas na casa de Marta, após visita marcada, cujo teor do citado estudo social, destacado pelo desembargador relator, assim descreve a divisão dos cômodos residenciais:

Salienta-se que, segundo consta do estudo social (fls.17/22), existem na residência de Marta dois quartos. Contudo, todos os moradores dormem no mesmo cômodo, ficando Marta e o companheiro na cama de casal, Fábio e Amanda no beliche e Carlos e Ernesto na cama de solteiro, o que facilita a aproximação maliciosa entre os irmãos. **“Indagada sobre as razões que motivam todos a dormirem no mesmo quarto, (...) já que a construção possui outro, que vem sendo utilizado como despensa, a genitora justificou a precariedade da residência, que possui inúmeros problemas de infraestrutura (além de pequena, não possui divisórias)”**. (Negritos do original).

Vê-se que a falta de recursos materiais não caracteriza teoricamente (seja no texto legal, seja nas doutrinas) a perda do “pátrio poder” – reiteradas vezes sinalizada pelo desembargador relator, porém, o fato das crianças dormirem no mesmo cômodo que os adultos pôde ter condicionado o descaso moral por parte de Marta, sobretudo, quando a conselheira tutelar e as testemunhas (moradores e conhecedores do cotidiano da família de Marta), afirmaram que era comum Ernesto ficar zanzando pelas ruas. Além de dizerem judicialmente que Ernesto perambulava sozinho pelas ruas, as testemunhas e a conselheira tutelar acrescentaram que o menor ficava na companhia de Sr. Geraldo, o agressor sexual de Amanda, irmã de Ernesto e filha de Marta:

As testemunhas ouvidas em juízo também ressaltaram que Ernesto está sempre na companhia de Geraldo, agressor de sua irmã. Ana Paula, Conselheira Tutelar, afirmou que **“de regra geral os filhos de Marta ficavam bastante tempo na rua; que Ernesto também permanecia bastante tempo na rua; [...] que na maioria das vezes Ernesto era encontrado em companhia de Geraldo nos mais variados pontos da cidade, longe e perto da residência familiar”**. (Negritos meus).

Ainda quanto à conselheira tutelar do caso em tela, Ana Paula, foi ela (com o aval judicial do Ministério Público) quem encaminhou Ernesto e seus outros dois irmãos (Carlos e Amanda) para o “abrigo” ou “Casa-lar”. A medida excepcional de envio dos menores para a casa-abrigo retrata tanto a eficácia do poder judiciário (denominado de “poder jurisdicional”), pois, por exemplo, o conselho tutelar não

apresenta tal capacidade; quanto sua distinção em relação ao Executivo e ao Legislativo. No caso de Marta, a intervenção do judiciário, segundo entendimento do desembargador, teve a capacidade de alterar as situações de reiterados abusos praticados pela mãe contra os filhos, haja vista que:

(...). Quando da retirada dos infantes, Amanda, Ernesto e Carlos da guarda materna, ocorrida em dezembro de 2002, quando estes foram encaminhados à casa-lar, a entrevistada dividia sua casa com o suposto agressor de suas filhas, Sr. Gerado, condição que só foi alterada por **interferência judicial. (Negritos meus)**.

Ao traçar a “genealogia” de como as técnicas de punição no Ocidente deixaram de privilegiar a “sociedade espetáculo” – baseada na vingança do soberano, para assentarem-se na “sociedade vigilância”, Michel Foucault (1983) sugere que os mecanismos produzidos socialmente e cientificamente convergem para o aumento do “poder direto e físico que uns exercem sobre os outros” (idem: 197), estejam eles pautados na “vigilância”, na “denúncia” e/ou “no julgamento”. Esse último, complemento, não necessariamente restrito aos juízes, mas também decorrentes dos poderes-saberes produzidos por determinados setores legitimados para tanto, como: pedagogos, médicos, assistentes sociais e conselheiros tutelares, que tornaram “coerentes” e “convincentes” os reiterados (e afirmados) desrespeitos praticados por Marta contra Ernesto.

Por conseguinte, a por mim chamada “cadeia da vigilância” que alimenta e retro-alimenta, por exemplo, as relações (de “complementaridade” – DUMONT, 1997; ou de “reciprocidade hierárquica” – LANNA, 1995)⁶⁴ entre o Conselho Tutelar e o Judiciário, às vezes, pode ser abreviada ao contar com a colaboração dos próprios membros da família, ou alvos de “observação” e de “proteção” (“intervenção”) em casos de desrespeito aos direitos e garantias fundamentais dos menores. Tal foi o destino de Hermínio (acórdão n.03/2005 – ver quadro constante no item I. 6.2.), o “pai abusador”, cujo recurso criminal proposto contra a decisão condenatória do primeiro juiz a sentenciar no processo, apresenta

⁶⁴ - A categoria da “complementaridade” subentende uma oscilação nos pólos de englobamento, e então de superioridade nas relações de troca empreendidas entre diferentes sujeitos. Por ora faço remissão a esta categoria, bem como a elaborada por Lanna, pois ambas são objeto de melhor exploração nos dois últimos capítulos, haja vista a ênfase que pretendo conceder tanto ao caráter de troca, quanto ao caráter hierárquico que delas emergem quando transpostas para o contexto jurídico.

detalhes extraídos do processo de destituição de pátrio poder, iniciado com a delação de sua própria esposa (mãe da vítima) ⁶⁵:

Em 2001, nos autos de Destituição de Pátrio Poder, quando já contava com dezessete anos, declarou que, de fato, quando tinha dez anos de idade, seu pai determinava que fosse tomar banho para deitar nua na cama com ele, onde passava as mãos em seus seios, nas nádegas e na vagina, até ejacular, e tais fatos aconteciam, normalmente, quando sua mãe estava na cozinha. (...). A sua mãe, então, ao tomar conhecimento dos infaustos, levou o caso para o Conselho Tutelar, que a encaminhou para uma família substituta, livrando-a do abuso paterno. (...). A mãe da menor, Inês, então, na fase policial, confirmou que sua filha era assediada, constantemente, pelo pai, que levava a menina para sua cama, passava as mãos em seu corpo e colocava o pênis no meio das suas pernas, até ejacular, depois a mandava tomar banho, onde a espiava o tempo todo. E, quando dizia para ele parar com aquilo, pois iria entregá-lo à polícia, o réu a ameaçava.

Em ambos os acórdãos, de Marta e de Hermínio, os sujeitos responsáveis legalmente pelo poder/dever decorrente do pátrio poder (incluindo a “guarda”) sobre os menores, não tiveram (ou se tiveram não perceber) margem ou brecha de manobra em relação ao “dispositivo disciplinar” imposto sutilmente pelo Estado, sobretudo, porque tais dispositivos impregnam-se nos cotidianos privados e públicos desses espaços urbanos populares⁶⁶.

⁶⁵ - Também residentes em uma cidade do interior catarinense.

⁶⁶ - Há pesquisas como as de Fernanda Bittencourt Ribeiro (1996), que aponta para o fato dos Conselhos Tutelares servirem como reforço dos estigmas imputados às famílias de grupos populares – caracterizadas pelo não cuidado dos menores. Ao vasculhar o banco de teses da CAPES (Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior), deparei-me com o seguinte *décor*: 1 – no período de 1990 a 1999 nenhuma tese foi publicada tendo como assunto “Conselho Tutelar”; 2 – no período de 2000 a 2001 encontrei três teses alocadas, respectivamente, no Direito, Serviço Social e Sociologia. Dentre essas nenhum questionamento ao Conselho Tutelar é realizado (não que o devesse), mas o acento é dado à sua importância enquanto “o mínimo de organização e conscientização da comunidade e dos Poderes constituídos, conforme exige a lei Federal e também os âmbitos Estadual e Municipal” (MARTINI, 2001). Nessa, a maior preocupação foi a de constatar a existência ou não de Conselhos Tutelares implementados em certos municípios de estados brasileiros – “escolhidos aleatoriamente”. O não cumprimento desse dispositivo legal apontou para a “necessidade de maior comprometimento do Ministério Público, defensor da sociedade, (...) quando resiste à implantação das medidas de proteção” (idem: 2001); 3- no período de 2002, destaco a tese de Dagmar Silva Pinto (2002) que enfatiza o possível comprometimento do ECA e do Conselho Tutelar face “ao cotidiano burocratizado ao atender às demandas surgidas da miséria, na manipulação do Conselho Tutelar pela clientela, nas conflitantes relações do Conselho Tutelar com outras instâncias que não romperam com a forma da situação irregular ao tratar a infância e a adolescência”; 4- em 2003, Mônica Bragaglia amparando-se nas “teorias do caos”, mostra como mesmo em meio à desordem, instabilidade (...) do Conselho Tutelar, esse assim se constitui e o “interessante é que estas mesmas características representam a condição propícia para o caráter de novidade das práticas

Como bem coloca Marcela Iacub:

Le droit a cette propriété de vous retirer cette marge : si une personne se prétend père ou mère d'un enfant sans remplir les conditions exigées par la loi, elle pourra voir défaire sa filiation, parfois même subir une sanction pénale. Les normes juridiques sont « violentes » en ce sens qu'elles construisent le monde appuyées sur la contrainte incontournable de L'État. Nous n'avons ni à les accepter ni à les refuser (IACUB, 2004:14).

II. 3. De Pátrio Poder a Poder Familiar: a vigência do novo Código Civil brasileiro

Ao longo deste capítulo, afirmei (ou melhor: sugeri) que o nascimento de filhos naturais (e mesmo dos adotivos); o nascimento da paternidade; o nascimento da maternidade e, então, o nascimento do pátrio poder podem ser resumidos à (prova da) certidão de nascimento. Concomitantemente, insisti nas causas que suspendem ou extinguem o pátrio poder à luz do antigo Código Civil (que uma pequena alteração sofreu no corpo do atual⁶⁷).

Em síntese, o citado documento atesta a notória existência de um menor, de seu pai e/ou de sua mãe. Na esfera do processo penal não é diferente (artigo 155 do Código de Processo Penal⁶⁸), pois a verdade substancial de determinados fatos se produz através dos “meios de provas” estabelecidos pela lei civil. Assim, pergunto: como Hermínio e a filha por ele “violentada” foram referenciados ao longo do processo na qualidade de pai e filha, se não através da certidão de

desse órgão”; 5- no período de 2004 (último atualizado pelo PORTAL CAPES), destaco os dizeres constantes no resumo da tese defendida por Kátia Regina Frizzo, por se tratar de uma pesquisa realizada na região oeste de Santa Catarina:

Os resultados qualitativos permitem afirmar que o conselho é uma instituição de natureza comunitária, política e social, que interage com todas as instâncias e segmentos sociais da comunidade, embora sua prática social se assemelhe mais a um controle de comportamentos que a uma defesa de direitos constitucionais. A análise das estatísticas de atendimento do conselho durante quatro anos revelaram que sua existência e intervenção produz um impacto significativo nas práticas sociais familiares, um impacto razoável nas práticas sociais das instituições de saúde e um baixo impacto nas práticas sociais educacionais e do mercado de trabalho. Na opinião dos profissionais que interagem com o conselho tutelar apresenta diferenças, mas destaca-se um ponto comum entre eles que é a percepção da falta de qualificação ou capacitação dos conselheiros para atuarem numa atividade tão exigente. **(Negritos meus).**

⁶⁷ - O Novo Código Civil apenas acrescenta o seguinte artigo em relação aos que antes existiam (e permanecem vigentes), a saber: artigo 1638 – “perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: - castigar imoderadamente o filho; II – deixar o filho em abandono; III – praticar atos contrários à moral e aos bons costumes; **IV – incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente**” (CCB, 2005:326-327). **(Negritos meus).**

⁶⁸ - “No juízo penal, somente quanto ao estado das pessoas, serão observadas as restrições à prova estabelecida na lei civil” (MIRABETE, 1994:217).

nascimento? De forma similar, sugiro que a “causa” que “aumentou” a quantidade de “pena” (ou “punição”) arbitrada ao pai abusador – contida no artigo 226, inciso II do Código Penal, se fez possível mediante a certidão de nascimento. Bem como a “violência presumida”, que é aquela praticada contra todas as pessoas com menos de quatorze anos⁶⁹, somente é passível de comprovação com a certidão de nascimento. Fatos óbvios? Não. Talvez esses fatos sejam naturalizados como tais (através do próprio discurso legal/jurídico), mas, ao mesmo tempo, quando esses documentos se tornam imprescindíveis no contexto jurídico, sua desnaturalização torna-se pa(o)ssível de ser percebida e alcançada.

A violência presumida, prevista no artigo 224, “a”, do Código Penal, ficou evidenciada ante a idade da ofendida, conforme documentos de fls.10, contando com menos de 14 anos na data dos fatos, sendo menina recatada e ingênua, nada existindo que desabone sua conduta no campo sexual⁷⁰. (...). Da mesma forma, restou caracterizada a causa de especial aumento prevista no artigo 226, inciso II, do Código Penal, em virtude da condição de pai (fls.10). Apesar de a denúncia e o dispositivo indicarem a imputação, também, pelo inciso III do artigo 226, do Código Penal (se o agente é casado), na fundamentação não consta nada sobre isso, deixando o magistrado, corretamente, de considerá-la. (Trecho do acórdão n. 03/2005 – referente à disputa entre Hermínio e o Promotor Público).

No julgamento recursal de Hermínio, visualiza-se que sua condição de casado não foi levada em consideração para aumentar ainda mais a sua pena, uma vez que nada constou ao longo de seu processo como acusação nesse sentido por parte do Ministério Público, o legítimo defensor de Ivanir (a “vítima”). De tudo isso, interessa-me acentuar a certidão de casamento para trilhar outros rumos (também já assinalados), que não a busca pela verdade substancial de Hermínio quanto à sua condição de casado, mas do liame estabelecido entre de um lado o casamento ou a união estável, e de outro a família (prescrita em lei).

⁶⁹ - Instituto jurídico que se atrela à “inimputabilidade”, isto é, à ausência de consciência que os menores apresentam em relação aos fatos delituosos sofridos ou praticados.

⁷⁰ - Nota minha: tais considerações são feitas perante o fato de que muito embora a vítima seja menor de idade (ou acometida de alguma “deficiência” que afete seu discernimento), seu comportamento pode influenciar a conduta delituosa do criminoso, no caso em tela, de seu pai. Quando isso ocorre, o magistrado ao calcular a pena leva em consideração a atitude da vítima para arbitrar o *quantum* que será submetido às causas de aumento, diminuição, atenuantes ou agravantes da pena.

Se afirmei que tanto o pátrio poder quanto a condição de filho(a) nascem a partir e com a certidão de nascimento, consenti também com a idéia de que a família, “base da sociedade” (em nosso texto constitucional), estrutura-se preferencialmente por meio do “casamento civil”, e, residualmente (ou não tão preferencialmente) por intermédio da união estável⁷¹. Em ambas as relações conjugais, o legislador (e não apenas ele) espera que haja filhos, ou simplesmente, que essas relações sejam procriativas. Um dos melhores exemplos dessa equação formulada pelo legislador encontra-se no Código Penal, e diz respeito à categoria nativa/jurídica da “extinção da punibilidade”, em especial quando a costumamos com os artigos 1517 e 1520 do novo Código Civil (antigos artigos 183, XII, 185 e 214 do antigo). Vejamos.

Prescreve o artigo 1517 do novo Código Civil (CCB, 2005:299) ao falar da “capacidade para o casamento”: “o homem e a mulher com dezesseis anos podem casar, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil”. Complementa o artigo 1520 (CCB, 2005:299): “Excepcionalmente, será permitido o casamento de quem ainda não alcançou a idade núbil (artigo 1517), **para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal ou em caso de gravidez**”. (Negritos meus).

Da última parte do artigo 1517 deduzimos que mesmo não havendo capacidade para os menores de dezesseis anos virem a se casar, com ou sem autorização dos pais ou representantes legais, caso haja **gravidez** o matrimônio será permitido. Essa, portanto, é uma das exceções que ratifica o objetivo do próprio casamento: a formação de uma família com filhos, de preferência, naturais/biológicos. Eis o primeiro ponto.

O segundo e talvez mais interessante, refere-se à parte do artigo 1517 que antecede a “gravidez”, a saber: “(...) para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal”. Para melhor entendê-la, arremesso-me ao artigo 107, inciso VII do

⁷¹ - A meu ver, uma das modificações interessantes empreendidas pelo Novo Código Civil diz respeito à diferença tecida no texto legal entre “união estável” e “concubinato”, estabelecendo uma hierarquia imutável à la Clifford Geertz (1978) – em seu artigo dedicado à briga de galos. Assim, o novo Código Civil Brasileiro, produziu duas categorias hierarquizadas (antes utilizadas como sinônimos frente às leis de 1994 e de 1996) que se distinguem pelo critério dos “concubinos” serem todos os que vivem “relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar” (artigo 1727 do CCB, 2005:343). Dentre os impedidos de casar, somente poderão ser “companheiros” ao invés de concubinos, todos aqueles que apesar de “casados legalmente” já estiverem “separados de fato” há mais de dois anos. Tal distinção, aos olhos do jurista Álvaro Villaza Azevedo (2004) reforça a correlação de significados entre “concubinos” e “adúlteros”.

Código Penal, ao tratar da extinção da punibilidade ou dos casos em que não se aplica a pena ao réu condenado: “Extingue-se a punibilidade: (...). VII - pelo casamento do agente com a vítima, nos crimes contra os costumes, definidos nos Capítulos I, II e III do Título VI da Parte Especial deste Código” (CPB, 2005:86-87). Traduzindo: dentre os crimes contra os “costumes” encontra-se o estupro (também o atentado violento ao pudor), ou seja, quando o “agente” do estupro deseja se casar com a “vítima” estuprada, e essa e seus pais também o desejam, basta que o condenado apresente a prova da certidão de casamento (única aceitável) para que fique isento de punição em relação à conduta delituosa (desde que não haja lesão corporal grave).

Em outro momento (BECKER, 2005a), sugeri inspirada em Judith Butler (1998:32)⁷² ser o casamento (também) sinônimo de “estupro legalizado”, à medida que ao esturador condenado basta pedir a mão da vítima em casamento e essa aceitar, para que a “família, base de nossa sociedade”, se constitua e progrida. Aqui, o destaque justifica-se para que nos atentemos às correlações de princípios normativos entre diferentes legislações (incluindo “Carta Magna”), e às consideradas “provas” notórias e incontestáveis do “nascimento” e do “casamento”, cujo “Conselho Tutelar”, por exemplo, emerge como um dos

⁷² - Uma das principais filósofas da atualidade, em especial quando nos referimos aos estudos de gênero e de sexualidade, Butler (1998), em um de seus artigos voltado à produção do sujeito como vinculada ao plano discursivo, assim nos ensina em relação à significação do “casamento” como um “estupro domesticado”:

Vejam as restrições legais que regulam o que é e o que não é considerado estupro: aqui a política da violência opera regulando o que será e o que não será capaz de aparecer como um efeito da violência. Já há, portanto, nessa exclusão, uma violência em ação, uma demarcação prévia do que será ou não qualificado como “estupro”, ou “violência do governo”, ou nos casos dos estados americanos em que se exigem provas empíricas separadas para caracterizar “estupro”, o que pode ser chamado de estupro governamentalmente facilitado.

Uma linha similar de raciocínio está em funcionamento nos discursos sobre estupro quando o “sexo” de uma mulher é responsabilizado por seu estupro. O advogado de defesa do grupo acusado de estupro em New Bedford perguntou à queixosa: “Se você está vivendo com um homem, o que está fazendo correndo pelas ruas sendo estuprada”? (...). Uma vez que se tornar propriedade de um homem é o objetivo de seu “sexo”, articulado em e por seu desejo sexual, e o estupro é o meio pelo qual essa apropriação ocorre “na rua” (uma lógica que implica que o estupro está para o casamento assim como a rua para o lar, isto é, que o “estupro” é o casamento das ruas, um casamento sem lar, um casamento para garotas sem lar, e que o casamento é estupro domesticado), então, “estupro” é a consequência lógica da realização de seu sexo e sua sexualidade fora da domesticidade (idem: 27).

Apenas remarco que além de ser o casamento um “estupro domesticado”, ele não deixa de ser “legalizado”, ou ainda, domesticado pela lei. Portanto, ambas as categorias se complementam.

controladores dos nascimentos, requisitando suas respectivas certidões. Prossigo, levando-os comigo em mais algumas costuras.

II. 3.1. Em nome do Pai e da Mãe: O Estado, aquele quem gesta e quem pare!

No capítulo I, do Livro denominado “Do Direito de Família” após dispor sobre as regras do casamento, o novo Código Civil dispõe a respeito daquelas normas regedoras “Da Filiação” e de seu reconhecimento. A lógica adotada pela legislação civil respeita o previsto no artigo 227, parágrafo 6º da Constituição Federal⁷³, complementando o que nela não consta acerca das seguintes temáticas: quem é o pai, quem é a mãe e quando se pode contestar (ou “investigar” quem é) esse pai e essa mãe.

Aduz o artigo 1597 (e incisos) do novo Código Civil:

Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: I – nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; II – nascidos nos trezentos dias subseqüentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento; III – havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV – havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; V – havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido. (CCB, 2005:318).

Com prazos precisos, o legislador descreve quem “presume-se” ser o pai e de onde advém tal “presunção”. Se a mulher **engravidada e pare** o filho no período de seis meses (pelo menos) a contar do início da “convivência conjugal” (casamento ou união estável), o rebento presume-se ser de seu “companheiro ou marido”. Se parido após a separação do casal (ou fim da relação heterossexual), presume-se que o pai é o marido ou companheiro caso o menor tenha vindo ao mundo dentro do período de dez meses posteriores à separação. Sem a existência de prazos, mas apenas do “consentimento do marido ou do companheiro”, surge no texto legal as inovações advindas das novas tecnologias reprodutivas.

⁷³ - Art.227. Parágrafo 6º: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação” (CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, 1991:535-537). Idêntica é a redação do artigo 1596 do novo Código Civil, vigente desde 2003.

Ainda com auxílio da ciência médica e objetivando complementar o disposto no artigo 1597, o artigo 1598 assim normaliza:

Salvo prova em contrário, se, antes de decorridos o prazo previsto no inciso II do artigo 1523, a mulher contrair novas núpcias e lhe nascer algum filho, este se presume do primeiro marido, se nascido dentro dos trezentos dias a contar da data do falecimento deste e, do segundo, se o nascimento ocorrer após esse período e já decorrido o prazo a que se refere o inciso II do artigo 1597. (CCB, 2005:318).

De toda esta engenharia construída pelo legislador, pode-se à **primeira vista** reiterar que a maternidade é certa e pautada no parto (ou *accouchement*), ao passo que a paternidade é “presumida” e incerta. Mas, do próprio ordenamento jurídico depreende-se que essa maternidade não é tão certa assim, pois da mesma forma como há a “investigação da paternidade”, também há a “investigação de maternidade”. Assim, se “a filiação prova-se pela certidão do termo de nascimento registrada no Registro Civil” (artigo 1603 do CCB, 2005:319), ela poderá ser contestada “provando-se erro ou falsidade de registro” (segunda parte do artigo 1604 do CCB, 2005:319). Donde se conclui que “quando a maternidade constar do termo do nascimento do filho, a mãe só poderá contestá-la, provando a falsidade do termo, ou das declarações nela contidas” (artigo 1608, CCB, 2005:320). Mas não apenas ela, como toda e qualquer pessoa que “justo interesse tenha”. Como didaticamente coloca Iacub (2004:10-11) ao explorar o contexto francês, cujo racionalismo é extremado no tocante às instituições jurídicas:

Comme la tautologie selon Wittgenstein, il semble même impossible de la dire : la mère est la mère, voilà tout. La définir par l'accouchement signifie qu'il n'est pas nécessaire de la définir, qu'il suffit d'ouvrir les yeux pour la connaître. (...) Les femmes garderont toujours plus fortement leurs enfants dans leur coeurs puisqu'elles les ont portés dans leurs corps, puisqu'elles n'ont fait, neuf mois durant, qu'un seul être avec eux. (...) Après tout, nous ne sommes ni végétaux ni ovipare, mais mammifères, et chez les mammifères c'est ainsi : la maternité ne se discute pas. (...). **Toutefois, on peut opposer à ces fantasmes bucoliques le fait que la maternité est tout autant une relation juridique que la paternité, c'est-à-dire qu'elle est instituée par le droit.** On peut bien avoir tous les sentiments qu'on voudra à l'égard de ses enfants, chacun peut négocier autant qu'il le souhaite le rapport affectif et imaginaire qu'il aspire à entretenir avec eux, l'« image », comme on dit, qu'il veut donner de soi, il n'en restera pas moins que ceux que nous appelons « père » et « mère » sont désignés comme tels par le droit lui-même. **(Negritos meus).**

Conseqüentemente, como toda e qualquer relação que interessa ao direito, tanto a maternidade quanto a paternidade nascem de provas que estão longe de ser esgotadas em fatos naturais, postas no ouvi falar, mas mais próximas do ver para crer (ou não!). Nesse sentido, se o parto não é visto, ou se não se tem relato de que determinada mulher efetivamente estava grávida (e não apenas fora do peso), retornamos de onde acredito que todos os nascimentos partem: da denominação como tal, atribuída única e exclusivamente pelo Estado, e suplementarmente pelo Direito. Afinal, é através de uma “ordem judicial”, e apenas dela que “à margem do registro de nascimento da criança e do adolescente”, o juiz determina que se inscreva “a sentença que decretou a suspensão ou perda do pátrio” (artigo 163 do Estatuto da Criança e do Adolescente; CCB, 2005:905).

Finalmente, convido o leitor a uma última digressão à temática da paternidade e da maternidade, mas em territórios habitados pelos debates antropológicos. Ao seu término, quem sabe, nos depararemos, juntos, com idéias ou ideais muito próximos daqueles evocados pelo Santo e Poderoso Direito.

II. 3.2. A paternidade e a maternidade: outras convergências e outras divergências entre os discursos antropológico e jurídico

Na seara antropológica, um caloroso debate animou (e continua animando) as pesquisas voltadas aos estudos de gênero e do parentesco, mais precisamente sobre a paternidade (sua interface com o Direito ou não) e sobre as novas tecnologias reprodutivas e contraceptivas.

Na antropologia britânica, os estudos de parentesco contrapõem-se aos franceses, dentre outros tantos e complexos motivos (aqui não explorados), pelo acento que concedem à “descendência ou à filiação”, ao invés da ênfase atribuída pelos franceses à “aliança”. Porém, hei de citar Louis Dumont (1975), que em interessante artigo nos adianta que tal distinção pode e deve ser lida como não estanque, ainda mais no contexto ocidental, uma vez que para nos casarmos, presume-se que antes nascemos.

Assim, guardadas as semelhanças entre os discursos legais e as definições antropológicas a respeito da família como base da sociedade e/ou do parentesco, anteriormente traçadas neste capítulo, restringir-me-ei no presente momento à clássica discussão estabelecida por Edmund Leach a partir de escritos de seu antecessor, Malinowski.

Malinowski (1986) em uma das obras dedicadas à observação dos “comportamentos” e das “motivações individuais” que levavam os trobriandeses a se casarem e a constituírem família (diga-se “nuclear”; ver maiores esclarecimentos WOORTMANN, 2002:10), conclui afirmando que:

(...) apesar de ignorarem a necessidade fisiológica de um homem para a constituição da família, encaram-no como socialmente indispensável. Isso é muito importante. A paternidade, completamente desconhecida em seu sentido biológico, ainda assim é mantida por um dogma social que afirma: toda família deve ter um pai; uma mulher deve se casar antes que possa ter filhos; em toda casa deve haver um homem. A instituição da família individual é assim estabelecida firmemente sobre um forte sentimento de sua necessidade, totalmente compatível com a absoluta ignorância de sua fundamentação biológica. **O papel sociológico do pai é estabelecido e definido sem nenhum reconhecimento de sua natureza fisiológica.** (MALINOWSKI, 1986:142). **(Negritos meus).**

Em artigo intitulado “Nascimento Virgem” (1983), cuja escrita lhe rendeu o estigma de “positivista vulgar” imposto por Clifford Geertz, Edmund Leach resgata a discussão malinowskiana da “ignorância (primitiva) da paternidade fisiológica” para desferir seus primeiros tiros irônicos:

(...). O que parece interessante não é tanto a ignorância dos aborígenes, mas a ingenuidade dos antropólogos. Parece evidente que os sábios europeus ocidentais estão muito predispostos a crer que outros povos devem acreditar em versões do mito do Nascimento Virgem. Se nós cremos em tais coisas é porque somos devotos, se outros o crêem é porque são idiotas (LEACH, 1983:124).

Estruturalista (levistraussiano) declarado (neste trabalho e em outros), Leach toma a discussão do “Nascimento Virgem” para alinhar *insights* sobre este padrão de crença no ocidente, tomando como fio condutor a relação por nós estabelecida entre o mundo físico (o aqui e agora) e o metafísico (o outro mundo). Nessa relação estabelecida entre os ocidentais mortais e os seus deuses potentes e imortais, a crença de que Jesus Cristo nasceu da Virgem santíssima

Maria, continua angariando fiéis. Portanto, argumenta Leach, imersos em um paradoxo, (nós) ocidentais cristãos acreditam(os) tanto no nascimento virgem de Jesus, quanto na relação de causalidade entre cópula e filiação veiculadas pela ciência.

Em meados da década de oitenta, ao eclodir na Grã-Bretanha o escândalo e/ou o debate em torno da “Síndrome do Nascimento Virgem”, baseado na indignação e na resistência de médicos inseminarem mulheres virgens que os procuravam para serem mães sem sexo, Marilyn Strathern (1995) esmiúça possíveis elementos circundantes da lógica euro-americana. Diga-se, nessa lógica a pesquisadora incluiu os próprios antropólogos que perpetraram a ignorância da paternidade fisiológica como uma falta de conhecimento.

Strathern ao empreender suas análises, estabelece um convincente diálogo com as contribuições de Michael Houseman, Carol Delaney, David Schneider, dentre outros. De maneira didática, nos alerta para o fato dos trobriandeses apresentarem uma lógica distinta daquela dos antropólogos com os quais convive(ra)m. Nas ilhas Trobriand, o sistema de descendência matrilinear⁷⁴ delineia funções distintas ao pai (fisiológico e/ou social) e à mãe, ditando, por conseguinte, àquelas inerentes ao próprio irmão materno. Desta forma, se no contexto euro-americano a paternidade física não necessariamente deve coincidir com a jurídica, e, a maternidade coincide, em contextos trobriandeses o pai caracteriza-se pela nutrição (jurídica) e pela criação (física) do filho, isto é, pela fusão das duas.

(...) esses constrangimentos permanecem solidamente fundamentados em inelutáveis realidades biológicas. Assim, a própria orientação dessas duas figuras assimétricas, além do fato de que é a distinção entre maternidade física e jurídica, a variável definitiva subjacente à pertinência de uma ou outra delas, deriva da dissimetria sexual auto-evidente mencionada no início deste trabalho. Como conseqüência de gestação e parto, a relação entre identidade sexual feminina (ligada ao órgão genital) e função procriativa maternal é potencialmente contínua, enquanto entre identidade sexual masculina (ligada ao órgão genital) e função paternal é necessariamente descontínua. **Em outras palavras, uma identificação absoluta de parentalidade física e jurídica só é possível no caso da maternidade.** (HOUSEMAN *apud* STRATHERN, 1995). **(Negritos meus).**

⁷⁴ - Diz-se do pertencimento que um descendente passa a ter apenas e tão-só pelo “tronco” da mãe, e, não do pai. Trocando em miúdos, passa a ter direitos de herdar apenas pela ascendência materna, tal como a concepção exposta por Rivers (1975) acerca do direito materno.

Nesse sentido, se tomarmos a acepção cristã calcada na monogenética da criação (nascimento virgem!), notar-se-á que a paternidade nunca correspondeu à maternidade em territórios ocidentais, e o que Malinowski não percebeu (longe ou perto dos trobriandeses) foi que à mãe cabe(ia) parir e nutrir, e ao pai cabe(ia) apenas (pro)criar. Portanto:

Pareceria que não é a constituição do filho que está em questão apenas, mas a da mãe. Se assim é, o gerador homem num tal pensamento euro-americano não apenas faz o filho, sozinho ou na teoria duogenética pela parceria com a mãe: também faz a mãe (STRATHERN, 1995).

Finalmente, as concepções suscitadas por David Schneider (1980) na crítica por ele elaborada ao parentesco (e à cultura norte-americana), correlacionando as relações sexuais como expressões do “amor” e da “união conjugal”, fizeram com que Strathern aproximasse tanto a mãe da responsabilidade pela nutrição dos relacionamentos, nos quais o filho parido encontra-se inserido, quanto o pai da incumbência do desejo pelas relações sexuais. Motivo pelo qual, a antropóloga deduz tornar-se simbolicamente comprometedor e subversivo para os médicos inseminar uma mulher virgem, sobretudo, quando o profissional é homem. Em outras palavras: na falta das relações sexuais mantidas com um homem, ele faria simbolicamente às vezes do “pai biológico (físico)”.

Ressalto com tal discussão a importância habitualmente concedida pela antropologia, ao jargão jurídico ocidental e/ou ao mito da certeza da maternidade *versus* ao da incerteza da paternidade⁷⁵. Mesmo quando na década de 80 emerge nos Estados Unidos, Inglaterra e posteriormente na França a “antropologia da reprodução” (Strathern é uma de suas representantes), calcada nos estudos de gênero e nas novas tecnologias reprodutivas, o acento atribuído ao estatuto da maternidade e suas diversas fases (concepção, gravidez, etc.) reifica o que, a meu ver, não é tão certo (incólume) assim, segundo o que o próprio discurso jurídico e legal dispõe, seja em relação à manutenção (ou não) da guarda de filhos; seja em relação à perda do pátrio poder/poder familiar.

⁷⁵ - Margaret Mead representa um destes clássicos antropológicos e das discussões de gênero, cujos holofotes voltam-se à incerteza da paternidade. Consultar a obra *L'un et l'autre sexe* (MEAD, 1966).

Sob tal raciocínio, faço minhas as remissões do sociólogo francês Eric Fassin quando em um de seus artigos salienta que:

L'anthropologie retrouve ici le droit romain: s'il faut instituer le père, c'est qu'il n'est pas besoin de le faire pour la mère. Donc, derrière la máxima: "pater is est, quem nuptiae demonstrant", il faut lire cet autre précepte: "mater semper certa est. (FRANKLIN *apud* FASSIN, 2002:109).

Nesse mesmo sentido, abro alas às ressalvas da antropóloga Michelle Rosaldo quanto ao uso e ao abuso praticados por parte da antropologia, dedicada aos estudos de gênero e à abordagem feminista, ao naturalizarem as mulheres como mães e como ligadas ao ambiente doméstico:

A mais séria deficiência de um modelo baseado em duas esferas opostas aparece, em resumo, na sua aliança com os dualismos do passado, dicotomias que ensinam que mulheres devem ser entendidas não em termos da relação – com outras mulheres e com homens – mas da diferença e separação. “Confinadas” pelas funções que imaginamos pertencer às mães e ao lar, nossas irmãs são conceitualizadas como seres que presentemente, e em todos os tempos têm sido o mesmo, não atores mas meros sujeitos da ação masculina e da biologia feminina. E feministas se mostram vítimas deste passado quando suas descrições atraem nossa atenção para coisas importantes que mulheres fazem, adicionando variáveis que relacionam papéis domésticos, maternidade e vida reprodutiva. (ROSALDO, 1995:29).

Mas, ao mesmo tempo, são estes mesmos estudos voltados às novas tecnologias reprodutivas e contraceptivas que apontam para a minha sugestão de que é o Estado quem pare uma criança e é ele quem detém (às escondidas) o título de “pai” e de “mãe”, desse e de outros rebentos paridos. É o Estado por intermédio do Direito que diz ser este “sujeito” o “filho” de um outro que ele, o Direito, denomina de “pai” e/ou de “mãe”. Não necessariamente como resultado da causalidade “cópula/natureza”, quiçá antes como resultado do registro da certidão de nascimento. A sentença judicial e as provas judiciais que o sustentam, como: a certidão de nascimento, a certidão de casamento ou o contrato de união estável, os três, **simbolizam, a meu ver, a legitimidade da paternidade e da maternidade desempenhada pelo Estado sobre todos nós, seus (vossos) rebentos, por excelência. É ele quem determina quando nascemos e quando morremos.**

Retida esta proposição, encerro o presente capítulo transcrevendo as considerações finais do artigo da antropóloga Débora Diniz, cujo título (“Quem autoriza o aborto seletivo no Brasil? Médicos, promotores e juízes em cena”), concede-nos o tom dos rumos trilhados por Maria dos Santos, protagonista do processo analisado pela pesquisadora:

A história de Maria dos Santos é única e trivial ao mesmo tempo. Única, por resumir em torno de si uma seqüência de fatos indesejados: a gravidez não-planejada, o insucesso da tentativa de aborto no segundo mês de gestação, o diagnóstico de má-formação, o indeferimento do processo e a morte da filha. **Mas é também trivial por representar o enredo de muitas outras mulheres torturadas pelo azar de uma gravidez de feto inviável, sob uma legislação que não apenas as obriga a expor publicamente seu sofrimento**, como também a ter que negociar suas preferências, mesmo que em condições absolutamente desiguais de diálogo moral. Maria dos Santos foi esquecida em todas as fases deste processo. Seu advogado, provavelmente como parte de uma estratégia jurídica, a resumiu a um sujeito psicologicamente sofrido. O sujeito do processo foi seu feto. Não havia outra saída para a negociação, o que apenas demonstra a impossibilidade de qualquer diálogo racional em torno do aborto no Brasil. Se, por um lado, o juiz angustiou-se diante do caso, ele também temia a fúria do promotor, um ardente opositor do aborto. Maria dos Santos provocava fantasias eugênicas no promotor que temia ceder às seduções do mundo imaginário do risco moral. O mundo imoral que ameaçou a tranquilidade dos absolutos inegociáveis do promotor é onde esteve Maria dos Santos durante nove meses e, quem sabe, ainda hoje permanece. (...). Maria dos Santos teve que acatar os argumentos eticamente infundados e assentados em um código religioso específico, travestidos da autoridade legal do Ministério Público. (...). **O pedido de alvará para aborto seletivo de Maria dos Santos foi negado. Mas não foi apenas a vida desta mulher que foi ameaçada pelos devaneios autoritários do promotor.** E é neste exato momento que a história de Maria dos Santos se torna trivial. **O tema do aborto não é uma questão isolada de mulheres que, caprichosamente, decidem não ter filhos.** É preciso modificar os termos descritivos com que se discute aborto no Brasil. O aborto é uma questão de extremo sofrimento e o aborto seletivo uma decisão de incalculável angústia para as mulheres grávidas. Por isso, não é possível que soluções tão **íntimas e angustiantes**, como um pedido de alvará para interromper uma gestação de feto inviável, sejam arrogante e irresponsavelmente argumentadas como foi a de Maria dos Santos. E o pior: **que o resultado seja a imposição de uma sentença cruel.** (DINIZ, 2003:147-148) – **(Negritos meus).**

Dentre os argumentos expostos ora pelo advogado e representante de Maria dos Santos, ora pelo promotor; o juiz (“angustiado” ou não) – mas indiscutivelmente na condição de agente político e funcionário do Estado, optou pelo nascimento de um feto que logo após o parto, morreria. Sem entrar no mérito desta discussão, reitero: é o ESTADO quem determina quando nascemos, e, em outras situações quando morremos, para além de nossas crenças católicas.

Nossa (ilusória) liberdade limita-se à gestação (também alvo de controle pelo Estado), ainda restrita à condição de ser mulher, mas não necessariamente de vir a ser mãe ou de nessa condição se manter.

Admito sem quaisquer pesares, que essa formulação Michel Foucault (1999a) elaborou de maneira magistral no seminário “Em defesa da sociedade”. Quanto mais o Estado se estrutura na condição de Moderno, mais ele passa a ingerir em nossas vidas, a ponto de nos “fazer viver” e nos “deixar morrer”, isto é, invertendo a fórmula das relações de poder anteriores ao século XIX, cujo slogan era “deixar viver” e “fazer morrer”.

2ª PARTE

CAPÍTULO III - QUOD NON EST IN ACTIS, NON EST IN MUNDO (O QUE NÃO ESTÁ NOS AUTOS DO PROCESSO, NÃO EXISTE NO MUNDO DOS FATOS): tecendo a produção de provas e de verdades em processos judiciais

III. 1. Alguns lembretes!

Arbitrária e propositadamente dividi a tese em duas partes. A segunda parte que se inicia agora é composta pelos capítulos terceiro e quarto. Ambos apresentam uma cumplicidade ou uma dependência maior entre si, motivo pelo qual os reuni em uma única parte.

Neste capítulo conduzo o leitor às minúcias de como nascem, se desenvolvem e morrem os processos vividos por Madalena e Agnes contra Naum (e vice-versa) – contrastando-os com os seis acórdãos explicitados ao término do primeiro capítulo. Isto é, esmiúço de quais formas em meio a essas batalhas judiciais recheadas de “petições”, “contestações”, “intimações”, “pareceres”, “prazos”, “sentenças”, dentre outras ações e omissões de operadores jurídicos, as provas judiciais são produzidas (e como são produzidas). E mais: como são produzidas as “verdades” eleitas como únicas pelos magistrados nos dez processos judiciais de Madalena *versus* Naum, e nos três processos de Agnes *versus* Naum. Desses treze processos ao todo, a maioria é de natureza cível e litigiosa, e o ponto em comum entre eles converge para o fato de Madalena e Naum terem sido casados, e algumas de suas narrativas judiciais criadas há décadas atrás ressurgirem nos processos de Agnes contra o pai, Naum, inclusive aquelas envolvendo a honra de Madalena, mãe de Agnes. Vamos a eles.

III. 2. Fragmentos de discursos nem sempre amorosos entre Madalena e Naum!

Em meados de 1985, Madalena procurou uma advogada para que Naum saísse de casa, e não necessariamente para que naquele momento o casamento entre ambos fosse rompido. Durante trinta dias, os dois permaneceram separados

por força da sentença judicial proferida no processo denominado de “separação de corpos”, que ordenou a saída de Naum da residência que o casal dividia com suas três filhas menores.

Mesmo sem quaisquer documentos judiciais que me indicassem precisamente quais foram os argumentos suscitados por Madalena e acatados pelo juiz da 21ª Vara de Família de uma cidade de médio porte catarinense – para além da entrevista que fiz com ela, remeter-me ao processo de separação de corpos alertou-me para duas ponderações importantes rumo ao entendimento das provas e das verdades produzidas nesse contexto judiciário:

1ª – a trajetória judicial de Naum e Madalena foi iniciada sob conflito, e não por um acordo amigável que foi assinado por ambos após a separação de corpos, como desfecho do processo de separação judicial consensual n. 02/1985 (quadro do item I. 6.1.) e;

2ª – as distinções nativas que colocam de um lado os processos de separações de corpos, também conhecidos como “cautelares”¹, e de outro lado, os processos de separações judiciais (litigiosos ou consensuais), também conhecidos como “principais”, apontam para as distintas noções de verdades formuladas pelos discursos jurídicos.

Neste sentido, como já os adverti, face ao fato do meu acesso aos documentos do processo de separação de corpos (n.01/1985) vividos por Madalena e Naum ter se resumido a poucos boletins de ocorrência que fazem menção ao mesmo, trago também à cena, para esclarecer o que são os processos cautelares e os principais, as prescrições legais e as jurisprudenciais constantes no acórdão n.02/2003 (ver quadro constante no item I. 6.2), referente ao conflito entre Caim *versus* Nelma.

¹ - O Código de Processo Civil brasileiro enumera alguns exemplos de ações que são conhecidas como “cautelares específicas”. São elas: “do arresto; do seqüestro; da caução; da busca e apreensão; da exibição; da produção antecipada de provas; dos alimentos provisionais; do arrolamento de bens; da justificação; dos protestos, das notificações e das interpelações; da homologação do penhor legal; da posse em nome de nascituro; do atentado; do protesto e da apreensão de títulos e de outras medidas provisionais”, incluindo nessas últimas, a separação de corpos.

III. 2. 1. A briga começou com “cautela”: sob uma “separação de corpos”

Madalena em uma de nossas conversas frisou que o “mandado judicial”² ordenatório da saída de Naum durou 30 (trinta) dias. Após o escoamento do prazo de um mês para que Naum se mantivesse afastado de Madalena, o mesmo voltou para casa, pois na ordem judicial constava que seus efeitos durariam não mais do que trinta dias.

Até então o que consta em sua entrevista, reflete o que a lei do Divórcio determina em seu artigo 7º: “A separação judicial importará na separação de corpos e na partilha de bens. Parágrafo 1º. A separação de corpos poderá ser determinada como medida cautelar (art.796 do CPC)” (CPC, 2005:318). Ainda nos embargos do artigo 7º da Lei do Divórcio, a remissão ao artigo 796 do Código de Processo Civil se faz necessária frente ao fato de que: “O procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste é sempre dependente”. (CPC, 2005:167).

Como consequência do previsto no artigo anterior, grifo o que prescrevem, respectivamente, os artigos 801, 804, 806, 807 e 808 do mesmo Código de Processo Civil, quanto aos pré-requisitos para a viabilidade das chamadas ações cautelares:

Art. 801. O requerente pleiteará a medida cautelar em petição escrita, que indicará: I - a autoridade judiciária, a que for dirigida; II – o nome, o estado civil, a profissão e a residência do requerente e do requerido; III – a lide e seu fundamento; **IV – a exposição sumária do direito ameaçado e o receio da lesão; V – as provas que serão produzidas.** Parágrafo único. Não se exigirá o requisito do n. III senão quando a medida cautelar for requerida em procedimento preparatório. (CPC, 2005:167). **(Negritos meus).**

&

Art. 804. É lícito ao juiz conceder liminarmente ou após justificação prévia a medida cautelar, sem ouvir o réu, quando verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz, caso em que poderá determinar que o requerente preste caução real ou fidejussória de ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer. (idem: 168). **(Negritos meus).**

² - Para os discursos jurídicos, a execução das sentenças proferidas pelos juízes é realizada mediante um documento chamado de “mandado judicial”, cujo cumprimento é feito pelo oficial de justiça. Assim, se a sentença prevê o afastamento de um dos litigantes de sua casa, no mandado judicial constará a ordem para que o réu/perdedor no processo saia de casa.

Art.806. Cabe à parte propor a ação, no prazo de trinta dias, contados da data da efetivação da medida cautelar, quando esta for concedida em procedimento preparatório. (ibidem: 168). (Negritos meus).

&

Art. 807. As medidas cautelares conservam a sua eficácia no prazo do artigo antecedente e na pendência do processo principal; mas podem, a qualquer tempo, ser revogadas ou modificadas. Parágrafo único. Salvo decisão judicial em contrário, a medida cautelar conservará a eficácia durante o período de suspensão do processo. (ibidem: 168). **(Negritos meus).**

&

Art. 808. Cessa a eficácia da medida cautelar: I – se a parte não intentar a ação no prazo estabelecido no art. 806; II – se não for executada dentro de 30 (trinta) dias; III – se o juiz declarar extinto o processo principal, com ou sem julgamento do mérito. Parágrafo único. Se por qualquer motivo cessar a medida, é defeso à parte repetir o pedido, salvo por novo fundamento. (ibidem: 168). (Negritos meus).

Da leitura dos cinco artigos acima redigidos, destaco as seguintes idéias:

1ª - No documento (ou petição inicial) elaborado pelo advogado do autor(a) do processo cautelar deverá constar uma descrição sumária ou sucinta tanto do “direito ameaçado” quanto do “receio da lesão” alegados pelo requerente;

2ª – O magistrado pode conceder o pedido pleiteado pelo autor, sem que o réu seja ouvido, desde que o juiz verifique que sendo citado, o réu poderá tornar a medida ineficaz. Entretanto, ao acatar os intentos do autor sem ouvir o réu, o primeiro correrá o risco de prestar garantia de que arcará com perdas e danos porventura sofridas pelo último – o réu;

3ª - A ação principal deverá ser proposta no prazo de até trinta dias a contar do início dos efeitos da sentença decorrente do processo cautelar, e, disso, deduz-se que os efeitos da sentença cautelar são provisórios, pois duram apenas trinta dias;

4ª – Os efeitos do processo cautelar podem ser postergados no caso da parte autora e vencedora, vir a propor no prazo legal de trinta dias o processo principal, reforçando expressamente em sua petição inicial a necessidade de manutenção da cautelar;

5ª - Se os efeitos do processo cautelar vierem a acabar, o autor fica proibido de repeti-lo, exceto se argumentar novos fatos.

No caso do processo cautelar de separação de corpos, autuado sob o n. 01/1985 e promovido por Madalena contra Naum, para que esse saísse de casa, a medida judicial caracterizou-se desde o seu nascimento como dependente da ação “principal” de separação conjugal, conforme o previsto pelo artigo 796 do Código de Processo Civil (CPC), sobretudo para que seus efeitos se estendessem para além de trinta dias. Em relação à Madalena, o processo principal escolhido foi o da separação conjugal amigável e sua propositura não se deu no prazo de trinta dias a contar da concessão da cautelar de separação de corpos, tal como veremos no item seguinte.

Assim, pode-se conjecturar que se a separação conjugal de Madalena e Naum tivesse sido litigiosa, e promovida dentro do prazo de trinta dias a contar da concessão da cautelar, com a condição de persistência dos mesmos motivos que a fundamentaram, os efeitos dessa poderiam ter sido postergados até o final da separação litigiosa. Por sua vez, Naum ficaria obrigado a ter que se manter afastado da casa onde Madalena e suas três filhas habitavam.

Interessa-me remarcar frente às verdades morais abstratas legais até aqui transcritas (artigos 796, 801, 804, 806 a 808 do CPC), uma das distinções fundamentais entre os processos cautelares e os principais, e algumas de suas especificidades.

A meu ver, o processo cautelar traz consigo a noção de verdades provisórias e não apenas de efeitos provisórios, face à urgência da situação que pode comportar erros de percepção por parte do juiz, motivo pelo qual o artigo 807 deixa claro que a qualquer momento o magistrado tem a capacidade de modificar ou revogar sua decisão. O mesmo não ocorre com a sentença definitiva produzida em um processo principal, cujos efeitos tendem a se postergar indefinidamente (*ad perpetum*) no tempo, e nele pressupõe-se que o magistrado ao sentenciar foi plenamente convencido pela parte vencedora.

III. 2.1.1. Dos processos cautelares e suas verdades provisórias

Mas, como estas verdades provisórias advindas dos processos cautelares são produzidas?

Para incitar o debate, saio do plano conjectural e passo à exploração das demais especificidades das cautelares que decorrem da “verdade provisória”, à

luz do processo de “arrolamento de bens” – um dos exemplos clássicos de cautelares como expus em nota de rodapé neste capítulo, proposto e ganho por Nelma no recurso promovido por seu ex-companheiro (Caim) – acórdão n.02/2003, constante no item I. 6.2.

Uma das quatro pendengas impulsionadoras do conflito entre Nelma e Caim residiu na partilha dos imóveis, carros, dentre outros bens adquiridos pelo casal durante a união estável que mantiveram. A decisão do juiz monocrático ordenou que nenhum dos bens móveis e imóveis fosse vendido, até que ficasse efetivamente provado quando eles foram adquiridos, para que definida também ficasse a sua “verdadeira e justa partilha”. Se antes ou depois da união estável, os mesmos pertenceriam tão-somente ao sujeito que investiu o dinheiro – Caim ou Nelma; se durante a união estável, aos dois, independentemente do dinheiro empregado ter sido apenas de Caim. Indignado, esse agravou (ou recorreu) ao Tribunal de Justiça de Santa Catarina, pleiteando a extinção dos efeitos da cautelar de “arrolamento de bens” proposta pelo advogado de Nelma.

No Tribunal, este foi o único objeto da disputa a não ter discordâncias entre os desembargadores presentes na sessão de julgamento. (Recordem-se como expus no segundo capítulo, que a pensão alimentícia e a guarda compartilhada engendraram divergências de opiniões entre os desembargadores). O desembargador relator Marçal, responsável pela elaboração do voto no acórdão em tela, quanto ao arrolamento de bens, didaticamente recorreu à verdade moral doutrinária e à legal, para mostrar a pertinência da medida cautelar deferida pelo juiz singular. Com base nessas verdades, observa-se que a cautelar para ser proposta por Nelma, ou outro sujeito qualquer, deve estar amparada, sobretudo, em dois fundamentos previstos no artigo 801, IV do Código de Processo Civil. São eles: “direito ameaçado e receio de lesão”. Ou como a doutrina importa do latim, reiterando o caráter secreto dos discursos jurídicos: *fumus boni iuris e periculum in mora*.

Em outros dizeres, o dever ou ônus de Nelma quanto à prova foi o de mostrar na petição inicial elaborada por seu defensor, que se não fosse concedida a medida cautelar, os bens que são supostamente dela poderiam ser vendidos contra a sua vontade, pelo ex-companheiro Caim. Conforme argumento do desembargador Marçal exposto em seu voto no acórdão n.02/2003, e baseado em uma verdade moral doutrinária abstrata:

Segundo Humberto Teodoro Júnior, “O fundado deve ser extraído de fatos concretos apurados na conduta daquele que detém os bens em seu poder (...). O interesse do requerente pode decorrer de direito próprio sobre o bem já constituído ou que deva ser declarado em ação própria (artigo 856, parágrafo 1º)”. (Curso de Direito Processual Civil, Forense, 1996, 15ª ed., vol. II, p.507). Mais adiante, assevera: “Podem, assim, ser arrolados bens próprios em poder de terceiro, bens comuns ou bens alheios sobre que incida legítimo interesse do requerente”(ob.cit, p.507-8).

No caso sub judice, os pressupostos foram, a priori, preenchidos: o legítimo interesse da agravada decorre do direito que alega ter sobre parte dos bens do recorrente em razão da união estável estabelecida entre ambos, bem como da possibilidade de discussão da validade jurídica do contrato celebrado entre os litigantes, ao passo **que o fundado receio resulta do fato de o agravante poder alienar os bens sem o consentimento da agravada, pois as partes não são casadas.**

Por derradeiro, acrescenta-se que o deferimento da medida não trará qualquer prejuízo ao recorrente, eis que este continuará dispondo e usufruindo de seus bens. (Negritos meus).

Perante as justificativas do desembargador Marçal acima descritas, remarco o distinto valor atribuído nos processos cautelares (em comparação com os processos principais), ao “**ônus da prova**” (dever que cada litigante apresenta de provar o que alega, seguindo as regras legais que prescrevem os momentos e as formas que utiliza para tanto), e ao “**livre convencimento do juiz**”.

A inexistência de maiores danos acarretados ao réu/requerido/agravante Caim, e a existência de indícios que convergem para a “fumaça do bom direito” e para o “perigo da demora”, alicerçaram esta cautelar e outras, como a de Madalena contra Naum.

Parece-me que a regra que fundamenta as cautelares, configura a exceção nos processos principais, cuja convicção do juiz se processa ao término de um longo jogo pautado nas afirmações do autor e nas refutações do réu. Nas cautelares o direito é provisoriamente concedido sem que o juiz tenha abaixo de seus olhos a plena convicção da descoberta da verdade, mas, mesmo assim o pedido é concedido. A sua concessão passa, então, pelo filtro simbolizado pelo magistrado que mede as conseqüências menos desastrosas, seja para aquele que pede como Nelma, seja para aquele que está no pólo passivo, como Caim.

No frigidir dos ovos, as produções das provas e da verdade que decorrem do processo cautelar apontam para a concepção de “**graus de certeza**” distintos que as amparam e amparam a convicção do magistrado, se as compararmos aos processos ditos principais. Trata-se de uma verdade provisória, pois nas

cautelares, mesmo que o juiz não veja ou não perceba sensorialmente o que o requerente pede através de uma medida urgente, o primeiro pode crer em meio às suas dúvidas que o autor pode ter razão, pois tais meios cautelares prevêm uma margem grande para que falhas na percepção do juiz sobrevenham, sem que maiores prejuízos afetem àquele contra quem se decidiu. Uma das citadas margens é a garantia (em dinheiro ou outra forma) que o autor ou autora deposita em Juízo para que seu pedido seja deferido. Aliás, algo que não aconteceu no caso de Madalena e nem no de Nelma, mas que é veiculado pelas verdades morais abstratas legais contidas no CPC (2005), em seus artigos 804 e 807. Recordemos:

Art. 804. É lícito ao juiz conceder liminarmente ou após justificação prévia a medida cautelar, sem ouvir o réu, quando verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz, caso em que poderá determinar que o requerente preste caução real ou fidejussória de ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer. (idem: 168).

&

Art. 807. As medidas cautelares conservam a sua eficácia no prazo do artigo antecedente e na pendência do processo principal; mas podem, a qualquer tempo, ser revogadas ou modificadas. Parágrafo único. Salvo decisão judicial em contrário, a medida cautelar conservará a eficácia durante o período de suspensão do processo. (ibidem: 168).

Note-se, ainda, conforme esses dispositivos legais, que as verdades provisórias inerentes às cautelares, podem dispensar o juiz da escuta do réu – praticamente inviável nos processos principais, desde que o procurador da autora (Nelma, Madalena e outros tantos sujeitos) junte à petição inicial: documentos, declarações testemunhais ou outras formas de evidenciar e sustentar as narrativas nela expostas e seu caráter emergencial.

Em síntese, as cautelares como exemplos emblemáticos de medidas de urgência, demandam do juiz uma resposta rápida e sendo assim, o mesmo em meio à falibilidade pondera qual decisão é menos prejudicial tanto para aquele que a alega (requerente), quanto para aquele que a suporta (réu/ré). Aliás, isso é o que a ponderação do desembargador Marçal, no acórdão n.02/2003 traduz:

“acrescenta-se que o deferimento da medida não trará qualquer prejuízo ao recorrente, eis que este continuará dispondo e usufruindo de seus bens”.

Afinal, ao término do processo principal esta cautelar pode ser extinta ou em meio ao processo principal ela pode ser modificada. Ou seja, a possibilidade de falha por parte do juiz nos processos cautelares, reside no fato dele poder ao longo do processo principal vir a modificar sua opinião antes dada como possível sob a forma de “verdade provisória”. O mesmo não se estende às atitudes rituais dos magistrados nos processos principais, pois eles dificilmente voltam atrás em suas decisões, após as partes litigantes descontentes virem a propor quaisquer dos recursos judiciais previstos no Código de Processo Penal e Civil.

Mas, ao me reportar à expressão de “graus de certeza” e às verdades que denominei de “provisórias”, pelo fato de existir nas cautelares uma flexibilidade maior quanto à busca da verdade por parte do magistrado, se comparadas aos processos principais, breves considerações sobre a emergência da noção de verdade atrelada à ciência moderna tornam-se necessárias.

Em “O nascimento da clínica”, “Vigiar e Punir” e “Eu, Pierre Rivière (...)”, Michel Foucault, a meu ver, estabelece correlações providenciais acerca de como as verdades médicas (incluindo a psiquiátrica) e jurídicas foram se costurando enquanto “ciências verdadeiras”, ao longo dos últimos três séculos.

Até o século XVIII, a doença era diagnosticada sem a existência de uma instituição legitimada pelo Estado que atribuísse unidade aos médicos, e, além disso, a doença convergia para um conjunto de sintomas pautado na simpatia ou na semelhança de casos particulares comparados entre si. No final do mesmo século, a certeza médica, graças também às noções matemáticas, passa a se constituir pela multiplicidade inteiramente percorrida de fatos individuais. Nesse momento e sob esse sentido, os doentes deixam o espaço dos domicílios (onde sofriam a influência dos familiares), e passam a ser deslocados para o hospital, onde passam a ser observados minuciosamente. É no hospital que o conhecimento poderia ser sistematizado através de uma melhor observação de casos particulares e simultâneos, e ser repassado e reelaborado por intermédio das aulas ali proferidas para os estudantes de medicina. Não há que se esquecer que nesta mesma época as técnicas de punição foram modificadas, e as prisões tornaram-se redutos de observações e sistematizações das ciências humanas,

muito embora desde cedo o fracasso destas novas medidas tenha sido veiculado pelos seus próprios precursores.

Como bem coloca Foucault em “Vigiar e Punir” e “A verdade e as formas jurídicas”, o modelo arquitetural de Jeremy Bentham, amparado na vigilância dos detentos e sem que esses possam efetivamente saber se estão sendo vistos ou não, configura-se no século XVIII como um artifício empregado nas escolas, conventos, prisões, fábricas e hospitais:

Cada um, em seu lugar, está bem trancado em sua cela de onde é visto de frente pelo vigia; mas os muros laterais impedem que entre em contato com seus companheiros. É visto, mas não vê; objeto de informação, nunca sujeito de comunicação. (FOUCAULT, 1983:177).

De forma similar, se na emergência da clínica abriu-se “um campo que se tornou visível pela introdução no domínio do patológico de estruturas gramaticais e probabilísticas” (FOUCAULT, 1980:119); com o resgate da arte de dissecação pelos clínicos, denominada de anatomia-clínica, a morte e a abertura dos cadáveres tornaram-se a vida mais próspera da medicina. Os sintomas, as lesões, a prevalência dos tecidos sobre os órgãos, o “inquérito ideal” realizado outrora por minuciosos “exames”, agora, poderiam ser precisados com menores riscos de fracasso, pois o corpo do cadáver passava a delimitar a formação de novas ou o reforço de velhas sistematizações.

Entre os médicos da velha escola, nenhum foi mais sensível do que Pinel e mais receptivo às formas novas da experiência médica; foi de bom grado professor de clínica e, sem muitas reticências, fazia autópsias; mas só percebia efeitos de recorrência, seguindo apenas, no nascimento das estruturas novas, suas linhas de apoio nas antigas; de tal modo que a nosologia se encontrava confirmada a todo o momento e a experiência nova de antemão ajustada. (FOUCAULT, 1980: 202-203).

A ênfase na anatomia clínica contribuiu para que o olhar médico e os seus demais sentidos tornassem-se mais apurados perante o corpo vivo, degenerado e visível (ao ver para crer), mas também para que viesse a se sensibilizar frente às patologias, cujos sintomas não eram visíveis pelas lesões verificadas nas autópsias, tais como determinados processos febris. Espelho para as ciências humanas, a medicina moderna e seu positivismo, capaz de reduzir a infinitude de *causas mortis* em uma finitude sistematizada de argumentos médicos, colocaram o homem como objeto de saber e como sujeito produtor desse mesmo saber. Em

especial, diria que a medicina moderna tornou-se um profícuo espelho para o Direito, pois este lida cotidianamente com a busca de uma verdade assumida ora como real, ora como ficcional, porém, em ambas a verdade é auferida pelos discursos jurídicos como po(a)ssível de ser alcançada. O inquérito, antes de ser uma prática vinculada e restrita ao judiciário, emerge como método das ciências naturais. (FOUCAULT, 1983:197). E mais: as sistematizações, em forma de manuais de anatomia, dentre outros, remontam a um contexto sócio-histórico no qual o Direito também passou a ser Codificado. Não necessariamente institucionalizado como saber legítimo pelo Estado, como o foi em relação à medicina, mas sedimentado através de uma razão infalível:

O jusnaturalismo, de um lado, na sua tendência própria de buscar regras estáveis, eternas e imutáveis para o estabelecimento dos valores jurídicos (no jusnaturalismo moderno tais critérios são tirados de uma razão dominante e que é capaz de deduzir o jurídico e o justo) é o exemplo emblemático de uma tentativa de abstrair o direito da história. O juspositivismo não é diferente, sobretudo se vislumbramos as pretensões dos primeiros codificadores modernos (antes de todos, Napoleão) em fazer o “livro dos livros”, um “código eterno”, que inscrevesse e fixasse para sempre os ditames de uma razão tida como infalível, como bem demonstra uma iconografia muito comum do século XIX, na qual Napoleão aparece escrevendo na pedra seu código, ao mesmo tempo em que recebia o coração do deus Cronos... (FONSECA, 2006:145).

Saindo de Foucault e passando para um de seus críticos, Carlo Ginzburg³, notar-se-á como o panorama genealógico/arqueológico traçado pelo primeiro quanto aos diálogos entre Medicina e Direito repete-se no segundo, mesmo que ambos não tenham tentado isso. Em um dos artigos de “Mitos, Emblemas e Sinais”, o historiador italiano retoma o período do século XVIII para lançar algumas luzes à polêmica que o método de Giovanni Morelli causou e causa até hoje entre os historiadores da arte.

Entre 1874 e 1876, Morelli sob o pseudônimo de Ivan Lermolieff publicou uma série de artigos criticando a maneira como a autoria era atribuída aos quadros antigos nos museus europeus. Sua crítica baseava-se na proposta de que a autoria era reconhecida e atribuída após uma investigação exaustiva dos

³ - Em “o queijo e os vermes”, Ginzburg (1987) afirma que Foucault ao se debruçar sobre o processo de Pierre Rivière se preocupou mais com os processos de exclusão (e suas estratégias), do que com o sujeito que o vivenciou. Como retomarei no próximo capítulo, as críticas de Ginzburg assinalam os distintos arcabouços teóricos que os iluminam – tanto Foucault quanto Ginzburg.

pequenos detalhes que caracterizavam as atitudes mais inconscientes (não pensadas) de cada um dos pintores, tais como: “os lóbulos das orelhas, as unhas, as formas dos dedos das mãos e dos pés” (GINZBURG, 1989:144). Todas essas investigações culminaram em extenso catálogo, no qual Morelli registrou a forma que Botticelli, Cosmè Tura e outros expoentes pintavam as orelhas, isto é, a forma das orelhas para cada um dos pintores analisados.

Antes de saber maiores informações a respeito de Morelli, pode-se observar com o acima exposto sobre as considerações foucaultianas acerca da Clínica e das Prisões, que o método morelliano e os métodos clínicos e anátomo-clínicos busca(va)m reduzir os graus de incerteza, ora que separa(va)m um corpo degenerado da vida, ora uma obra atribuída a um pintor que não era seu autor. Mas essa analogia pode ser estendida para outras correlações que não se configuram como mero acaso, pois Morelli, para surpresa declarada de Sigmund Freud em um de seus escritos, era médico e não historiador de arte. Não menos por acaso, Castelnuovo “aproximou o método indiciário de Morelli ao que era atribuído, quase nos mesmos anos, a Sherlock Holmes pelo seu criador, Arthur Conan Doyle” (idem: 145). Os três se formaram em medicina: Freud, Conan Doyle e Morelli, e é com Doyle de Sherlock Holmes que o estreitamento com o Direito se faz mais visível, sem que para tanto Holmes perca de vista que “as pistas talvez infinitesimais permitam captar uma realidade mais profunda, de outra forma inatingível” (ibidem: 150). Nos três, o alcance da verdade se (per)faz como real à medida que os inquéritos, os exames e outras investigações minuciosas embasam a produção de conhecimentos cada vez mais afastados da incerteza de que a natureza apresenta leis inalcançáveis e incompreensíveis. Eis a regra que impera nos processos principais, e, sobretudo, litigiosos.

Portanto, no caso das medidas cautelares a busca da verdade auferida pelos órgãos sensoriais do bom senso e do livre convencimento do juiz, não precisa ser tão verdadeira, pois o mesmo dispõe de um longo tempo marcado pelo processo principal para que novos “exames” sejam feitos e, então, para que o preciso “diagnóstico”, mesmo cercado de uma aura de probabilidade, seja prolatado com base não apenas em um único documento como Nelma – no processo cautelar de “arrolamento de bens” – apresentou em juízo. Antes, por um conjunto probatório de testemunhos, documentos, exames periciais que convirjam

de maneira “harmônica e coerente” para o que foi produzido nas narrativas elaboradas pelos representantes das partes litigantes.

Mas, nem todos os processos principais requerem meios de prova que serão avaliados e mensurados pelo juiz, e um dos exemplos mais emblemáticos é o da separação conjugal amigável que requer do magistrado simples concordância (ou “homologação”), perante o acordo apresentado pelas partes “separandas” em juízo. Isso é o que aconteceu no processo de separação conjugal entre Madalena e Naum, sob o n. 02/1985, realizado na 21ª Vara de Família de uma cidade de médio porte catarinense, e a partir dele (e de outros) pode-se dizer que nessas circunstâncias o juiz crê naquilo que ambas as partes que não estão brigando dizem desejar e dizem ser o reflexo da mais pura verdade.

No vaivém das comparações, as verdades tidas como verdadeiras pelo juiz em processos amigáveis, sem que o mesmo proceda a maiores averiguações acerca do argumentado pelos sujeitos, difere das cautelares, à medida que nessas as verdades são temporárias ou provisórias, e nos processos principais amigáveis cujos términos se resumem a acordos entre as partes neles envolvidas, as verdades são a princípio definitivas.

III. 2. 2. A briga terminou sob um amigável acordo de “separação judicial”

No dia 27 de agosto de 1985, meses após a separação de corpos proposta por Madalena contra Naum, ambos consentiram em contratar a Dra. Perpétua como advogada para representá-los judicialmente no processo de separação conjugal amigável.

Na petição inicial redigida e elaborada por Perpétua, de pronto deparo-me com os dispositivos legais que ampa(ra)ram os pedidos do casal: artigo 4º da Lei do Divórcio (Lei 6.515/77), artigo 1120, 1121, 1122 e 1124 do Código de Processo Civil, e que assim, respectivamente, dispõem:

Art. 4º. Dar-se-á a separação judicial por mútuo consentimento dos cônjuges, se forem casados há mais de 2 (dois) anos, manifestado perante o juiz e devidamente homologado (CCB, 2005a:567)⁴;

&

Art. 1.120. A separação consensual será requerida em petição assinada por ambos os cônjuges. Parágrafo 1º. Se os cônjuges não puderem ou não souberem escrever, é lícito que outrem assine a petição a rogo deles. Parágrafo 2º. As assinaturas, quando não lançadas na presença do juiz, serão reconhecidas por tabelião (CPC, 2005:213);

&

Art. 1.121. A petição, instruída com a certidão de casamento e o contrato antenupcial se houver, conterá: I – a descrição dos bens do casal e a respectiva partilha; II – o acordo relativo à guarda dos filhos menores; III – o valor da contribuição para criar e educar os filhos; IV – a pensão alimentícia do marido à mulher, se esta não possuir bens suficientes para se manter. Parágrafo único. Se os cônjuges não acordarem sobre a partilha dos bens, far-se-á esta, depois de homologada a separação consensual, na forma estabelecida neste Livro, Título I, Capítulo IX (idem: 214);

&

Art. 1.122. Apresentada a petição ao juiz, este verificará se ela preenche os requisitos exigidos nos dois artigos antecedentes; em seguida, ouvirá os cônjuges sobre os motivos da separação conjugal, esclarecendo-lhes as conseqüências, da manifestação de vontade. Parágrafo 1º. Convencendo-se o juiz de que ambos, livremente e sem hesitações e, depois de ouvir o Ministério Público no prazo de 5 (cinco) dias, a homologará; em caso contrário, marcar-lhes-á dia e hora, com 15 (quinze) dias a 30 (trinta) dias de intervalo, para que voltem, a fim de ratificar o pedido de separação consensual. Parágrafo 2º. Se qualquer dos cônjuges, não comparecer à audiência designada ou não ratificar o pedido, o juiz mandará atuar a petição e documentos e arquivar o processo (ibidem: 214), e;

&

Art. 1.124. Homologada a separação consensual, averbar-se-á a sentença no registro civil e, havendo bens imóveis, na circunscrição onde se acham registrados (ibidem: 214).

Note-se que o processo de separação amigável – que nesse caso constitui o processo “principal” – começa e termina com uma petição, assinada pelas partes, que contém um acordo que estabelece: a divisão dos bens a ser feita entre o casal; a possibilidade de conversão do nome de casada para o de solteira; com qual dos cônjuges ficará a guarda dos filhos havidos em comum e o quantum

⁴ - O novo Código Civil vigente desde 2003 prevê o prazo de 1 (hum) ano ao invés de 2 (dois) anos, para que o casal peça a separação conjugal.

de pensão alimentícia que o outro cônjuge não responsável pela guarda poderá pagar frente à necessidade dos alimentados tanto ao cônjuge que ficou com a guarda, quanto aos filhos por esse guardados. Todas as separações são norteadas pela circulação destes elementos se os casamentos rompidos as prevêem, isto é, se não há bens a serem partilhados pelo casal, não há o que se falar em partilha de bens, e assim sucessivamente. A própria lei (com suas verdades morais abstratas) enumera no artigo 1121 do Código de Processo Civil o que é que a petição inicial de separação consensual deve conter, sob pena de não ser recebida (ou “indeferida”) pelo juiz, e o processo vir a ser finalizado “sem julgamento do mérito” ou simplesmente dos “pedidos” formulados pelo representante do casal (parágrafo 2º do artigo 1122).

Todavia, no início do parágrafo anterior afirmei que as separações consensuais começam e terminam com a petição inicial, pois muito embora o artigo 1122 do Código de Processo preveja uma audiência antes da “homologação” ou do consentimento do magistrado quanto ao acordo, nem sempre esta é realizada. Portanto, nessa hipótese de não realização da audiência, para que o juiz se convença das convicções de rompimento do casamento por parte do casal, não há que se falar também no período estipulado neste mesmo artigo para que o casal venha a receber a sentença por parte do juiz. Uma sentença que nada mais é do que a concordância do juiz (com ciência do promotor de justiça) quanto ao que consta na petição inicial apresentada pelas partes. Tal situação aconteceu com Madalena e Naum, e independentemente da existência ou não de audiência, ambos (como qualquer sujeito que passa por idêntica vivência) somente alçaram à condição social de “separados judicialmente”, após retirarem da 21ª Vara de Família (de uma cidade de médio porte catarinense) o documento sentencial transcrito em forma de “mandado de averbação”, cujo conteúdo ordenou ao Cartório onde os mesmos se casaram a retificar o estatuto de “casados” para “separados”. Nessa esteira, complemento que nos processos pagos (que não transcorrem pela justiça gratuita), a “homologação” da sentença não demora mais do que quinze dias a contar de sua chegada ao cartório para o qual foi “distribuído”⁵.

⁵ - Para os leitores que se deslocaram diretamente para a este capítulo, aconselho a consulta ao primeiro capítulo, face ao fato de vir a esmiuçar alguns dos passos de surgimento de um processo.

Assim, no tocante às provas produzidas no processo de separação judicial (n.02/1985) de Madalena e Naum, pergunto: o que o casal teve que mostrar ao juiz (e complementarmente ao promotor, visto existirem menores em discussão) para que esse apenas viesse a assinar embaixo do que consentiram?

1º - Que Madalena e Naum estiveram casados há mais de dois anos, e então, **somente a certidão de casamento** fotocopiada e autenticada por um cartório veio a provar que ambos “contraíram matrimônio” em 12 de setembro de 1973.

2º - Que deste casamento nasceram: Ana Júlia, Agnes e Marina. Para tanto, a única forma de provar legalmente estes nascimentos foi através de suas certidões de nascimento.

3º - Que a guarda das filhas ficaria sob a responsabilidade cotidiana da mãe, Madalena, e que, por conseguinte, ao pai ficaria reservado o direito de visitas da seguinte forma:

Sábados ou domingos, alternadamente; durante os meses de férias escolares: janeiro com a mãe; fevereiro com o pai; julho, a metade com cada um. O pai deverá apanhar as filhas na casa da mãe, às 10 horas e devolve-las às 20 horas. O pai não poderá viajar com as filhas, para fora do país sem o prévio consentimento da mãe.

4º - Que o marido contribuiria a título de pensão alimentícia para a mulher e para as três filhas, nos seguintes moldes:

CR\$ 400.000,00 (quatrocentos mil cruzeiros), por semana, que deverão ser depositados até a quarta-feira em nome da mulher no Banco do Brasil, totalizando, portanto CR\$ 1.600.000,00 (um milhão de seiscentos mil cruzeiros) por mês.

O valor convencionado será reajustado semestralmente com base na ORTN e assim dividido: 50% para a mulher; 50% para as três filhas.

O marido pagará ainda: 1- escola para as três filhas; 2- terapia para a filha Agnes; 3 – cursos de karatê, balé, inglês, para as três filhas, sendo que os três cursos poderão oportunamente ser substituídos por outros; 4- luz, água, telefone e empregada doméstica; 5- um tanque semanal de combustível para o carro da mulher, que fica autorizada a abastecer o veículo por Naum indicado.

Mais especificamente, de como uma petição inicial chega às mãos de um determinado juiz para se transformar em um processo, e não na mão de outros que também poderiam apreciá-la.

5º - Que Madalena até sobrevir o divórcio continuaria a assinar seu nome de casada.

6º - Que os carros e os títulos de sociedades em clubes de recreação seriam divididos em partes iguais entre o casal, e que até um ano após a homologação da separação judicial, o imóvel no qual Madalena ficaria morando com as três filhas seria vendido, bem como os telefones com suas respectivas ações, e a indústria de propriedade de Naum seriam vendidos e os valores divididos igualmente entre os separados. Quanto à questão dos bens, a divisão igualitária de tudo o que ambos adquiriram ao longo de sua vida, desde os seus nascimentos passariam a pertencer ao outro, por força do regime de bens optado no momento do casamento, a saber: “comunhão universal de bens”. E mais, “os bens imóveis, por ocasião da venda, deverão ser avaliados por três imobiliárias, e os telefones, suas ações e a indústria por três pessoas especializadas nos competentes ramos de negócios”.

De todo o conteúdo constante na inicial, observo que a certidão de casamento, a certidão de nascimento, os registros de imóveis e depois de homologada, a sentença judicial que ordenou a separação consensual, gozam de uma denominada presunção de verdade (e de caráter quase incontestável) face à “fé pública” de sua produção, que se estende para o próprio conteúdo do que cada uma destas certidões anuncia. Sob tal raciocínio, pode-se compreender melhor o que dispõe a Seção V, “Da prova documental”, subseção I, “Da força probante dos documentos”, em seus artigos 364 e 365 do Código de Processo Civil:

Art. 364. O documento público faz prova não só da sua formação, mas também dos fatos que o escrivão, o tabelião, ou o funcionário declarar que ocorreram em sua presença (CPC, 2005:89).

&

Art. 365. Fazem a mesma prova que os originais: I – as certidões textuais de qualquer peça dos autos, do protocolo das audiências, ou de outro livro a cargo do escrivão, sendo extraídas por ele ou sob sua vigilância e por ele subscritas; II – os traslados e as certidões extraídas por oficial público, de instrumentos ou documentos lançados em suas notas; III – as reproduções dos documentos públicos, desde que autenticadas por oficial público ou conferidas em cartório, com os respectivos originais (idem: 89).

O avesso do que ocorreu com a sentença que homologou a separação de Madalena e Naum, cuja forma e conteúdo reforçam o caráter *a priori* indiscutível dos documentos públicos, pude notar com o documento particular de acordo de separação realizado “extrajudicialmente” por Caim e Nelma, protagonistas do julgamento n.02/2003. Não por acaso, este documento que não foi produzido sob homologação de um juiz togado, veio a se tornar um dos maiores motivos do conflito de Caim *versus* Nelma, isto é, não apresentava a mencionada “fé pública”. Diferentemente do vivido por esse último ex-casal, a maioria dos documentos levados ao processo pela advogada de Madalena e Naum apresentava fé pública, e sob tal qualidade o magistrado do processo de separação amigável (n.02/1985) não os questionou. Portanto, estas provas enquanto frutos do contexto jurisdicional e/ou Estatal tornam-se detentoras de uma verdade que não há que ser questionada, mas simplesmente, atestada como a sentença homologada evidencia:

Homologo e decreto, por sentença, para que em direito surta seus devidos e legais efeitos, presentes os requisitos exigidos pela lei 6515/77, a separação judicial consensual de Naum Madureira e Madalena Madureira, ambos qualificados nos autos, nos termos do pedido inicial e ratificação de fls. 44.

Transitado em julgado, expeça-se o mandado de averbação e registro de sentença.

Custas da lei.

Publique-se, Registre-se e Intime-se (P.R.I).

Cidade de médio porte catarinense, 15 de setembro de 1985.

Juiz: Dr. Ivan.

Ainda com relação à sentença que alçou Madalena e Naum à condição de separados judicialmente, sublinho que o juiz responsável por esse processo não demandou da advogada (Dra. Perpétua) de ambos nada de contestável, mesmo quanto à guarda e responsabilidade dos filhos e ao valor monetário a ser pago a título de pensão alimentícia por Naum à ex-esposa e às menores. Lembremos: após a assinatura da homologação por parte do juiz em um processo amigável, esse operador do direito não leva em consideração a existência anterior de conflitos havidos entre o casal para se chegar ao consenso.

Mas se é fato que após a homologação do processo consensual de Madalena e Naum, não competia ao juiz saber se houve ou não conflito para se chegar ao acordo, coube a ele tomar ciência se ele estava sendo cumprido ou não tanto por Madalena como por Naum. Neste caso, a primeira a sinalizar que o

acordo outrora homologado não foi cumprido, foi Madalena. Da paz consentida pelo juiz da 21ª Vara de Família, passou-se à disputa em um novo processo, agora, litigioso.

III. 2. 3. Insatisfeita Madalena arremessou a primeira pedra em juízo (...). E as brigas recomeçaram com a “execução de pensão alimentícia”

Decorridos dois anos da sentença que decretou a separação conjugal entre Naum e Madalena, essa constituiu nova advogada, Dra. Eutanásia, para executar perante a 21ª Vara de Família⁶, o cumprimento da sentença por parte de Naum quanto à pensão alimentícia, dando surgimento ao processo litigioso de execução de alimentos (n. 03/1987). Com base nos argumentos de Dra. Eutanásia que qualificou sua cliente no cabeçalho da petição inicial como “do lar”⁷, nota-se a insistência de que Naum (qualificado no mesmo cabeçalho como “industrial”) não estava pagando os valores determinados no acordo judicial de separação amigável que assim dispunha:

O valor convencionado será reajustado semestralmente com base na ORTN e assim dividido: 50% para a mulher; 50% para as três filhas. O marido pagará ainda: 1- escola para as três filhas; 2- terapia para a filha Agnes; 3 – cursos de karatê, balé, inglês, para as três filhas, sendo que os três cursos poderão oportunamente ser substituídos por outros; 4- luz, água, telefone e empregada doméstica. (Grifos do original).

Ao argumentar o descumprimento do pagamento, Dra. Eutanásia passou a ter a obrigação ou o “ônus” de provar que realmente ele ocorreu. Por mais óbvia que possa ser tal assertiva, quase sempre o chamado ônus da prova causa polêmicas no contexto prático e teórico do Direito. Como bem coloca o jurista Luiz Guilherme Marinoni:

⁶ - No Código de Processo Civil há uma regra explícita que determina que tendo sido uma temática discutida em uma determinada Vara ou Cartório, caso hajam outros litígios relacionados à mesma temática será de competência desta Vara a responsabilidade de julgar o novo conflito. Por “dependência” o processo não será sorteado, mas encaminhado diretamente ao cartório que julgara a disputa tida como relacionada à nova disputa. (ver CPC, 2005:68)

⁷ - Como mencionei ao descrever certas especificidades dos processos cautelares, há necessidade do advogado na petição inicial vir a qualificar ou identificar o nome completo, endereço, estado civil e profissão das partes litigantes, independente da natureza ou espécie de processo – cautelar/principal e/ou amigável/litigioso.

De acordo com o artigo 333 do CPC, o ônus da prova incumbe ao autor quanto ao fato constitutivo e ao réu em relação à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo. Essa regra, ao distribuir o ônus da prova, **funda-se na lógica de que o autor deve provar os fatos que constituem o direito que afirma, mas não a não existência daqueles que impedem a sua constituição, determinam a sua modificação ou a sua extinção.**

Não há racionalidade em exigir que alguém que afirma um direito deva ser obrigado a se referir a fatos que impedem o seu reconhecimento. Isso deve ser feito por aquele que pretende que o direito não seja declarado, isto é, pelo réu. (MARINONI, 2006:01). (Negritos meus).

Desta forma, quais foram as provas que Madalena através da Dra. Eutanásia, na petição inicial, utilizou para mostrar ao juiz que Naum estava em débito com as pensões?

Quanto aos reajustes semestrais, a Dra. Eutanásia elaborou na petição inicial um quadro apontando o valor de referência mensal em cruzeiros da pensão acordada judicialmente que equivalia à CR\$ 1.600.000,00 (um milhão e seiscentos mil cruzeiros), e sua respectiva tradução em OTN's: 32,39. Logo na célula ao lado do valor convencionado na separação, aparece o que efetivamente a advogada diz que Naum pagou até agosto de 1987, tanto em cruzados (nova moeda adotada após o cruzeiro) quanto em OTN's, a saber: CZ\$ 10.000,00 (dez mil cruzados) que equivalem a 26,48 OTN's. Onde, para a Dra. Eutanásia restou um débito de CZ\$5.017,71 (cinco mil e dezessete cruzados e setenta e um centavos) a ser pago por Naum, e referentes às correções não respeitadas.

Quanto aos pagamentos da escola das filhas, Dra. Eutanásia elaborou outro quadro no qual relacionou ao lado de cada um dos nomes das menores, os meses e os valores das mensalidades não pagas, bem como, sua correspondência em OTN's. Em suma, a advogada de Madalena afirmou que Naum em relação à filha Marina deixou de pagar os meses de janeiro a outubro de 1987, somando um valor de CZ\$ 6.710,89 (seis mil e setecentos e dez cruzados e oitenta e nove centavos) ou 27,81 OTN's. E assim por diante, com todas as demais filhas – Agnes e Ana Júlia, totalizando para as três um valor em cruzados de CZ\$ 45.240,03 (quarenta e cinco mil duzentos e quarenta cruzados e três centavos) ou 106,57 OTN's.

Quanto à filha Agnes, “deficiente auditiva” a Dra. Eutanásia asseverou que Naum “tem se negado a adquirir” uma prótese auditiva no valor de CZ\$ 38.900,00 (trinta e oito mil e novecentos cruzados).

E derradeiramente, quanto aos valores referentes à luz, água e empregada doméstica, Dra. Eutanásia uma vez mais recorreu à elaboração de um extenso quadro apontando todos os débitos existentes de junho de 1986 a setembro de 1987, já que o processo iniciou antes que as contas de outubro vencessem, totalizando um valor de CZ\$ 36.440,16 (trinta e seis mil quatrocentos e quarenta cruzados e dezesseis centavos) ou 193,69 OTN's.

De todas estas afirmações, o valor da prótese através de comprovante foi anexado à petição, as comprovações de débitos junto à escola desde janeiro a outubro de 1987, as contas de água, luz e empregada doméstica de junho de 1986 a setembro de 1987, e me parece que talvez algum extrato bancário mostrando o valor total das pensões a serem depositadas, que não correspondiam aos cálculos da Dra. Eutanásia, pois segundo ela, Naum deixou de pagar vultosa quantia. Muito embora não tenha tido acesso a todos os documentos colados à petição inicial, e nessa não há referência aos documentos que seguem junto a ela, o importante é reter as afirmações feitas pela advogada, isto é, a possibilidade dela ter feito prova documental (direta e indireta) de tudo o que alegou, e os pedidos de sua petição, como responsáveis pelo que sua cliente efetivamente demanda do Juiz da 21ª Vara de Família de uma cidade de médio porte catarinense.

No que diz respeito aos pedidos, a Dra. Eutanásia além de “requerer” o envio do processo de n. 03/1987 ao contador (perito) judicial para que o mesmo fizesse os cálculos, advertiu-o que esses deveriam prever a incidência de juros e correções monetárias sobre os valores postos no período apontado na petição, bem como as que viessem a vencer no decorrer do processo. Requereu ainda: o pagamento de honorários advocatícios no valor de 20% (vinte por cento) a incidir sobre o montante devido por Naum, e a “citação do réu” para contestar o processo ou para pagar o montante devido,

Sob pena de, não fazendo uma ou outra, ser decretada a sua prisão, por um a três meses, e condenado a pagar as aludidas prestações vencidas e vincendas, (...), expedindo-se para esse fim, contra o devedor, o competente mandado de seqüestro judicial de bens, nas condições estabelecidas no art. 733 parágrafos 1º e 2º do Código de Processo Civil.

“Pede Deferimento”, datando a petição em 07 de outubro de 1987, assinando-a e não fazendo menção ao jargão mais do que repetido em toda e qualquer petição, “requer todos os meios de prova em direito admitidos”. Dra. Eutanásia terminou o documento mencionando que foram relacionados ao mesmo quarenta e três documentos, sem quaisquer discriminações.

Anteriormente, destaquei entre parênteses que as provas documentais são conhecidas como provas diretas ou indiretas. Na hipótese de serem diretas, elas equivalem aos meios capazes de evidenciar a correspondência “objetiva” de que o que se produziu como narrativa na petição é coerente com os documentos anexados à mesma. No caso de serem indiretas, elas correspondem apenas por inferência aos fatos alegados nas petições judiciais. O mesmo raciocínio estende-se às provas testemunhais, isto é, conforme as pessoas tenham presenciado diretamente o fato serão conhecidas como testemunhas diretas, ou se simplesmente ouvirem dizer de terceiros que viram ou ouviram os fatos alegados no processo, serão reputadas como testemunhas indiretas. Em ambas as espécies de provas, sendo diretas ou indiretas, “reais” (por meio de coisas, de documentos, etc.) ou “pessoais” (por meio de pessoas), não há como se afirmar que as provas indiretas não são levadas em consideração. Porém, duas ponderações tornam-se necessárias.

A primeira é que as verdades morais concretas jurisprudenciais tendem a valorar distintamente as provas diretas reais das diretas pessoais. Parece-me que por mais que as testemunhas tenham presenciado diretamente o fato discutido no litígio judicial, essa percepção para os juristas e operadores do direito pode estar maculada pela representação distorcida dos fatos vistos ou ouvidos.

A segunda ponderação refere-se à distinção de valor atribuída pelos operadores do direito às testemunhas diretas e indiretas, tendendo-os a desconsiderar as últimas na existência de provas testemunhais diretas. Todavia, na ausência de comparação entre testemunhas diretas e indiretas em um dado processo, a última pode prevalecer, tal como aconteceu no acórdão n.03/2005 (ver quadro item I. 6.2), no qual Hermínio, o réu condenado por ter atentado sexualmente contra sua filha, argumentou a seu favor serem os testemunhos indiretos imprestáveis à sua condenação. Discordando do argumento utilizado pelo advogado de defesa, o desembargador relator assim embasou seu voto quanto ao valor da prova testemunhal:

E nem se fale que os depoimentos das testemunhas ouvidas no processo não servem como meio de prova, porque apenas tomaram conhecimento dos crimes através das declarações da própria ofendida, pois a prova pessoal indireta é válida para embasar a formação do convencimento do juiz. (...) qualificam-se os testemunhos da mãe e do irmão da vítima, da Conselheira Tutelar e de Erondina como provas indiretas do fato delituoso, porque não assistiram os atos libidinosos, mas presenciaram os nefastos reflexos que eles ocasionaram, como o temor do seu próprio pai. (Negritos meus).

Para finalizar as considerações sobre o pedido inicial de Madalena, transcrevo o artigo 733, parágrafos 1º e 2º do Código de Processo Civil, aludido pela Dra. Eutanásia:

Na execução de sentença ou de decisão, que fixa os alimentos provisionais, o juiz mandará citar o devedor para, em três dias, efetuar o pagamento, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuá-lo. Parágrafo 1º. Se o devedor não pagar, nem se escusar, o juiz decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de um a três meses. Parágrafo 2º. O cumprimento da pena não exime o devedor do pagamento das prestações vencidas e vincendas. (CPC, 2005:156).

Vê-se que Dra. Eutanásia amparada pelo artigo 733 do CPC, requereu **ao juiz seus pedidos**, então, adianto como esmiuçarei ao longo do próximo capítulo, que a troca lingüística processual se perfaz com o magistrado que tão logo verificou a procedência da petição inicial, ordenou tanto ao oficial de justiça que citasse pessoalmente Naum, quanto ordenou a remessa do processo ao contador para que esse efetuasse os cálculos solicitados por Dra. Eutanásia.

E ainda: reportei-me ao citado artigo não somente pela remissão feita pela Dra. Eutanásia em sua petição inicial, mas porque essa verdade moral balizou a defesa feita pela advogada de Naum, cujo teor insistiu na caracterização de que os fatos alegados pela adversária eram inverdades.

No dia 18 de dezembro de 1987, Naum representado pela Dra. Salvadora apresentou contestação à petição inicial proposta por Madalena, ao juiz da citada 21ª Vara de Família. Sem fazer remissões diretas às verdades morais abstratas e concretas (leis, doutrinas e jurisprudências), Dra. Salvadora iniciou sua contestação afirmando que:

São totalmente improcedentes as alegações das requerentes visto que, o requerido jamais se furtou ao pagamento das pensões alimentícias convencionadas, pagando, ao contrário, além do que fora estipulado, conforme demonstram os comprovantes anexos de depósito bancário.

Anunciada a improcedência das alegações produzidas por Madalena (e suas filhas, que na ação de execução de alimentos são representadas pela mãe na qualidade de responsável), a Dra. Salvadora procurou ao longo de seu momento de fala se ater aos pontos levantados pela advogada adversária, rebatendo-os um a um, para no fundo mostrar ao juiz que seu cliente não estava em débito. Vejamos.

Quanto à pendenga existente em relação ao reajuste dos valores atinentes às pensões alimentícias, didaticamente Dra. Salvadora pontuou e comprovou com documento juntado à contestação que:

Conforme demonstra a requerente Madalena, ficou ajustado na separação judicial do casal, uma pensão alimentícia à mulher e às filhas no valor de CR\$ 1.600.000,00 – equivalente a 32,39 ORTN. Em agosto de 1985 – valor da ORTN = 49.396,88. Em agosto de 1986 – 32,39 OTN's, equivaleria ao pagamento de CZ\$ 3.605,33 – valor da OTN = 111,31 (Grifos do original).

O que em um primeiro momento a Dra. Salvadora fez foi traduzir matematicamente o que ficou decidido em sentença a ser pago desde agosto de 1985 por Naum à Madalena e às filhas, depois converter tal valor para ORTN's, destacando ao lado de cada conversão o valor da ORTN à época apontada (agosto de 1985). Assim, CR\$ 1.600.000,00 equivalia em agosto de 1985 a 32,39 ORTN's, pois o valor da ORTN para cada cruzeiro era de 49.396,88 ORTN's. O mesmo Dra. Salvadora fez em relação ao mês de agosto de 1986, mas prevendo a modificação da moeda, que de cruzeiros passou a cruzados, bem como, em relação ao próprio indexador da correção financeiro que de ORTN passou para OTN⁸. Então, o equivalente a 32,39 OTN's em agosto de 1986 era CZ\$ 3.605,33. Observa-se que seu raciocínio foi de fazer o cálculo a partir das OTN's e não do valor em cruzeiros, ou mesmo do indexador que ficou convencionado entre as partes no momento da separação, a saber: a ORTN.

Parece-me que o objetivo do percurso estratégico adotado pela Dra. Salvadora foi prontamente por ela esclarecido, no seguinte tom discursivo dirigido ao juiz:

⁸ - A ORTN teve vigência como índice financeiro de reajuste até fevereiro de 1986. De março de 1986 a janeiro de 1989, a ORTN deu lugar à OTN. Para maiores informações, consultar www.tjmg.gov.br/cgi-bin/servicos/id/indicador.cgi

Acontece Exa., que o requerido Naum, já em junho de 1986, **depositava a importância de CZ\$ 10.300,00, conforme comprovante em anexo, ultrapassando destarte, com suas obrigações**, senão vejamos: - se relacionarmos as despesas apresentadas pela requerente, em 08/86, por exemplo, podemos verificar que somadas as despesas: CASAM – 39,60; TELESC – 175,61; CELESC – 210,89 e Emp.dom. – 850,00, totalizando CZ\$ 1.276,10. Se acrescentarmos a este total o valor a ser pago na época, ou seja, em 8/86, CZ\$ 3.605,33, percebemos que o pagamento a ser depositado deveria ser no valor de CZ\$ 4.881,43, e não acima de CZ\$10.000,00, como efetuava o requerido. (Grifos do original; Negritos meus).

Independente dos cálculos da Dra. Salvadora estarem certos ou não, o interessante é observar como ela articulou o que ela deve, enquanto advogada fazer, isto é, mostrar quais foram os fatos que inviabilizam total ou parcialmente o direito alegado pela Dra. Eutanásia, e neste trecho a primeira argumentou que seu cliente, Naum, pagou mais do que deveria ter pagado à Madalena e às filhas. Em suma: aqui a estratégia foi de mostrar que Madalena não tinha direito a nada além do que já recebeu, partindo de um único mês de débito alegado, e estendendo por meio de um raciocínio lógico indutivo para o restante dos débitos alegados. A essa tática usada pela advogada de Naum, que põe fim aos pedidos do adversário, a legislação processual brasileira denomina de “fatos extintivos”⁹.

Quanto aos débitos escolares, Dra. Salvadora argumentou que as despesas escolares eram pagas independentemente do valor depositado em conta, e que assim havia ficado acordado na sentença de separação. Mas, a alegada independência quanto aos pagamentos escolares se baseou em duas outras justificativas que ela posta em sua contestação, a saber:

1ª – “Acontece Exa., que a partir de junho de 1986, desgostosa a requerente com a situação de dependência gerada pelas cláusulas da separação, acordou com o requerido um pagamento único e preciso no valor de CZ\$10.000,00”.

Note-se que a Dra. Salvadora trouxe um “fato modificativo” da própria sentença acordada, sendo que antes de anunciá-lo mostra ser o valor de dez mil cruzados maior do que aquele que Naum deveria depositar, mas não o bastante para pagar tudo o que seu cliente se comprometeu em sentença judicial. Então, o

⁹ - Prescreve o artigo 333 do Código de Processo Civil em relação às obrigações das partes litigantes quanto à produção das provas: “O ônus da prova incumbe: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”. (CPC, 2005:85).

artifício utilizado pela advogada de Naum para sustentar o fato modificativo¹⁰ foi alegar que as partes litigantes realizaram outro acordo extrajudicial (para justificar o excedente não pago), sem que documentos, testemunhos ou outras provas pudessem evidenciar, exceto a palavra de Madalena. Ou ainda, para a advogada de Naum, foi a ex-esposa de seu cliente quem propôs tal fato modificativo, face às suas insatisfações. Como nesse momento, Dra. Salvadora estava utilizando o recurso das palavras ao vento (do latim: *Flatus vocis*), afirmando algo sem trazer ao processo a devida correspondência material de suas alegações, o jeito por ela encontrado foi o de lançar ao juiz a seguinte pergunta: “Se tal assertiva não fosse verdadeira, Exa., por que então, não pagaria o requerido em 8/86, p.ex., o valor de CZ\$3.605,33, equivalente a 32,39 OTN?”.

Portanto, frente ao acordo extrajudicial alegado por Dra. Salvadora em sua contestação, Madalena passara a ser a responsável pelo pagamento das mensalidades escolares e demais despesas não incluídas nos depósitos referentes aos alimentos, que Naum se comprometera a pagar em sentença de separação conjugal.

2ª – Naum vendeu a sua indústria, como havia ficado ajustado em sentença de separação judicial (processo n.02/1985), e todo o valor recebido referente ao seu montante foi aplicado na bolsa de valores. “Todavia, Exa., conforme demonstram os extratos anexos, com a queda das cotações do mercado financeiro, essa renda se dissipou (extratos anexados)”. Ou seja, a Dra. Salvadora expôs diretamente para o magistrado que seu cliente vendeu a indústria na qual trabalhava em tempo integral, perdeu todo o dinheiro aplicado e desde a citada venda encontra(va)-se “desempregado”. E mais: a advogada juntou ao processo o recibo assinado por Madalena do valor repassado a ela, por conta da venda da indústria. Nada mais natural, pois ela ao se casar sob o regime de comunhão universal de bens tinha o direito ao recebimento da metade do montante.

Assim, depreende-se que, se de um lado, Naum está desempregado e sem dinheiro algum, de outro lado, Madalena está executando Naum para que pague pensões a fim de que ela saia da penúria, mas em momento algum ela traz ao processo referência ao montante de dinheiro recebido pela venda da indústria. As

¹⁰ - As verdades morais doutrinárias entendem por fatos modificativos, aqueles que de alguma forma trazem dados novos antes não levados aos autos do processo.

alegações de Dra. Eutanásia insistem apenas nas dificuldades econômicas de suas clientes (Madalena e as filhas). Eis uma das possíveis leituras que emergem da forma como Dra. Salvadora ordenou sua produção discursiva. Em especial, quando a referida advogada, assim afirmou:

Ocorre, Exa., que a requerente tem condições financeiras, visto que, além de ter sido contemplada com 50% do valor da venda da indústria, ainda exerce atividade junto ao Departamento de Letras na UNHA, sendo formada em Pedagogia, com duas licenciaturas, em Orientação Educacional e Supervisão Escolar, enquanto o autor não possui habilitação profissional, e ainda, na qualidade de atriz, integra o GRUPO PERTINÊNCIAS (reportagem anexa à Ação Revisional proposta pelo requerido). Afora isso, Exa., a requerente vem habitando com suas filhas, sem qualquer ônus, a residência que legalmente ainda pertence ao casal, dotada de suítes e piscina (Grifos do original).

Para não tentar deixar brechas ou não permitir que o adversário tivesse a possibilidade de respirar, Dra. Salvadora complementou afirmando que o aparelho auditivo que a filha de Naum necessitava já havia sido comprado pelo seu cliente, mas não era igual ao aparelho que “foi avariado” de marca dinamarquesa. Portanto, mesmo em meio às dificuldades, Dra. Salvadora aduz que seu cliente vinha cumprindo com suas obrigações de pai graças à venda de bens que foram seus e de ordem pessoal. Uma lógica do sacrifício que se estenderá ao longo das batalhas, e sobre a qual me debruçarei adiante.

Finalizados os mencionados contra-ataques, Dra. Salvadora comunicou diretamente o Juiz e indiretamente a Madalena e sua advogada, que ela, na qualidade de advogada de Naum, acabara de propor na 21ª Vara de Família, uma nova ação, discutindo o valor dos alimentos, para que eles viessem a se adequar à nova condição de Naum: desempregado. Como esclareci, os alimentos são pagos a partir de um duplo cálculo previsto pela verdade moral abstrata legal: possibilidade de pagamento por parte do alimentante (no caso em discussão Naum), e necessidade de recebimento por parte dos alimentados (no caso em discussão Madalena e as três filhas).

Ao término da contestação, pediu deferimento, protestou por “todas as provas em direito admitidas, vistoria, juntada de documentos, inclusive depoimento testemunhal”, e arrolou os documentos que seguiram junto com a contestação. Foram eles: procuração; recibos de 1985 a 1987; fotocópia da petição inicial do processo de ação revisional de alimentos; contrato de compra e

venda da Indústria; recibo firmado pela requerente que atesta ter recebido o valor referente à metade do valor da indústria; despesas pessoais diversas do requerido; extrato de conta de mercado financeiro; recibo das terapias da filha Agnes; recibo de terapias de Madalena e pagamento de despesas de Madalena.

Após Madalena ter atirado a pedra em forma da propositura do processo sob o n.03/1987, o retorno veio talvez com duas pedras a mais na contestação de Naum, e sendo assim, o revide foi previsto pelo Juiz, quando este despachou no citado processo a permissão para que Madalena, por intermédio de sua advogada, respondesse à contestação de Dra. Salvadora.

No dia 22 de dezembro de 1987, nem uma semana havia se passado do protocolo da contestação, e Dra. Eutanásia expôs ao juiz os argumentos de seu contra-ataque (ou “impugnação”), que em síntese podem ser resumidos a estes dois trechos:

Data vênua a contestação apresentada pelo requerido não logrou êxito em justificar a impossibilidade do pagamento e muito menos o provou que tivesse feito, aliás como se pode observar os próprios documentos acostados pelo requerido é que vem comprovar tal alegação.

Sem precisar quais seriam estes documentos juntados por Naum e que viriam a corroborar para o seu “inadimplemento” (ou não pagamento), Dra. Eutanásia encerrou dizendo que: “Além disso, o artigo 733 do CPC é bem claro quando determina ao requerido que comprove o pagamento ou justifique a impossibilidade de fazê-lo e, o requerido não fez nenhuma das hipóteses aludidas no mencionado artigo”. Se para Dra. Eutanásia o contido na contestação não retratou fato modificativo e extintivo algum que justificasse a redução do pagamento, ou mesmo justificasse o não pagamento determinado em acordo judicial, concomitantemente ela não trouxe para o Juiz quais seriam estes meios ou quais seriam as suas interpretações para o artigo 733 do referido Código legal. Ao invés disso, solicitou (reforçando) ao juiz que determinasse a expedição de ordem de prisão contra Naum.

Assim, o juiz que acompanhou e administrou toda a circulação de bens nas trocas lingüísticas do processo n.03/1987 com ele diretamente estabelecidas, quais sejam: de um lado descumprimentos de obrigações pecuniárias, e de outro lado cumprimentos de obrigações pecuniárias; de um lado penúria e luxúria, e de

outro lado desemprego e sacrifício (...), se deparou com outro processo envolvendo o ex-casal, Madalena e Naum. O proposto por Naum contra Madalena. Trata-se do processo de n. 04/1987, anunciado pela Dra. Salvadora na contestação do processo de n.03/1987 e que é denominado pela lei como: “ação revisional de alimentos”.

Entretanto, antes de partir para o próximo processo, destaco (em forma de ensaios interpretativos) algumas características dos processos discutidos até agora, e das trocas lingüísticas envolvendo as advogadas e o magistrado.

Resumindo, a advogada de Madalena tanto na petição inicial quanto na impugnação à contestação, insistiu no fato de Naum ser o devedor, sustentando essas afirmações com determinados documentos: declarações de débitos escolares das três filhas no período de janeiro de 1987 a outubro de 1987; contas vencidas relativas à água, luz e empregada doméstica no período de junho de 1986 a setembro de 1987, e a declaração orçamentária referente ao valor do aparelho auditivo dinamarquês importado a ser usado pela filha Agnes.

A advogada adversária (Dra. Salvadora) afirmou de imediato que as argumentações de Madalena não procediam, haja vista que Naum não era devedor. Para tanto, narrou que Naum estava depositando valores maiores do que aqueles constantes na sentença de separação conjugal, e como retrato de coerência de seus relatos, juntou à contestação todos os extratos bancários relativos aos depósitos e ao pagamento das terapias realizadas por Madalena e pela filha Agnes. Acrescentou que estes valores depositados diziam respeito a todas as despesas de Madalena e suas filhas, exceto o aparelho auditivo e as mensalidades escolares. E mais: disse que os depósitos no valor único de CZ\$ 10.000,00 e comprovados pelos extratos, também deveriam cobrir tais despesas, pois muito embora o acordo judicial dissesse o contrário, após a separação Madalena procurou desgostosa Naum para que o mesmo viesse a proceder dessa forma, sob a justificativa de que sua ex-esposa clamava por maior independência.

Assim, conforme o discurso de Dra. Salvadora caberia à Madalena pagar as mensalidades de colégio e outras despesas, e não mais a Naum. Entretanto, sabendo que tal argumento poderia ser refutado (pois baseado na relação de palavra contra palavra), a advogada Salvadora retirou da cartola outras duas justificativas:

1ª - se o acordo extrajudicial não fosse verdade, porque Naum pagaria em forma de depósito um valor maior do que devia, conforme o cálculo apresentado em contestação?

2ª – Naum vendeu a fábrica (com documento mostrando a coerência da narrativa); Naum repassou a meação devida à Madalena e juntou à contestação o recibo por ela assinado do recebimento do valor; e Naum estava desempregado e falido, à medida que todo o dinheiro aplicado na bolsa de valores havia sido perdido, evidenciado aos olhos dos personagens judiciais mediante extrato bancário financeiro. Em relação à narrativa produzida pela Dra. Salvadora, quanto ao comportamento de insatisfação por parte de Madalena no que diz respeito ao acordo de separação judicial, observa-se que esse também veio à tona quando a representante de Naum argumentou e juntou à contestação que o aparelho auditivo a ser utilizado pela filha Agnes fora comprado, mas não aquele de marca estrangeira desejado pela ex-esposa.

Iluminada pelas interpretações de Carlo Ginzburg em “El juez y el historiador. Consideraciones al margen del proceso Sofri” (1993), na qual o historiador busca destacar as brechas e as contradições no emblemático processo criminal sofrido por Leonardo Marino¹¹, proponho uma breve síntese das trocas lingüísticas estabelecidas no processo n. 03/1987, envolvendo Madalena e Naum.

Se tomássemos uma balança contendo dois pratos distintos, e dispuséssemos em um prato as narrativas da Dra. Eutanásia, representante de Madalena e as suas evidências que denotam a coerência entre os escritos/ditos e os feitos, e em outro prato, dispuséssemos as narrativas de Dra. Salvadora e suas respectivas correspondências evidenciais/sensoriais, até então, em um cálculo aritmético simples norteado pelo que as verdades morais legais processuais (por exemplo, artigos 333 e 733 do Código de Processo Civil) exigem dos advogados em suas aparições processuais, remarco que a balança penderia significativamente para o lado de Naum. Ainda mais se colocássemos nesta balança – representada pelas verdades morais jurídicas – os significados atrelados a cada uma das provas: sacrifício pessoal e financeiro paterno; luxúria e

¹¹ - Nesta obra adiante resgatada, pode-se dizer que o processo de Leonardo Marino configura-se como “emblemático”, face ao fato do inquérito a respeito deste caso ter sido arquivado por falta de provas documentais e testemunhais. Após quase duas décadas, Leonardo Marino dirige-se às instituições investigativas italianas para confessar o crime já esquecido pelo Estado.

conforto materno, etc. Em outros dizeres, sugiro que o contido, por exemplo, na verdade moral legal a respeito do “ônus da prova” (artigo 333 do Código de Processo Civil), traduz um *modus operandi* de aquisição da verdade tanto produzido quanto reproduzido pelo conhecimento ocidental.

Neste sentido, não há que se esquecer de Morelli (antes mencionado) e seu método de atribuição de autoria aos quadros nos museus europeus. Nem tampouco sua correlação com Freud e Conan-Doyle apontada por Ginzburg, cujo ponto de convergência é a medicina. Porém, não apenas ela. Ginzburg (1989) sugere que com a emergência no século XVIII para XIX do controle exercido pelo Estado no ocidente – inerente à sua própria solidificação enquanto poder apartado dos indivíduos, tanto o Direito quanto a Medicina configuram-se como alavancas de resquícios das práticas “venatórias” e “divinatórias” que nossos longínquos antepassados desenvolviam e cotidianamente exerciam. Ambas pautadas nos “indícios” que levavam à profecia de um futuro (diagnóstico médico) ou à profecia de um passado (inquérito policial). A redução quantitativa das incertezas e das falhas, oriunda ora dos hospitais, ora dos tribunais, aos poucos era buscada (e alcançada) por meio de métodos que pudessem demonstrar as causas de determinadas “crises”, “males” ou “conflitos”. O empecilho que se postava era justamente como tornar verificáveis causas inviáveis de serem verificadas. (Ou de tornar visível o que é invisível). O caminho frente a esta possível aporia foi o de identificá-las a partir de algo que fosse possível de induzi-las, a saber: seus efeitos.

Nas ciências jurídicas a categoria do “nexo causal” é indispensável, não apenas para a condenação de um sujeito na área criminal, mas também na área cível, para que o juiz justifique através de seu livre-convencimento uma dada sentença. Ela reflete tal vínculo com as artes divinatórias e venatórias que, conseqüentemente, inscrevem-se, por exemplo, na produção do retrato-falado e das impressões digitais – ambos, como formas irrefutáveis de se atribuir a um único indivíduo a autoria de determinado comportamento anti-social e ilegal. Sob esse raciocínio, encontra-se também o caráter incontestável das assinaturas grafadas sobre os papéis, como aquela de Madalena no recibo que a evidencia como recebedora de uma quantidade de dinheiro, capaz de deslocá-la do lócus de dificuldade financeira argüida em sua petição inicial no processo 03/1987, para o de mãe e ex-mulher “desgostosa”, mesmo residindo em uma casa luxuosa que

contém piscina e empregada doméstica. Assim, as digitais, os retratos falados, as assinaturas transformam-se em meios competentes para auferir tanto quem praticou determinada atitude, quanto inferir as características e as peculiaridades de uma personalidade expressada em pequenos gestos. As digitais são uma arte retirada dos costumes asiáticos com o objetivo de propiciar à coroa britânica um maior controle sobre seus súditos quanto aos detalhes mais dispensáveis e vãos praticados pelos sujeitos, Freud explica. Sobre essas apropriações, constitutivas dos discursos competentes, Bakhtin e a sua noção de circularidade são mais do que providenciais. Nos dizeres de Ginzburg:

Em 1860, *sir* William Herschel, administrador-chefe do distrito de Hooghly em Bengala, notou esse costume difundido entre as populações locais, avaliou sua utilidade e pensou em usá-lo para um melhor funcionamento da administração britânica. (Os aspectos teóricos não o interessavam; a dissertação latina de Purkyne, que por meio século permaneceu como letra morta, era-lhe totalmente desconhecida). Na realidade, observou Galton retrospectivamente, sentia-se uma grande necessidade de um instrumento de identificação eficaz – nas colônias britânicas, e não somente na Índia: os nativos eram analfabetos, litigiosos, astutos, mentirosos e, aos olhos de um europeu, todos iguais entre si. Em 1880, Herschel anunciou em *Nature* que, depois de dezessete anos de experiências, as impressões digitais foram introduzidas oficialmente no distrito de Hooghly, onde já eram usadas havia três anos com ótimos resultados. Os funcionários imperiais tinham-se apropriado do saber indiciário dos bengaleses e viraram-no contra eles. (GINZBURG, 1989:176).

Finalmente, chamo à atenção do leitor para a correlação entre o modo de operação da lógica jurídica baseada nas “adivinhações” voltadas ao passado, e as práticas até então adotadas por ambas as advogadas. Acima sugeri que Dra. Salvadora havia se aproximado mais dos quesitos exigidos pelo artigo 333 do Código de Processo Civil (mostrar os fatos que transformam o direito alegado por Madalena em inverdades – ou mostrar os “fatos modificativos, impeditivos e extintivos” conforme a verdade legal abstrata posta no artigo antes referido), ao evidenciar que Naum mesmo na condição de desempregado, era um pai zeloso e comprometido com suas obrigações quanto ao pagamento das pensões alimentícias. Mas ela trouxe também à baila documentos (e narrativas a eles vinculadas) que não foram nem mencionados pela advogada de Madalena, como a venda da indústria de propriedade do ex-casal. Isto é, a Dra. Salvadora produziu uma contestação capaz de reduzir as possibilidades argumentativas de Dra.

Eutanásia, como se tivesse redigido um documento capaz de prever o peso que aquilo teria como contra-argumento. Como resposta, a Dra. Eutanásia, defensora de Madalena, parece ter desconhecido o argüido na contestação de Naum, ao insistir nas alegações de que esse nada havia provado, sem rebater ou mencionar o recibo assinado pela sua cliente referente ao recebimento de dinheiro pela venda da indústria.

Erro de estratégia por parte da Dra. Eutanásia? À luz das verdades morais jurídicas ou de suas prescrições, arriscaria dizer que sim, pois cabe aos advogados, que falam por seus clientes, o ofício de rebater tudo o que contra esses é suscitado ou afirmado. Detalhe: mesmo que no conflito processual vivido pelas partes litigantes a verdade mostrada ao magistrado tenha um caráter “provisório”, tal como no caso das cautelares exploradas no início do presente capítulo. Para tanto, exemplifico esse compromisso dos advogados tanto em uma contestação quanto em uma petição inicial e em uma impugnação (contestação da contestação), trazendo um dos trechos do acórdão n.02/2003, protagonizado por Nelma e Caim, no qual o desembargador relator afirma, frente à verdade provisória em discussão quanto ao pedido de recebimento de pensão alimentícia por parte de Nelma, a ex-companheira de Caim:

Acrescenta-se que "no desate da relação da sociedade de fato ou concubinária vigem os princípios da equidade a preservar a moralidade do não lesar outrem. Mesmo não contendo vício de vontade, inválido é o contrato de rompimento dessa sociedade que acarrete enriquecimento indevido". (AC n. 35.926, Des. Alcides). Desta forma, **diante da análise superficial dos autos, devido à fase processual em que se encontra, há que se manter os alimentos fixados em favor da recorrida, eis que discutível é a validade do contrato de convivência entabulado entre as partes**" (...). Demais, constata-se que é incabível a alteração do quantum fixado pelo Juízo a quo, **pois o recorrente nada trouxe aos autos que pudesse abalar a convicção esposada no decreto de primeiro grau. Inexiste prova pré-constituída no presente recurso da ausência de necessidade da agravada e da falta de recursos do agravante. O recorrente se limitou a afirmar que a recorrida tem condições de trabalhar e, portanto, de sustentar-se, sem, entretanto, demonstrar que possui ela rendimento diverso da pensão que já vinha sendo paga ou proposta de emprego.** (...). Registra-se que até o presente momento não se sabe quando efetivamente ocorreu a dissolução da sociedade de fato, se em 1998, como alegado pelo recorrente, ou final de 2000, como sustentado pela recorrida. **Na verdade, o alimentante não comprovou satisfatoriamente que a alimentada não necessita dos alimentos fixados em primeiro grau. Ora, muito embora o agravante afirme que não pagava pensão para a recorrida e tão-somente para seu filho, os recibos anexados aos autos (fls. 63/64) não comprovam tal situação, pois não discriminam a quem a verba alimentar era destinada.** Não há qualquer menção neles de que os alimentos cabiam apenas ao filho do casal, razão pela

qual se presume, por ora, que eles também eram destinados à agravada. Consigna-se **que não foi produzida prova** da incapacidade financeira do agravante, eis que não se sabe quanto ganha mensalmente, **podendo-se somente concluir**, devido aos sinais exteriores de riqueza - elevado patrimônio -, que possui ele condições de arcar com o valor arbitrado. **(Negritos meus)**.

Retornando para as trajetórias processuais conflitantes entre Madalena e Naum, daqui por diante o novelo das argumentações produzidas tanto pela Dra. Salvadora quanto pela Dra. Eutanásia levará esta a atar os seus próprios nós, e a primeira a desatar os seus e reforçar os da adversária.

III. 2. 4. Em meio à batalha judicial iniciada por Madalena, Naum de réu vira autor, e atira suas pedras contra a ex-esposa na “ação revisional de alimentos”

Em dezembro de 1987, enquanto as discussões rolavam soltas no processo n.03/1987, a Dra. Salvadora protocolou a petição inicial que deu o pontapé para o surgimento do processo de n.04/1987, denominado de “revisional de alimentos”.

O cabeçalho que qualificou as partes litigantes já anunciava a modificação que haveria nos rumos dos litígios, acrescida da manutenção das estratégias adotadas pela advogada de Naum: se nas petições anteriores Madalena foi identificada pela sua própria advogada e pela adversária como “do lar”, no processo que se iniciava a mesma passara a ser qualificada, pela advogada de Naum, como “pedagoga e atriz”. Quanto a Naum, de empresário e industrial passara a “desempregado”. Aos poucos é a Dra. Salvadora quem se utiliza da adjetivação das partes litigantes, quiçá com o intuito de transformar Madalena e Naum em clichês¹² (BATESON, 1989) ou em representações potencialmente capazes de produzir “habitus” (BOURDIEU, 1996) e de (re)produzir, a partir da nomeação, a existência de indivíduos. Partindo do pressuposto de que certos discursos têm o poder de criar aquilo que nomeiam ao serem enunciados, passo às argumentações de Dra. Salvadora e ao poder de seu discurso.

¹² - Em um dos diálogos estabelecidos com sua filha, Gregory Bateson concede ao leitor e a ela a explicação do que são clichês. De maneira sucinta, esses não deixam de ser maneiras de capturar conceitos, visões ou concepções.

De maneira sucinta e didática, Dra. Salvadora na condição de defensora de seu cliente desempregado, baseou-se no artigo 401 do antigo Código Civil, no artigo 13, parágrafo 1º da lei 5468/68 e em jurisprudências nacionais, para solidificar seus disparos. Foram eles:

1º - Quem quis se separar foi Madalena e não Naum;

2º - Seu cliente seguiu o acordo assinado judicialmente quando da separação judicial, e há meses vendeu a indústria da qual era proprietário, dividindo o valor percebido de maneira igualitária com Madalena;

3º - Após a venda da indústria Naum perdeu todo o dinheiro aplicado e desde então se encontra desempregado;

4º - Mesmo estando desempregado, Naum vendeu bens pessoais para arcar com suas obrigações, seja em relação às filhas, seja em relação à ex-esposa;

5º - Quanto à ré Madalena, a Dra. Salvadora dirigiu-se ao mesmo juiz que estava acompanhando o processo de execução de alimentos, no seguinte tom já enaltecido anteriormente:

Por outro lado Exa., a requerida que também foi contemplada com 50% do valor da venda da indústria, passou a usufruir de uma renda superior a do marido, visto que, além da renda obtida com o investimento no mercado financeiro, ainda exerce atividade junto ao Departamento de Letras na UNHA, sendo formada em Pedagogia, com duas licenciaturas, em Orientação Educacional e Supervisão Escolar (enquanto o autor não possui nenhuma habilitação profissional), e ainda, na qualidade de Atriz, integra a requerida o grupo PERTINÊNCIAS (reportagem jornal anexa). Afora isso, Exa., a requerida vem habitando com as filhas, sem qualquer ônus, na residência que legalmente ainda pertence ao casal, dotada de suítes e piscina, não necessitando, destarte, de pensão do requerente, senão para manter o alto padrão de vida social (carta da requerida anexa). (Grifos do original).

No que diz respeito ao artigo 401 do Código Civil, a verdade moral abstrata por ele veiculada prescreve que:

Se, fixados os alimentos, sobrevier mudança na fortuna de quem os supre, ou na de quem os recebe, poderá o interessado reclamar ao juiz, conforme as circunstâncias, exoneração, redução, ou agravação do encargo (CCB, 1991:79).

A referida verdade moral abstrata legal foi nas mãos de Dra. Salvadora reforçada pelas seguintes verdades morais concretas jurisprudenciais:

Os Tribunais assim têm decidido:

A mãe também é obrigada a contribuir e o pai não é obrigado a suportar sozinho todas as despesas da manutenção dos filhos. (R.E. 72.6.3).

Também a alimentante, em razão de diminuição de seu patrimônio, sobretudo em época como a atual, pode de uma hora para a outra se tornar incapaz de atender à prestação alimentícia. (R.T. 572/83).

Desde que a mulher disponha de rendas capazes de permitir-lhe a subsistência, e atendidas as peculiaridades do caso concreto, exonera-se o marido da prestação alimentícia. (J.C. 9/10-326).

Com o intuito de evidenciar o alegado, a advogada de Naum juntou à petição os documentos que já haviam sido juntados ao processo n. 03/1987, além de outros como: carta escrita de próprio punho por Madalena na qual parece que há remissão à sua necessidade e a das filhas de manter o padrão outrora vivido quando o casal não estava separado; a assertiva de que Madalena não era do lar e o nome de duas vizinhas de Naum como testemunhas oculares dos fatos narrados. Agora, na qualidade de ré, Madalena deveria descaracterizar tanto a sua carta enviada a Naum, como a alegação de que não era atriz ou pedagoga, ou na hipótese de confirmação destas duas últimas alegações, deveria descaracterizar o recebimento de salários.

Note-se que a primeira jurisprudência trazida aos autos do processo n. 04/1987 pela Dra. Salvadora, estreita-se com o anteriormente descrito em relação ao acórdão n. 02/2003 (disputa entre Caim e Nelma). Refiro-me ao voto elaborado pelo desembargador, Montes Claros, que foi o derrotado na sessão de julgamento do citado acórdão. Ao discordar do voto dado pelo desembargador relator Dr. Marçal, que manteve a pensão dada à Nelma, o seu colega Montes Claros amparou-se na regra de igualdade entre homens e mulheres estabelecida pela Constituição de 1988. E mais: qualificou Nelma como uma mulher de 33 anos e, portanto saudável, frente à perspectiva de vida de mulheres brasileiras calculada em 70 anos. Para o desembargador derrotado no acórdão 02/2003, Dr. Montes Claros, a mesma estaria agindo de forma “imoral” ao tentar enriquecer de maneira ilícita à custa do esforço de seu ex-companheiro. Assim:

Nossa sociedade, atualmente, repudia ingerência de maridos sobre mulheres, principalmente no que tange à sua incursão, ou não, no mercado de trabalho. De qualquer sorte, na hipótese dos autos, a versão mais crível não é a dada pela agravada, mas sim aquela apresentada pelo agravante, segundo a qual a agravada não trabalha por mero desinteresse e pura ociosidade, pois, por conta própria, deixou de freqüentar curso superior e cursos de idiomas. E não se diga que o abandono do curso superior, em 1995, se deu em razão da gravidez. É que

o filho nasceu somente em 1997 e, portanto, o abandono se deu antes de a agravada tirar a pretensa “sorte grande”. Sorte grande de ganhar, gratuitamente, uma casa e um VECTRA 1997, que depois foi trocado por um ASTRA 1999, tudo após a dissolução da união estável.

Comparando os dois casos concretos – processo n.04/1987 e acórdão n.02/2003, observo que em dezembro de 1987 o texto constitucional ainda não havia sido aprovado, mas as efervescências de uma verdade moral abstrata legal equiparando maridos e esposas já estavam sendo sentidas no contexto jurídico através de verdades morais concretas como as jurisprudências. No litígio sob o n.02/2003, a balança pendeu para o fato de Nelma ter convencido tanto o juiz singular quanto o desembargador relator Marçal, de que seu ex-companheiro não a deixava trabalhar durante a união dos dois, e então, mais difícil tornava-se sua inserção no mercado de trabalho. O mesmo estende-se para Naum que enquanto desempregado não detém a formação acadêmica (*homos academicus*) que sua ex-esposa detém, dificultando-o na busca por um emprego, ainda mais frente à sua avançada idade.

O estreitamento argumentativo aqui se processa entre os discursos (coerentes e notabilizados) da advogada de Naum e do defensor de Nelma, sobretudo, quando nos deparamos com a última jurisprudência evocada pela representante de Naum, ao alertar o juiz que cada caso concreto é um caso que deve ser apreciado em sua singularidade e conforme as provas demonstradas judicialmente. (Por mais paradoxal que possa ser frente à evocação de uma jurisprudência que tende à padronização de vários casos concretos singulares). Ao término de sua petição inicial, a Dra. Salvadora pediu a suspensão (ou “exoneração”) do pagamento de pensão de Naum à sua ex-esposa, e a reboque solicitou a redução dos valores pagos a título de pensão para suas filhas.

Antes de sobrevir o momento oportuno ditado por lei para que Madalena apresentasse a contestação no processo n.04/1987, foi Dra. Salvadora que após intimação recebida pelo mesmo juiz da 21ª Vara de Família deveria falar sobre os cálculos entregues pelo perito contador no processo de execução de alimentos (03/1987). Por mais indignada que Dra. Salvadora pudesse estar com o laudo pericial produzido pelo contador oficial, que não coincidiu com os cálculos apresentados na contestação à execução de alimentos, a meu ver, o documento de impugnação por ela elaborado contra a perícia contábil caracterizou-se como o

ponto de mutação rumo aos desfechos de todos os demais processos vividos pelo ex-casal. Não percamos de vista que os dois processos (n.03/1987 e 04/1987) tramitavam concomitantemente no mesmo cartório. Como veremos a seguir, na impugnação redigida por Dra. Salvadora, o conjunto probatório que sustentava a veracidade da versão de seu cliente, Naum, foi se costurando como a mais coerente.

III. 2. 5. O alegado abandono das filhas como a derrocada judicial de Madalena

Passados dez dias da intimação judicial, Dra. Salvadora protocolou sua impugnação nos autos 03/1987 referente aos cálculos apresentados pelo perito contador, tal como fora solicitado em petição inicial feita por Dra. Eutanásia. Sem maiores rodeios, a advogada pontuou que Madalena não havia provado que efetivamente Naum estava em melhores condições do que aquelas por ela provadas, ou mesmo nas condições que a própria Madalena alegou que seu cliente estaria desfrutando. Ademais, continua Dra. Salvadora, o desfrute financeiro vantajoso era da própria Madalena, que recebia uma “pensão gorda” de seu cliente, que incluía um tanque de gasolina cheio para o carro. Para tanto, reforçou as provas e as alegações já presentes nos autos 03/1987 e as constantes na petição inicial do processo 04/1987, a saber: comprovante de depósito de pensão feita por Naum; comprovante de compra de materiais escolares por parte de seu cliente para as filhas; pagamento realizado por Naum das mensalidades escolares e de matrícula para as filhas; recibo firmado por Madalena em relação à venda da indústria e a transferência de sua meação neste negócio; venda de telefone e de carro realizada por Naum para cumprir com suas obrigações firmadas em acordo de separação judicial (processo n.02/1985).

Todas estas remissões, com exceção das matrículas, mensalidades e materiais escolares, já haviam sido feitas em momentos anteriores pela representante legal de Naum. O fato novo que desencadeou esses citados dispêndios financeiros por parte de seu cliente foi justamente o alegado “abandono” das crianças por parte de Madalena, descrito da forma que segue pela Dra. Salvadora:

A requerente, Exa., por sua vez, vive em um mundo incompatível com sua condição de mãe, participando assiduamente de grupos de teatro e poesia, deixando suas filhas sozinhas durante o dia e muitas vezes até de madrugada, sendo que, em data de 26/02/88, abandonou-as na calçada do prédio onde reside o requerido, não aparecendo até a presente data para buscá-las (...). (Grifos do original).

Obra do acaso ou não, o fato de Madalena em fevereiro de 1988 ter deixado as filhas na calçada frontal do prédio onde Naum morava, foi visto pelas duas vizinhas que haviam sido elencadas nos autos n.04/1987, sob a qualidade de testemunhas. Sem perder muito tempo, no mesmo dia (25 de março de 1988) que protocolou a impugnação aos cálculos, Dra. Salvadora juntou ao processo n.03/1987 a seguinte declaração redigida por ela e que foi assinada por dona lara e por dona Sílvia, como evidência de coerência do alegado na impugnação aos cálculos do perito:

Nós, abaixo assinadas, lara (...) residente e domiciliada à Rua das Laranjeiras, 50 e Sílvia residente e domiciliada à Rua das Flores, declaramos para os devidos fins, que conhecemos NAUM, brasileiro, separado judicialmente, desempregado, residente e domiciliado à Rua das Laranjeiras, 51.

Declaramos que, a partir do dia 13 de fevereiro de 1987, após efetuar a venda da empresa na qual trabalhava período integral, passou à condição de desempregado, até a presente data. Com a parte do capital que lhe coube, fez investimento na Bolsa de Valores, e que, em face da própria conjuntura do mercado de ações, o pequeno capital que possuía acabou se dissipando, tendo este que assumir os prejuízos, que o deixaram em péssima situação financeira, mas que, mesmo assim nunca deixou de cumprir suas obrigações com a ex-mulher e as filhas.

Declaram ainda, que a mãe das crianças vive participando de grupos de poesias e teatro, deixando suas filhas sozinhas durante o dia e muitas vezes até de madrugada, e que, no dia 26/2/88, abandonou-as na calçada do prédio onde reside o pai das crianças, e igualmente a primeira declarante, e foi embora, não sendo encontrada nem em sua própria casa.

Declaram ainda que, o Sr. Naum efetuou a venda de um consórcio que possuía, a fim de obter recursos para a manutenção de suas filhas, efetuando a matrícula, compra de materiais e uniforme escolar para as crianças, que até início de março, não se encontravam nem ao menos matriculadas.

Declaram que, as crianças se encontram até a presente data morando com o Sr. Naum, num pequeno apartamento, sem empregada, sendo as refeições feitas por este e todas as atribuições do lar, estando as crianças bem assistidas em tudo que precisam e felizes.

E por ser verdade, firmamos a presente para que produza todos os efeitos legais.

Cidade de Médio Porte Catarinense, 14 de março de 1.988. (Grifos e negritos do original).

A versão costurada pela Dra. Salvadora e seu conjunto probatório contou com grande ajuda de Madalena frente ao abandono das filhas, mas também com algumas narrativas já aventadas pela advogada de Naum. Destaco as seguintes: quando afirmou estar Madalena insatisfeita com o acordo judicial que lhe rendia bons proventos; quando afirmou o sacrifício de seu cliente mesmo em meio à situação adversa do desemprego, e quando evidenciou o recebimento de uma quantia financeira por parte de Madalena, muito significativa e que por ela foi omitida quiçá por interesse. Agora, com o alegado abandono, tudo se encaixou, ao menos, para Naum e sua advogada.

O primeiro momento em que Dra. Eutanásia poderia falar com o juiz após a comunicação feita por Dra. Salvadora quanto ao pretense abandono das menores por parte de sua cliente, Madalena, ocorreu no dia 13 de abril de 1988 por ocasião da audiência conciliatória para esta data designada no processo de n.04/1987 (de revisão de alimentos). A comunicação do abandono foi feita junto ao processo 03/1987 (de execução de alimentos), mas Dra. Eutanásia achou por bem entregar na audiência a contestação redigida por escrito, cujo conteúdo privilegiava o alegado abandono praticado por sua cliente. Afora esta alegação que não havia sido explicitada pela Dra. Salvadora em sua petição inicial no processo de n.04/1987 (mas na impugnação ao laudo pericial contábil do processo de n.03/1987), outras fugiam à mera obrigação contestatória da Dra. Eutanásia, que não rebateu ponto por ponto do evidenciado pela advogada adversária.

Passo aos principais argumentos constantes na contestação ao processo de n.04/1987, feita pela advogada de Madalena:

1 - o autor não pagou as mensalidades escolares referentes ao ano de 1987 (motivo que ensejou a propositura da ação de n.03/1987), passando a pagá-las em 1988 porque as filhas do casal estavam residindo temporariamente com Naum;

2 - “cumpre esclarecer, que a requerida no início de março, se viu compelida a deixar suas filhas com o autor, uma vez que, não tinha recursos financeiros para prover o sustento da mesma, e o autor negava-se a fazê-lo”;

3 - a venda da fábrica se deu por exigência do próprio autor que desejava passar a viver de “rendas”;

4- com a demora no recebimento das pensões após a separação consensual (autos n.02/1985) a ré se viu obrigada a fazer empréstimos com terceiros, e nessa mesma ocasião o autor havia levado consigo bens móveis que “por orientação de psicólogos a requerida viu-se obrigada a repô-los, para não causar trauma maior nas meninas”;

5 – na qualidade de estudante bolsista a ré não percebia mais do que meio salário mínimo e, as atividades teatrais eram desempenhadas junto a um grupo amador, pelas quais nada recebia (anexou declaração assinada pela coordenadora do grupo PERTINÊNCIAS). Apesar de ter formação universitária, a ré ao se casar largou todos os afazeres profissionais para se dedicar integralmente ao marido ciumento e às três filhas pequenas;

6 – o valor dado a título de pensão à ré e às filhas não era tão generoso assim, pois não cobria as despesas básicas de todas. E para finalizar sua contestação entregue em abril de 1988, sendo que o alegado abandono se deu em março do mesmo ano, a Dra. Eutanásia arrematou quanto à assimetria educacional e profissional existente entre Naum e Madalena, dizendo que:

Além do mais se decide manter-se desempregado por um ano e três meses, o fato só vem a comprovar que o mesmo mantém-se de rendas, dispondo, portanto de meios para o cumprimento de suas obrigações de pai. (...) Somente a título de argumentação, desde que as filhas da requerida estão com o autor, o mesmo passou a comprar roupas de “griffe”, com preço muito elevado, o que é até prejudicial à educação das mesmas, inclusive matriculou a filha mais velha na academia de dança São Jardim para fazer balé, quando a requerida tinha conseguido uma vaga gratuita no SENAC, para que a mesma fizesse o mesmo curso. (Grifos do original).

Nos subitens anteriores deste capítulo, comparei o argumento do desemprego de Naum utilizado pela Dra. Salvadora no processo 04/1987, com o voto vencido do desembargador, Montes Claros, no acórdão 02/2003 (de Caim *versus* Nelma), através do qual a referida autoridade discordou da maioria dos seus colegas quanto ao argumento de que Nelma necessitava da pensão dada pelo ex-companheiro, pois ela estava fora do mercado de trabalho desde que se casara. O afastamento de Nelma de sua profissão, guardadas as particularidades de cada caso, assemelha-se em conteúdo e em gênero ao descrito pela advogada de Madalena. E mais: o argumento utilizado pelo desembargador, Montes Claros, ao afirmar que a gravidez não poderia ser motivo para justificar o

fato de Nelma ter abandonado os estudos, face à evidência temporal que separava o nascimento de seu filho (1997) e o seu próprio desinteresse pelos estudos (1995), na contestação de Dra. Eutanásia aparece quando a mesma imputa à Naum a culpa por ainda estar desempregado. Ou ainda, sob a visão da citada advogada em relação ao adversário: essa era a evidência de que o autor vivia de rendas.

Mas, em meio à contestação, a Dra. Eutanásia trouxe novas informações ao juiz que não se caracterizariam como tão novas assim se analisadas à luz do artigo 333 do Código de Processo Civil, pois à época da propositura da ação de n.03/1987 poderiam ter sido mencionadas e não o foram. Dentre elas, cito o fato de sua cliente ter comprado bens móveis e outros utensílios para substituir aqueles levados por Naum após a separação, e que suas aquisições se fizeram necessárias para evitar traumas nas filhas, como bem aconselharam os psicólogos que atenderam Madalena.

Ao destacar os alegados traumas, uma pequena pausa com a abertura de parênteses se faz providencial. Não somente por conta dos “traumas” alegados pela Dra. Eutanásia, mas pelas representações produzidas pela Dra. Salvadora, seja quando ela alegou o abandono das crianças por parte de Madalena, seja quando alegou ser seu cliente um pai que apesar de desempregado, sacrificou-se diariamente em prol da educação de suas filhas. Nesse contexto processual, o sacrifício, o abandono, os traumas e outros tantos predicativos configuram-se como “expressões obrigatórias de sentimentos” (MAUSS, 1981 [1921]) que são articuladas por ambos os advogados, visando o alcance de uma maior coerência com seus argumentos. Ou melhor, pode-se dizer que no contexto judicial estas expressões obrigatórias de sentimentos tornam-se documentações ritualizadas (e então obrigatórias) de sentimentos.

Para tanto, ambas – como outros quaisquer advogados – devem, a meu ver, perceber: **quando, como e o que** desejam expressar em relação aos seus clientes ou adversários, pois nas trocas lingüísticas estabelecidas com os juízes, esses tendem a valorá-las. De espontâneas, as expressões de sentimentos passam a ser obrigatórias, de maneira similar à percebida por Marcel Mauss nos rituais funerários. Nesse sentido, muito embora não haja prescrições legais explícitas quanto aos procedimentos que devem ser seguidos no que se refere à expressão de sentimentos, sugiro pensarmos que elas estão diluídas nas

verdades morais jurídicas, (re)produzindo representações, em especial nas temáticas voltadas à esfera do doméstico. Vou a um exemplo.

No acórdão n.04/1992 (ver quadro no item I. 6.2), em que Adelma – a mãe e genitora que estava sendo criminalmente processada – retomou a guarda de seus filhos após sair da prisão, um dos indícios que pesou a seu favor foi a troca de correspondências com seus filhos, recheadas de expressões de sentimentos. Tendo em mãos estas provas do afeto existente entre mãe e filhos, o representante de Adelma juntou-lhes aos autos do processo. Na avaliação do desembargador relator do citado julgamento, através da qual faz referência ao parecer do promotor de 2º grau e do juiz singular:

A leitura das correspondências de Silmara à mãe, pelo seu conteúdo, convence, ademais, do acerto da decisão apelada. A respeito, a douta Procuradoria Geral de Justiça também explicitou no parecer da lavra do Dr. Geraldo: "A nosso ver, em que pese o hercúleo esforço e dedicação da ilustre Dra. Promotora de Justiça interveniente e signatária da peça recursal, o apelo não deve prosperar, face aos novos elementos trazidos à colação, que bem elucidam a quaestio e, também, em razão das novas condições em que as crianças poderão merecer guarda e proteção de sua genitora, agora em liberdade, residindo em casa nova e espaçosa, próximo ao centro da cidade, perto do colégio onde os menores estudam, enfim, **em situação compatível a uma boa educação, segurança, com maior aproximação, carinho e proteção, de sua genitora, conforme, aliás, elas próprias esclarecem através das cartas e bilhetes dirigidos à mãe. São manifestações comoventes que justificam o retorno das crianças ao convívio de sua genitora, agora em melhores condições de sobrevivência**" (Acórdão n.04/1992). **(Negritos meus).**

Fechados os parênteses em relação à expressão obrigatória dos sentimentos, no processo n.04/1987 promovido por Naum contra Madalena, bem como no anterior (03/1987) cujos pólos litigantes eram invertidos, o fato de Madalena, segundo a versão de sua advogada, ter deixado (e não necessariamente abandonado) as filhas que estavam sob sua responsabilidade com Naum, faz com que ambos os conflitos tenham perdido a princípio sua razão de ser. Isto é, por que Naum continuaria a pagar pensão alimentícia reduzida (ou não) para as filhas, e quiçá para a ex-esposa, se essa delegou extrajudicialmente ao pai a responsabilidade de com elas conviver? Esse foi o raciocínio que Dra. Eutanásia ignorou ao findar sua contestação pedindo ao juiz que:

Ante ao exposto, requer a Vossa Excia., que julgue improcedente a presente ação, mantendo o pagamento da pensão alimentícia que fora acordada nos mesmos valores, condenando o autor nas cominações legais.

O que desejo esclarecer é que o abandono passou despercebido pela advogada de Madalena (consciente ou inconscientemente) que insistia na tecla das argumentações que sustentavam a situação anterior ao alegado abandono das crianças. Como neste contexto jurisdicional há um interesse do magistrado em associar a solução encontrada com a legitimação de um diagnóstico claro que vincule as responsabilidades das partes ao surgimento do próprio conflito, talvez o juiz que administrava os conflitos de Naum e Madalena estivesse aos poucos se convencendo das formas inadequadas que esta utilizava para estabelecer com ele as trocas lingüísticas. Ou melhor, que a advogada de Madalena utilizava e que viera a reutilizar quando juntamente com a contestação, no dia 13 de abril de 1988, apresentara a Vossa Excelência (o magistrado) mais um documento denominado de “reconvenção”. Por intermédio dessa petição, a Dra. Eutanásia objetivava que Madalena de ré tornasse-se autora no processo de n.04/1987, à medida que reiterava ser Naum o devedor de pensões alimentícias. Caberia ao adversário contestá-la, bem como ao promotor e ao juiz emitirem seus respectivos juízos de valor ao término do processo. Ora a favor, ora em desfavor de Madalena.

Dois dias após (15 de abril de 1988) a audiência de conciliação do processo de n.04/1987, a Dra. Eutanásia protocolou petição no processo de n.03/1987 para se manifestar a respeito da impugnação que Dra. Salvadora apresentara aos cálculos do contador e na qual aproveitou para comunicar ao juiz o abandono das filhas por parte de Madalena. Como os cálculos do contador haviam beneficiado a sua cliente, Dra. Eutanásia restringiu-se aos esclarecimentos quanto ao alegado abandono, afirmando que:

(...) no que tange à exeqüente ter deixado suas filhas em casa do executado, data vênua, se deu em virtude da mesma não poder suprir com os meios para pagar a educação que necessitam, inclusive tal ato foi amplamente discutido na presença de V. Excia. e do Dr. Promotor de Justiça no dia 13.04.88, na audiência de conciliação dos autos n.04/87 (...). Ante o exposto requer a V. Excia, o prosseguimento do feito, para que determine a expedição do mandado de prisão do executado, para que pague as pensões alimentícias em atraso.

Sem que precisemos ter quaisquer poderes premonitórios, nota-se que a situação judicial de Madalena não era das mais confortáveis. Mas, como o direito não socorre os que dormem, as complicações para Madalena tendiam a piorar, ainda mais quando Dra. Salvadora deu início a mais um processo na mesma 21ª Vara de Família. Agora, perante a inércia de Madalena, que não procurou mais retomar (juridicamente) a guarda de suas filhas, Naum aparecia como o protagonista no processo de execução de sentença referente à guarda e responsabilidade das filhas. Trocando em miúdos, como na sentença de separação assinada em 1985 a guarda havia sido deferida para Madalena, após essa ter abandonado as três rebentas, cabia ao pai legalizar a ilegalidade praticada pela mãe. Para tanto, o veículo utilizado por Dra. Salvadora foi o de explicitar em um novo processo as condutas imorais de Madalena em outro processo autuado pelo n. 05/1988, e de indiretamente ressaltar o absurdo proposto pela advogada adversária de reforçar o pedido de prisão daquele que estava cuidando das crianças abandonadas.

III. 2. 6. “Madalena se livra das filhas para trazer um estranho para morar com ela”!

Marcel Mauss ao se deter nas explicações voltadas ao “potlatch” enfatiza tratar-se de trocas-dádivas, que se estabelecem para reforçar as rivalidades e as relações assimétricas já existentes. É bem verdade que a retribuição em um potlatch visa mostrar ao doador que as posições não são desiguais, porém, seja no ato de dar, seja no ato de receber e depois de retribuir, o que está em jogo no circuito das reciprocidades é não perder o prestígio, a honra e/ou a face. Nesse sentido, para Mauss o potlatch é tanto um jogo equiparável à guerra, como a prova de prestígio de quem somos subjetiva e coletivamente. A moral, aliás, reflete justamente esse conjunto de regras sociais que dita a aprovação e a reprovação de dadas condutas, e que na maioria das vezes alimenta o próprio discurso jurídico. Motivo pelo qual, “em todas as sociedades, as pessoas se apressam em dar, (...), sob pena, ao menos para os nobres, de violar a etiqueta e perder sua posição social”. (MAUSS, 2003:245).

Parece-me que tais passagens sobre as trocas hostis estabelecidas no noroeste americano podem me auxiliar na melhor compreensão da eficácia das estratégias processuais baseadas no ataque à honra do adversário – devidamente aprofundada no próximo capítulo. Por mais indiretas que sejam as relações de trocas judiciais estabelecidas entre Naum e Madalena, apesar de um ou de outro figurar, ora como autor em uma ação, ora como réu em outra, saliento que ambos (entre si) desfrutam de um status processual inicial **aparentemente** simétrico, se comparados sempre à relação travada com o todo: o juiz. Somente com o trâmite processual é que um ou outro, dependendo das provas que são costuradas às suas narrativas, alça-se à condição de superioridade na disputa. Entretanto, frisei tratar-se de uma simetria aparente, pois aquele que inicia a relação de trocas processuais com o protocolo da petição inicial encontra-se em posição mais delicada e difícil do que quem contesta. Mais difícil e mais delicada porque é o autor quem primeiro deve produzir o máximo de provas e o máximo de narrativas a serem costuradas posteriormente às provas, na hipótese da produção dessas se dar ao longo do processo e não no momento do protocolo e da aceitação da petição inicial.

De qualquer forma, a certeza desta condição de (as)simetria entre as partes litigantes se confirma apenas na sentença, e é com essa peça processual que se processa (redundâncias à parte) a desconsideração total ou parcial das verdades suscitadas pelo perdedor. Acredito e sugiro que, em casos que envolvem discussões atreladas às condições de pai, de mãe ou de quaisquer outras formas de um sujeito vir a se portar perante o social, a refutação de suas verdades simboliza a própria desconsideração do sujeito enquanto pessoa. Ainda mais, quando estas verdades são produzidas com base na reputação desse outro com o qual a relação estabelecida se baseia na hostilidade. Eis o que Naum passara a fazer de maneira explícita, e que acaba por outro viés – já que não se trata do mesmo campo, refletindo uma das características da lógica jurídica processual destacada por Luis Roberto Cardoso de Oliveira:

Assim, a dimensão moral dos direitos é totalmente descartada de qualquer avaliação e relações entre pessoas de carne, osso e identidade são pensadas como relações entre coisas ou autômatos com interesses e direitos prescritos, mas sem sentimentos, autonomia ou criatividade. (CARDOSO DE OLIVEIRA, 2005:09).

Em relação aos argumentos narrados por Dra. Salvadora na petição inicial do processo de n.05/1988, destaco que a mesma reforçou a data precisa do abandono visto por testemunhas; a responsabilidade da mãe constante em sentença judicial de separação amigável e um fato até então desconhecido no universo jurídico pelos litigantes produzido, a saber:

Ocorre, Exa., que recentemente a executada vem dividindo sua residência com uma pessoa do sexo masculino, estranha da família, **conforme telegrama** que a mesma enviou ao autor (doc.anexo). Há que se depreender, Exa., desse fato, que a executada **quando tentou livrar-se da guarda das filhas, deixando-se com o Autor, já nutria a intenção oculta e pouco recomendável, de trazer um estranho para morar em sua casa. (Negritos meus).**

Novamente Madalena concedeu mais munições para o adversário, isto é, primeiro ao deixar as crianças com Naum e segundo ao enviar um telegrama para o mesmo dizendo “DEVIDO DEMORA JUDICIAL, MEDO ASSALTO, PEDI PESSOA AMIGA PARA CUIDAR DA CASA”. A pessoa amiga que a princípio não apresentava qualquer identificação sexual, no discurso elaborado por Dra. Salvadora assumiu rapidamente a feição de um homem com o qual Madalena porventura estaria envolvida. Não esqueçamos que nos litígios anteriores acompanhados pelo mesmo juiz que agora administra esse processo, a Dra. Salvadora havia afirmado que Naum não desejava se separar, mas que fora uma atitude de Madalena, aquela também significada como “desgostosa” e insatisfeita frente a um ex-marido que se sacrifica em prol das filhas. Insatisfação vivida em uma casa “com área de 348 m2, possuindo piscina, suítes, muito verde, espaço para lazer e recreação, tão indispensável para o crescimento das crianças”. Ao passo que com o pai, essas viviam “num pequeno apartamento de 70m2”. Por fim, a tacada de Dra. Salvadora comportava brechas para que sua adversária pudesse ao menos propor um acordo:

ASSIM SENDO, requer ao digno Magistrado, se digne determinar a citação da executada (art.632, CPC), para que em 24 (vinte e quatro) horas, no período entre 18 a 22 horas, a fim de não prejudicar o horário escolar, busque suas filhas na residência do exeqüente, local onde as deixou, por ser de sua responsabilidade a guarda das mesmas, ou se assim não proceder, determine V.Exa., no mesmo mandado, AUTORIZAÇÃO para que o exeqüente e suas filhas adentrem na residência do casal, onde reside a executada, sito à Rua Aracy Vaz Callado, n.215 e lá permaneçam, até possível venda do imóvel.

Requer, ainda, a condenação da executada nas custas, honorários advocatícios, estes a serem arbitrados por V.Exa. e demais cominações legais.

Requer, o apensamento dos autos n.02/1985, de separação judicial do casal.

Requer, outrossim, os benefícios da justiça gratuita, por não dispor o autor de recursos para pagamento das custas e honorários advocatícios, sem prejuízo de sustento próprio e de sua família, conforme determinação da lei 1.060/50 (declaração anexa). (Grifos do original).

A suscitada possibilidade de brecha para que a advogada de Madalena pudesse reverter os rumos processuais, refere-se ao fato da Dra. Salvadora ter previsto em seu documento a retomada da guarda das crianças pela mãe, retirando-lhes do poder paterno provisório e ainda não regularizado (já que ainda não havia sido judicialmente definida). Porém, não foi bem isso o que aconteceu.

A esta altura, o juiz ordenou à Madalena que buscasse as crianças no prazo "X" (não tive acesso ao documento que o definiu), sob pena de Naum poder adentrar à casa pertencente ao casal para lá passar a conviver com as filhas, amparado por determinação judicial e mantendo a guarda provisória. Madalena, ciente ou não do prazo, restou inerte, e o juiz despachou ordenando que ela saísse da casa onde estava residindo para que posteriormente Naum pudesse proporcionar um melhor espaço às crianças. Afinal, a casa ainda era propriedade do casal, e o acordo de separação previa o usufruto de Madalena sem quaisquer ônus financeiros face ao fato dela deter a guarda das crianças.

Se a estratégia de Dra. Salvadora a partir do processo de n.05/1988 caracterizou-se, sobretudo, pelo ataque à honra de Madalena, deixando vazar nas entrelinhas de seu discurso que a mãe preferiu se aventurar com outros homens a ficar com as filhas, o artifício utilizado por Dra. Eutanásia para contestar tais ofensas indiretas foi o revide. Quatro parágrafos sintetizam a referida contestação protocolada pela advogada de Madalena no dia 17 de junho de 1988. Transcrevo-os, mantendo os erros de grafia do português nele constantes:

Reconhece a requerente que em verdade o lugar em que se encontra as crianças não é o mais adequado para a sua criação eis que **ficou suficientemente provado** que o pai das menores não possui as qualidades suficientes para legar uma boa e adequada educação às mesmas. **Prova disso é o próprio processo de Separação e tudo mais que dos autos consta, circunstancialmente agravado, agora, diante de tantos absurdos alegados e requeridos nessa ação.**

Todavia Meritíssimo Juiz, a requerente se vê em absoluta impossibilidade financeira para o sustento das menores, como disse necessitando sobre maneira do recebimento do débito da penção alimentícia em atraso.

A casa em que reside, integrante do patrimônio do casal no processo de separação cláusula 6.2. folhas 06, destina-se a residência da mãe ora requerente, e permitir que um estranho como o ex cônjuge adentre para forçar a restituição das filhas, é antes de ser considerado violação de domicílio, por quebra da individualidade, um absurdo inominável, por certo não compatível com o elevado senso de justiça de Vossa Excelência.

Assim pois vem requerer de Vossa Excelência o cancelamento do Mandado concedido, dignando-se Vossa Excelência apreciar e decidir os autos em pendência mencionados no articulado 3, com que se estará promovendo a mais perfeita e salutar justiça. Requer outrossim de Vossa Excelência se digne conceder a requerente os benefícios da assistência judiciária gratuita, eis que nos termos da lei 1060/50 se considera pobre, não dispondo dos recursos necessários ao custeio do presente processo. **(Negritos meus)**.

Os autos do processo a que Dra. Eutanásia fez menção de n.03/1987 são os que sua cliente figurou como autora/requerente no pedido de execução de alimentos supostamente devidos por Naum. A ênfase na assertiva de que “ficou suficientemente provado que o pai das menores não possui qualidades suficientes para legar uma boa e adequada educação”, explica-se logo na seqüência quando a advogada mencionou que a “prova” disso é o próprio processo de separação e “tudo o mais que dos autos consta, circunstancialmente agravado, agora, diante de tantos absurdos alegados e requeridos nessa ação”.

No quesito materialização do que se argumenta, levando-se em consideração as argumentações probatórias imprecisas de Dra. Eutanásia no parágrafo anterior, a balança continuava a pender para o lado de Dra. Salvadora, seja com a declaração de testemunhas que viram o abandono das crianças por Madalena; seja com a confissão materna de que de fato as deixou com Naum; seja com o telegrama enviado ao ex-marido comunicando que a casa onde morava estava sob cuidados de pessoa amiga. Enfim, não obstante todas estas evidências serem passíveis de significações outras atribuídas por Naum e sua advogada, o indiscutível é que suas materialidades existiram, ao passo que expressões abrangentes demais como: “tudo o mais que dos autos consta”, dizem tudo e não dizem nada. Como nos lembram nossas raízes fincadas no direito romano: ALLEGATIO ET NON PROBATIO QUASE NON ALLEGATIO – alegar e não provar é quase não alegar.

Nem bem passaram vinte e quatro horas do protocolo da contestação de Madalena, a advogada adversária protocolou sua impugnação. A citada peça processual serviu para que novos esclarecimentos probatórios surgissem. Dra. Salvadora mencionou que a certidão do oficial de justiça que esteve na casa de

Madalena para comunicá-la da ordem judicial que a retirava do imóvel, certificava que “a executada não mais reside na casa pertencente ao casal”. Ainda nesta mesma certidão, consta que Madalena colocou um homem em suas dependências, infringindo destarte, o acordo realizado entre as partes por ocasião da separação consensual. Conclusivamente, requer

Ao digno magistrado, AUTORIZAÇÃO PARA que o exequente e suas filhas adentrem a residência do casal, (...), e passem a residir, até possível venda do imóvel, perdendo a executada o direito de a ela retornar. Requer, outrossim, determine V. Exa., no mesmo mandado, àquele que se encontrar no imóvel, que o desocupe de imediato por ser medida de REAL JUSTIÇA.

No dia 21 de junho de 1988, o então promotor de justiça, Dr. Sérgio – atualmente desembargador do Tribunal de Justiça, concedeu parecer à resposta à impugnação formulada pela Dra. Eutanásia nos autos n.03/1987, na qual reforçava o pedido de prisão do réu, muito embora a guarda fática das crianças já estivesse com ele. O fez da seguinte forma:

Segundo Cahali, em sua obra “Dos Alimentos”, página 624, a prisão civil tem o único objetivo de coagir o devedor a pagar a pensão alimentícia. In casu, não tendo a autora infirmado as alegações do réu no sentido de que não possui condições de satisfazer a sua pretensão, a medida extrema, via de conseqüência, perderia a sua finalidade. Ademais, no caso sub-judice a prisão seria contra-indicada, sabendo-se que Naum tem sob sua guarda as filhas menores do casal, que ficariam ao desabrigo na hipótese de se concretizar a medida, haja vista que ao abandoná-las de frente à residência daquele, a mãe alegou falta de condições para mantê-las. (Grifos do original).

Aquilo que havia mencionado anteriormente quanto à desconsideração por parte de Dra. Eutanásia de que Naum estava com a guarda (mesmo que não judicialmente regularizada) das filhas, graças ao fato de sua própria cliente tê-las deixado, foi resgatado pelo promotor justamente para esclarecer que a prisão do executado e réu no processo n.03/1987 seria “contra-indicada”. Nesse mesmo parecer o promotor equiparou o verbo deixar ao verbo abandonar, talvez amenizando a situação com a assertiva de que “a mãe alegou falta de condições para mantê-las”. Mas quem sabe nem tanto, ao afirmar que a prisão também deixava de ter sentido, frente ao fato de Madalena não ter provado a falta de condições financeiras alegadas por Naum para manter o pagamento da pensão,

tal como ela pretendia. Ou seja, o desemprego e a ruína financeira alegados pela Dra. Salvadora foram entendidos pelo promotor como fatos modificativos daquele alegado pela Dra. Eutanásia, em sua petição inicial que deu surgimento ao processo de execução de alimentos (n.03/1987). Donde, a princípio, conclui-se que o promotor admitiu estar sendo convencido pela Dra. Salvadora, muito embora a quem se devesse finalmente convencer fosse o magistrado.

Mas, como após o parecer do Ministério Público geralmente vem o despacho do juiz, esse no dia 30 de junho de 1988, nos autos n.03/1987, que apresenta conexão com todos os posteriores processos, despachou em relação ao pedido de prisão de Naum, formulado por Dra. Eutanásia: “Vistos, etcEm face do parecer retro do Dr. Promotor de Justiça, aliás, judicioso e bem fundamentado, indefiro o pedido de prisão do requerido. I-se¹³”.

Ao apresentar conexão com todos os outros processos, quiçá as partes litigantes já estivessem esperando outros pareceres e outros despachos. Não tardou muito, e Dr. Ivan, o juiz titular da 21ª Vara de Família, no mesmo dia em que despachou junto aos autos n.03/1987, também o fez em relação aos autos n.05/1988 (execução de sentença por guarda e responsabilidade), assim negando uma vez mais os pedidos de Dra. Eutanásia:

Defiro o parecer retro do Doutor Promotor de Justiça, determinando a entrega da casa às filhas do casal. Expeça-se mandado de intimação dos ocupantes do imóvel, que terão o prazo de 10 dias para desocupá-lo. I-se.

Após o oficial de justiça realizar no dia 8 de julho de 1988 a entrega das chaves da residência onde Madalena morava para Naum vir a ocupá-la juntamente com as filhas, Dra. Eutanásia ingressou no dia 13 de julho com o “recurso de agravo de instrumento retido” contra o despacho do juiz Ivan que autorizou a citada entrega¹⁴. Convicta de que essa medida do juiz singular era totalmente injusta, Dra. Eutanásia sustentou que o processo de n.03/1987 movido

¹³ - Abreviatura de “Intime-se”.

¹⁴ - A diferença do agravo de instrumento para o agravo de instrumento retido reside no fato de que a decisão do juiz singular contestada que dá margem para a impetração de ambos, com o primeiro (que não é retido), obriga o Tribunal de Justiça a se manifestar tão logo o juiz decida que não reformulará sua decisão. Ao passo que no retido, a parte descontente solicita que o recurso seja julgado apenas quando o mesmo juiz singular vier a sentenciar. Assim, se a sentença reforçar o descontentamento presente no recurso retido, o advogado que o formulou solicita que o Tribunal julgue tanto o agravo retido quanto uma eventual apelação.

por sua cliente contra Naum ainda não havia sido julgado, portanto, a decisão de deslocá-lo para a casa onde Madalena morava poria a agravante ao “desabrigo material e legal”, haja vista que tal medida contradizia a própria decisão constante nos autos de separação conjugal (n.02/1985), na qual o mesmo juiz Ivan havia garantido que Madalena moraria na residência que era de propriedade do casal. Assim:

DATA VENIA, não pode prosperar tão insubsistente despacho notoriamente tomado por equívoco por sua Excelência o M.M juiz “a quo”. Diante do exposto com base no artigo 522 do Código de Processo Civil vem requerer da elevada autoridade de Vossa Excelência se digne reconsiderar o despacho recorrido. Se todavia entender clarividente descartino de Vossa Excelência pela sua manutenção, seja então os presentes autos remetidos ao Egrégio Tribunal de Justiça afim de que aquela corte melhor decida sobre DATA VENIA a equivocada decisão de V. Excia., com o que afinal se estará proclamando justiça. Indica outrossim as peças de folhas 2 e 3, 17 e 18, 23 e 24 do processo n.05/1988, as de n. 2 a 5, 31 versos, 45 a 52, 86, 87 do processo n. 04/1987.

A estratégia da Dra. Eutanásia no que diz respeito à escolha por um recurso retido, isto é, que não seria naquele momento julgado pelo Tribunal catarinense, justificou-se pela atitude processual que tivera também no dia 13 de julho, quando a mesma ingressou com o processo de n.06/1988 denominado de “mandado de segurança”. Mais veloz e quem sabe, mais eficaz.

III. 2. 7. Da ilegalidade praticada pelo juiz singular contra Madalena surgiu o “mandado de segurança”

O mandado de segurança é um “remédio processual” criado como verdade moral legal em 1951 (lei 1533/51), e até hoje se sustenta como medida cabível a ser utilizada judicialmente por todos os que se sintam prejudicados por ilegalidades e/ou por arbitrariedades (abuso de poder) praticadas contra si por autoridades. Nos conflitos vividos por Naum e Madalena, o citado documento processual, a meu ver, sob o roteiro de Dra. Eutanásia sintetiza muitas das suas outrora elaboradas narrativas que soavam incoerentes frente aos contra-ataques de Dra. Salvadora.

Antes de transcrever o conteúdo literal das argumentações utilizadas pela Dra. Eutanásia no mandado de segurança autuado sob o n. 06/1988, friso ao leitor que tanto quanto qualquer outro recurso, no mandado de segurança face à autoridade do juiz, o mesmo pode se retratar perante a parte descontente, reformulando o despacho que gerou o recurso ou o mandado de segurança. Como o Dr. Ivan não quis se corrigir ou se retratar perante a Dra. Eutanásia, a petição inicial por ela elaborada que deu surgimento ao processo n.06/1988, foi encaminhada ao Tribunal de Justiça de Santa Catarina, afirmando que:

- 1) A impetrante, em 04 de outubro de 1985, teve homologada naquele MM. Juízo ação consensual de separação judicial, conforme cópia de sentença anexa - doc. 01.
- 2) Como se depreende do mencionado documento, as três filhas do casal (12, 11 e 10 anos) de idade respectivamente, ficaram sob a guarda e responsabilidade da mãe, ora impetrante, que, com as mencionadas menores, deveriam permanecer residindo na casa tradicional do casal, até a venda e divisão, entre ambos, do seu valor.
- 3) Também decorre do mencionado documento, incumbiria ao pai, a obrigação de pensão de alimentos apenas às filhas.
- 4) Ocorre que já há algum tempo, referido devedor, tornou-se inadimplente com a obrigação alimentícia, gerando, dessa forma, contínuos transtornos à impetrante que se viu em graves dificuldades econômico-financeiras, originando-se, em consequência numa verdadeira batalha processual em que a ora impetrante pleiteava, pelo menos, o mínimo indispensável à subsistência das menores – no que não foi exitosa, tendo pois, pelas circunstâncias que deixar as filhas no apartamento do pai, devedor inadimplente, como medida extrema de forçá-lo ao cumprimento da obrigação alimentícia.
- 5) Todavia, ao invés de pagar o devido, o devedor obteve em ação de execução de sentença – proc. n.05/1988, por despacho do MM. Juízo da 1ª Vara dos Feitos da Família, Órfãos e Sucessões – doc. 2 (anexo) determinação para retomada do imóvel, em nome das filhas do casal desalojando, assim, do imóvel a impetrante.
- 6) Escusado é ressaltar que, tal decisão, grandemente prejudicial à impetrante é data vênia, manifestamente ilegal e arbitrária, eis que colide com a própria vontade das partes – quando da separação judicial – e altera, ainda a sentença do MM. Juízo “a quo” em sua própria anterior decisão na qual destinou tal imóvel à impetrante e suas filhas.
- 7) Diante desses fatos, pois, opôs a ora impetrante, recurso de agravo, que tramita em preparo no mencionado juízo para subir ao elevado julgamento desse colendo Tribunal (cópia anexa – doc. 3).

- 8) Todavia, Excelência, quer a impetrante, data vênia, tornar célere a proteção jurisdicional a que tem direito, objetivando a decisão maior desse Egrégio (...) pela manifestação da casa em seu favor e das filhas, conforme decidido anteriormente.
- 9) Assim, em requerer de Vossa Excelência se digne declarar suspensivo ao AGRADO interposto, objetivando reparar a injusta decisão agravada que deixa a ora impetrante e suas filhas ao completo desabrigo.
- 10) O mandado de segurança que ora se impetra, pois com base na lei 1533/51, é o remédio processual eficaz ao restabelecimento do direito ferido da impetrante, como se infere, ainda, da exegese do parágrafo 21 do artigo 153 da Constituição em vigor: “conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo não amparado por HABEAS CORPUS, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder”.

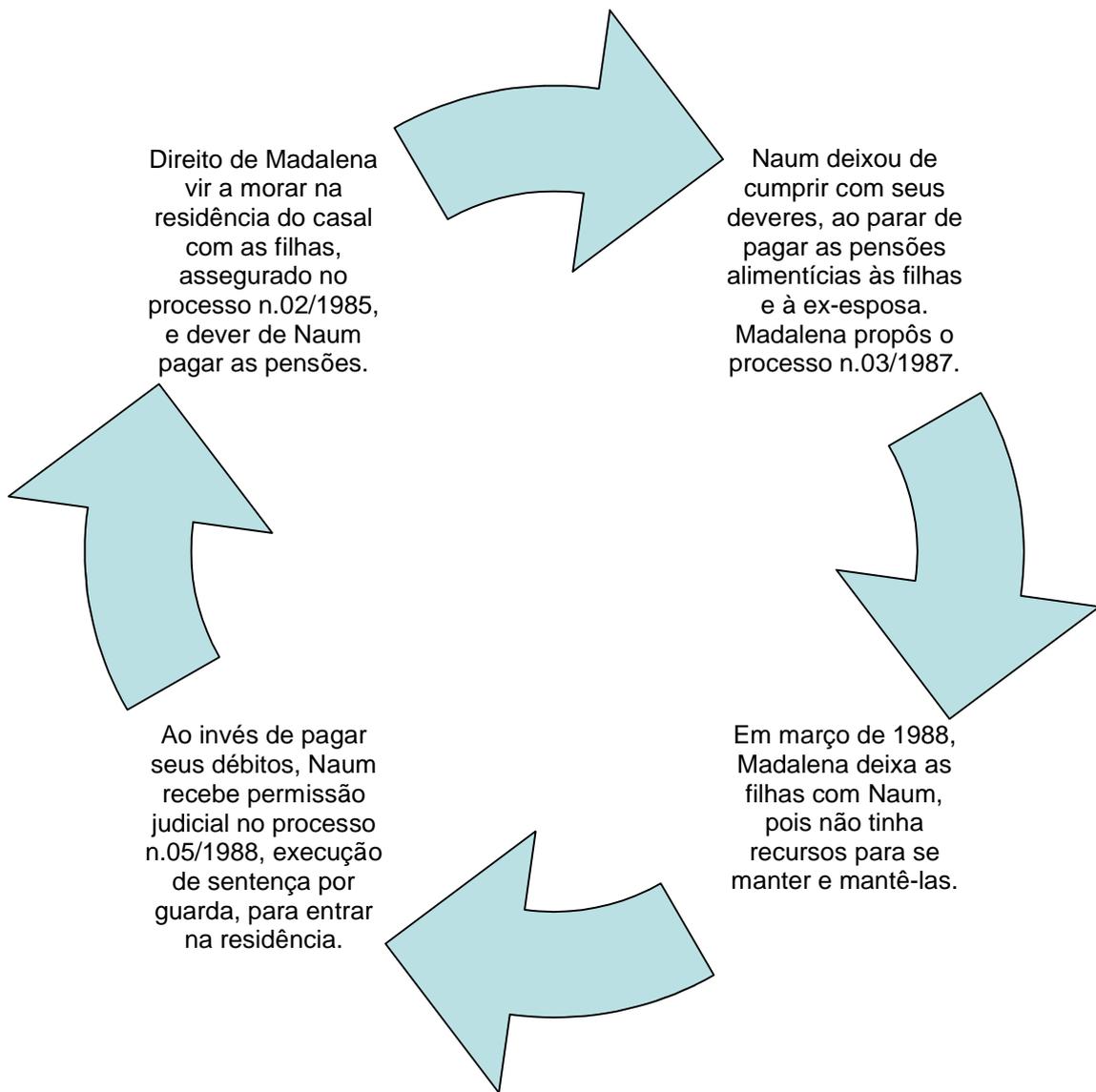
Diante do exposto, requer se digne Vossa Excelência conceder-lhe a medida liminarmente, na forma no número II do artigo 7º da Lei 1533/51, determinando a suspensão.

(...)

Espera Justiça e
Pede Deferimento. (Grifos do original).

Ao requerer explicitamente ao Tribunal uma medida liminar que provisoriamente, assim como a cautelar, apresentasse capacidade de reverter a situação fática produzida pela decisão sentencial de Dr. Ivan, a resposta dada pelo órgão recursal foi de ordenar que Naum e suas filhas saíssem da casa que no processo de n.02/1985 havia sido destinada à Madalena.

No dia 20 de julho de 1988, Madalena acompanhada pelo oficial de justiça retomou a posse da casa. Reforço: por ser de caráter provisório, a referida medida poderia a qualquer tempo ser revogada pelo Tribunal, bastando que os desembargadores e o procurador de justiça (promotor alocado no Tribunal) viessem a analisar melhor o pleito e viessem a se convencer de que o nexo de causalidade dos acontecimentos proposto por Dra. Eutanásia não era tão convincente. Refiro-me ao seguinte esquema de causa e efeito elaborado pela defensora de Madalena:



O contexto relacional solidificado pelas guerras entre Naum e Madalena, no período de 20 de julho a 27 de julho de 1988, tornou-se ainda mais visível pelas recíprocas queixas que ambos fizeram junto às delegacias de uma cidade de médio porte catarinense. Como nem todos os boletins de ocorrência foram anexados aos processos litigiosos por eles protagonizados, restringir-me-ei a um deles, pela simples justificativa de ter sido o estopim para um novo e derradeiro processo litigioso que surgiria no ano seguinte. Como optei por seguir uma ordem cronológica dos fatos tidos como “reais” pelos meus informantes e pelas minhas interlocutoras, mencioná-lo-ei agora, para adiante retomá-lo, já que outros três processos ainda surgiriam antes do proposto no antigo Juizado de Menores.

O boletim de ocorrência produzido por Naum na qualidade de representante de suas filhas, versou sobre a alegação de que Madalena antes de abandonar as filhas com Naum, mais precisamente nas festas de virada de ano, de 1987 para 1988, havia submetido as três crianças a uma situação regada a drogas e ao desleixo materno, que chegara a permitir o assédio sexual praticado contra a filha primogênita, Ana Júlia. Para piorar os detalhes da queixa, sua filha primogênita informou que se tratava de um ambiente repleto de artistas e de boêmios, com os quais Madalena se identificava, na qualidade de “atriz”.

Compareceu nesse distrito o Sr. Acima acompanhado de sua filha menor e esta declarou o seguinte: que no dia da passagem de ano 87-88 a mesma estava com suas irmãs e sua mãe em uma casa de um amigo em Pontas das Canas e que também estavam presentes o grupo de Teatro do qual sua mãe participa. Que neste dia a menor viu nesta casa um cara esquentar um prato no fogão e a mesma perguntou para a sua mãe o que era aquilo; ela respondeu que ele estava esterilizando o prato porque ele era meio “fresco”. Que notou o pessoal todo indo para dentro de um quarto e que a mesma espiou e viu um cheirando um canudo. Que depois todos saíram e a menor e suas irmãs dormiram até às 06 horas. E quando voltaram um tal de Gilberto ainda ficou dando em cima da menor, e esta fugiu a pé pela praia a foi parar em Jurerê onde passou o dia. (BOLETIM DE OCORRÊNCIA REGISTRADO NO DIA 27/07/1988).

Diferentemente do vivido por Marta no acórdão de n. 05/2005 (ver quadro no item I. 6.2.), em que foi alvo de inúmeras adjetivações que acertaram diretamente a sua honra e lhe conduziram à perda da condição de mãe, as imputações feitas à Madalena pelo ex-marido ainda encontravam-se adstritas ao boletim de ocorrência. No caso de Marta, as evidências mostradas tanto pela conselheira tutelar, quanto pelos vizinhos, passando pelo médico do posto de saúde até as professoras de seus filhos, todos habitantes de um bairro periférico em uma pequena cidade catarinense, levaram o desembargador relator a afirmar que:

Um outro fato que demonstra a total omissão da genitora em relação ao bem-estar de seus filhos, inclusive aqueles em tenra idade, foi Ernesto, à época com 05 anos, ter sido encontrado dormindo na casa do citado abusador, com a convivência materna.

Se as coisas para Madalena não estavam tão tranqüilas com a liminar a ela concedida no processo sob o n. 06/1988, não estariam agora, não necessariamente pelo boletim de ocorrência acima destacado, mas perante o parecer apresentado pelo representante do Ministério Público do Tribunal. Nesse, o Dr. Dário discordou da medida liminar concedida pelo desembargador relator do mandado de segurança, pois a advogada Eutanásia não fez:

Prova de que realmente o mencionado agravo, ao qual se quer emprestar agora efeito suspensivo, tenha sido recebido ou protocolado. Assim é que, a impetrante, ao retornar ao feito, na tentativa de dar suporte fático ao mandamus, isto às fls. 19, juntou apenas xerocópia do ato judicial tido como ilegal, **mas esqueceu-se de comprovar corretamente que dele recorreu em tempo.** (Grifos e negritos do original).

Para o procurador, não houve respeito por parte de Dra. Eutanásia dos procedimentos previstos pelo rito processual do mandado de segurança, constante na lei 1.533/51 (lei do mandado de segurança), e, portanto, deveria o desembargador ter indeferido, a seu ver, a petição inicial ao invés de ter concedido a medida liminar de retomada do imóvel por parte de Madalena. Quanto à inobservância de Dra. Eutanásia em relação aos procedimentos rituais previstos na mencionada verdade moral legal abstrata, destaco o fato dela não ter juntado à petição inicial que deu surgimento ao “mandado de segurança”, a fotocópia autenticada ou o original do recurso de “agravo de instrumento retido”. Ou seja, para o Promotor do Tribunal de Justiça, a advogada de Madalena não provou que “realmente” havia se rebelado dentro do prazo previsto em lei, contra o ato pretensamente ilegal do juiz – permissão para que Naum morasse na casa onde Madalena detinha usufruto. Para o dito operador do direito, a única forma capaz de provar o respeito aos prazos e às formas previstas na lei 1.533/51, seria evidenciando que tão logo soube da decisão, a Dra. Eutanásia recorrera da mesma. Neste sentido, segundo o promotor de 2º grau, Dra. Eutanásia deveria ter juntado aos autos do mandado de segurança a fotocópia ou o protocolo (autenticados) do recurso de agravo de instrumento retido que argumentou ter impetrado junto ao Tribunal de Justiça de Santa Catarina, evidenciando que recorreu da decisão do juiz singular no prazo previsto em lei.

Conseqüentemente, Dr. Dário afirmou que o processo de n. 06/1988 deveria ter sido extinto sem o julgamento de mérito, conforme o artigo 267, inciso IV, do Código de Processo Civil. Mas, como tais medidas não foram adotadas pelos desembargadores, sobretudo pelo que concedeu a liminar, o procurador frisou que, a despeito das irregularidades formais do processo, sua opinião continuava a ser pelo seu indeferimento, mesmo em relação à análise do conteúdo que o documento veiculava. Para tanto, o procurador em artifício utilizado pela maioria dos operadores do direito alocados nos Tribunais (inspirados pelas verdades morais abstratas doutrinárias), recorreu à maior proximidade do juiz singular com o processo judicial, como argumento legítimo para realmente determinar quais eram os interesses das crianças envolvidas na disputa.

Em um plano comparativo, destaco a decisão do desembargador relator no acórdão n.01/2002 – ver quadro do item I. 6.2., decorrente da disputa protagonizada por Siomar *versus* Eunápolis. Neste, Eunápolis manteve a guarda dos filhos apesar de ter sido vinculada à condição de “infanticida” pelo advogado do ex-companheiro, graças também à proximidade do juiz singular (ou primeiro julgador) com o litígio em questão:

Acentua, de outro lado, o eminente Washington de Barros Monteiro, com a clareza que lhe é peculiar: “... no exercício dessa faculdade, a fim de que se não transforme no instrumento de vendetas e paixões, tendo sempre presente que os motivos graves são apenas os que possam comprometer a saúde, a segurança ou a moralidade dos filhos, por comprovada negligência, incapacidade, abuso de poder, maus exemplos, perversidade ou crime dos pais”.

Observa-se nos autos que nada restou apurado acerca da conduta da ré apelada, ou da nocividade da permanência dos menores na companhia da mesma. É recomendada, nos vários relatórios sociais, a continuidade das menores sob a guarda da progenitora. **Neste aspecto, o MM. Juiz de Direito a quo, Dr. Gustavo, efetuou correta e percuciente análise dos fatos descritos nos autos, concluindo pela permanência dos menores com a mãe, ilação da qual também comungamos, pedindo vênias para transcrever o excerto que segue:** “A requerida encontra-se com a guarda das crianças desde a separação do casal, ocorrida em fevereiro de 1997, há mais de três anos, portanto. O motivo do pedido de alteração de guarda pelo genitor, ajuizado em 03.09.99, foram as notícias de que a mãe das crianças teria cometido crime de infanticídio, o que de fato constatou-se (...). O crime de infanticídio apresenta-se de maneira bastante peculiar quanto ao seu sujeito ativo, pelo que não se pode afirmar que aquelas mães que incidem neste tipo penal, sejam necessariamente pessoas ruins ou desequilibradas mental e emocionalmente; que não têm amor por seus filhos ou estejam inaptas a criá-los”. (...) Acrescenta-se ainda que, afora o infanticídio, não se levantou qualquer outro fato desabonador à conduta da acionada. **(Negritos meus).**

No tocante aos crimes praticados pelos pais, apontado pelo renomado – segundo o discurso nativo – doutrinador Washington de Barros Monteiro, como causa suficiente para alteração da guarda, no caso de Eunápolis, os argumentos de seu ex-companheiro ora apelante residiram justamente no fato dela ter sido condenada por ter matado seu filho tão logo nasceu (infanticídio). Porém, o crime de infanticídio foi significado não como uma conduta imoral da mãe, mas como uma doença passível de cura, e que Eunápolis a alcançou, graças ao meticoloso acompanhamento do juiz singular, que se fez com a observação direta dos fatos narrados no processo.

Quanto aos dizeres do procurador Dr. Dário, seu parecer no processo n. 06/1988 em relação à retirada de Naum e de suas filhas da casa onde morava Madalena, negou à autora do remédio processual quaisquer razões:

Isto porque o ato contra o qual se rebela a impetrante não está revestido de qualquer ilegalidade ou abuso de poder. O Juiz de Direito ao determinar a retomado do imóvel pelas filhas do casal, em ação de execução de sentença que tramita na 21ª Vara de Família, o fez respaldado em fatos concretos, com apoio em parecer do Dr. Promotor de Justiça, resguardando somente o interesse e a proteção dos menores, abandonadas que foram por sua mãe, que tinha a responsabilidade de sua guarda.

Entendo que se trata de questão muito delicada e que havia sido sopesada devidamente pelo magistrado titular da 21ª Vara de Família, o qual, por estar próximo aos fatos e em contato com as partes, era e é a pessoa mais indicada para dar a melhor solução para a questão.

Em assim sendo, não vejo como possa ser mantida a referida liminar, eis que o ato judicial impugnado foi praticado em estrita observância à lei, que determina que se leve em conta sempre, nessas situações, o interesse maior das menores. Nunca o egoísmo dos pais”

(...)

Opino, pois pela denegação da ordem se, por acaso, não acolhida a liminar de extinção do processo.

É o parecer. (Negritos meus).

Privilegiando o parecer do promotor de 1º grau que em sua opinião guarneceu o melhor interesse das crianças, e a reboque, amparou as decisões do juiz singular, Dr. Dário não titubeou em adjetivar Madalena como a mãe que abandonara suas filhas, e que em um ato de egoísmo retratado pela propositura do mandado de segurança, privilegiou seu próprio bem-estar em detrimento do bem-estar das crianças por ela abandonadas. Talvez tenha ficado evidente para o operador do direito em tela, que Madalena propusera o mandado de segurança muito mais como forma de atingir ao seu rival Naum, do que propriamente desejar

o bem-estar das crianças. Afinal, a honra de Madalena passara a ser constantemente atingida desde a impugnação aos cálculos apresentados pelo perito contador no processo de n. 03/1987, em março de 1.988.

Portanto, para o procurador de justiça não houve quaisquer ilegalidades praticadas pelo juiz singular, responsável direto pelo acompanhamento das provas produzidas, e o mais competente para analisá-las. Em síntese, se o juiz monocrático despachou em sentido contrário ao de Madalena, foi porque tinha se convencido disso e ele também.

III. 2. 8. Abram alas para três processos promovidos por Naum: da cautelar de “arrolamento de bens” à ação de “guarda e responsabilidade definitiva”!

No dia 14 de novembro de 1988, a Dra. Salvadora ingressou com novo processo contra Madalena, de natureza cautelar tal como o de separação de corpos, e denominado de arrolamento de bens (processo n.07/1988). Pelo cabeçalho da petição inicial, presumo que Naum ainda não obtivera resultado do mandado de segurança, pois estava habitando na companhia de suas filhas no apartamento para o qual se mudara desde a separação conjugal. E através do mesmo cabeçalho, presumo que Madalena continuava com a permissão de morar na residência do casal, habitando fora dela, pois sua referência para intimação era em outro endereço, ao lado do “Bar do Augusto”.

De qualquer forma, a medida cautelar de arrolamento de bens proposta por Naum apresentava os mesmos suportes teóricos e práticos daquela movida por Caim contra Nelma no acórdão 02/2003. Isto é, temeroso de que Madalena viesse a dilapidar o que havia de bens móveis na residência de propriedade do casal, cuja posse (ou “usufruto”) encontrava-se provisoriamente destinada à Madalena, Naum judicialmente enumerou todos os bens que lá estavam (com base no artigo 855 do Código de Processo Civil¹⁵) e requereu ao juiz da 21ª Vara de Família que, sem ouvir a ex-esposa, deferisse o resguardo dos quarenta e três itens descritos. Desde máquina de escrever, passando por abajures, livros escolares, ferro de passar roupa, jogos de mala e chegando a utensílios domésticos em geral, a

¹⁵ - “Procede-se ao arrolamento sempre que há fundado receio de extravio ou de dissipação de bens”. (CPC, 2005:174).

medida sem o contraditório (escuta da parte adversária) baseava-se nos artigos 804 e 858, parágrafo único do mesmo código legal¹⁶ e no fato de Madalena não mais estar morando na residência, tendo deslocado mediante caminhão de mudanças, parte dos bens móveis nela existentes (por ela admitido judicialmente).

Ao receber o despacho liminar positivo em relação ao arrolamento de bens, designando Naum como depositário dos bens suscetíveis de extravio, Dra. Salvadora procurou agilizar a propositura da ação principal que sustentava a razão de ser da medida cautelar. Pelo que pude inferir, tal medida principal materializou-se no processo de n.08/1988, proposto no mesmo dia que a citada advogada propusera a cautelar de arrolamento de bens (14 de novembro de 1988). O objetivo central deste novo processo era realizar tanto a avaliação (por peritos competentes) quanto a posterior venda do único imóvel restante de propriedade do casal, conforme fora previsto em sentença de separação conjugal. Além da avaliação do imóvel, Dra. Salvadora solicitava que os pertences também o fossem, e ao término requereu ainda:

Que após deduzidas as despesas, o produto da alienação seja partilhado em partes iguais, entre as partes, com a ressalva de que a requerida só poderá receber sua parte legal, após **comprovar** perante esse Juízo, a devolução de todos os bens móveis do casal, equivalente a quatro mil OTNs. Caso contrário, deverá ser deduzido da sua meação, na época do recebimento, o valor da parte dos bens móveis, referente ao requerente, que equivale a dois mil OTNs, atualizados mensalmente. **(Negritos meus)**.

Na lógica vingativa ou da revanche travestida do “toma-lá-dá-cá”, quase mais nenhum suspiro por parte de Dra. Eutanásia podia ser escutado, pois todos os passos nos últimos seis meses estavam sendo dados por Dra. Salvadora rumo ao xeque-mate de sua adversária. Aquela ao primar pelas minúcias de detalhes mostrou o fato modificativo – e extintivo/impeditivo em relação às arguições de Madalena. Não digo isso por quaisquer parcialidades, mas pela análise dos documentos, à medida que o dia 14 de novembro de 1988 não foi apenas a data

¹⁶ - “Produzidas as provas em justificação prévia, o juiz, convencendo-se de que o interesse do requerente corre sério risco, deferirá a medida, nomeando depositário dos bens. Parágrafo único. O possuidor ou detentor dos bens será ouvido se a audiência não comprometer a finalidade da medida”. (CPC, 2005:174-75). E: “é lícito ao juiz conceder liminarmente ou após justificação prévia a medida cautelar, sem ouvir o réu, quando verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz; caso em que poderá determinar que o requerente preste caução real ou fidejussória de ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer”. (idem: 168).

marco para o protocolo da cautelar de arrolamento de bens e da ação de alienação judicial, mas também do protocolo do pedido definitivo de guarda e responsabilidade das filhas por parte de Naum, combinado com o pedido de alimentos a serem pagos por Madalena às crianças. Tratava-se do processo de n.09/1988.

Se me referi ao mandado de segurança (processo n.06/1988) como o espaço no qual a advogada de Madalena sintetizou o roteiro de todos os acontecimentos relevantes que cercavam as disputas do ex-casal, agora foi o momento de Dra. Salvadora fazê-lo no processo de guarda definitiva (m.09/1988). E assim o fez:

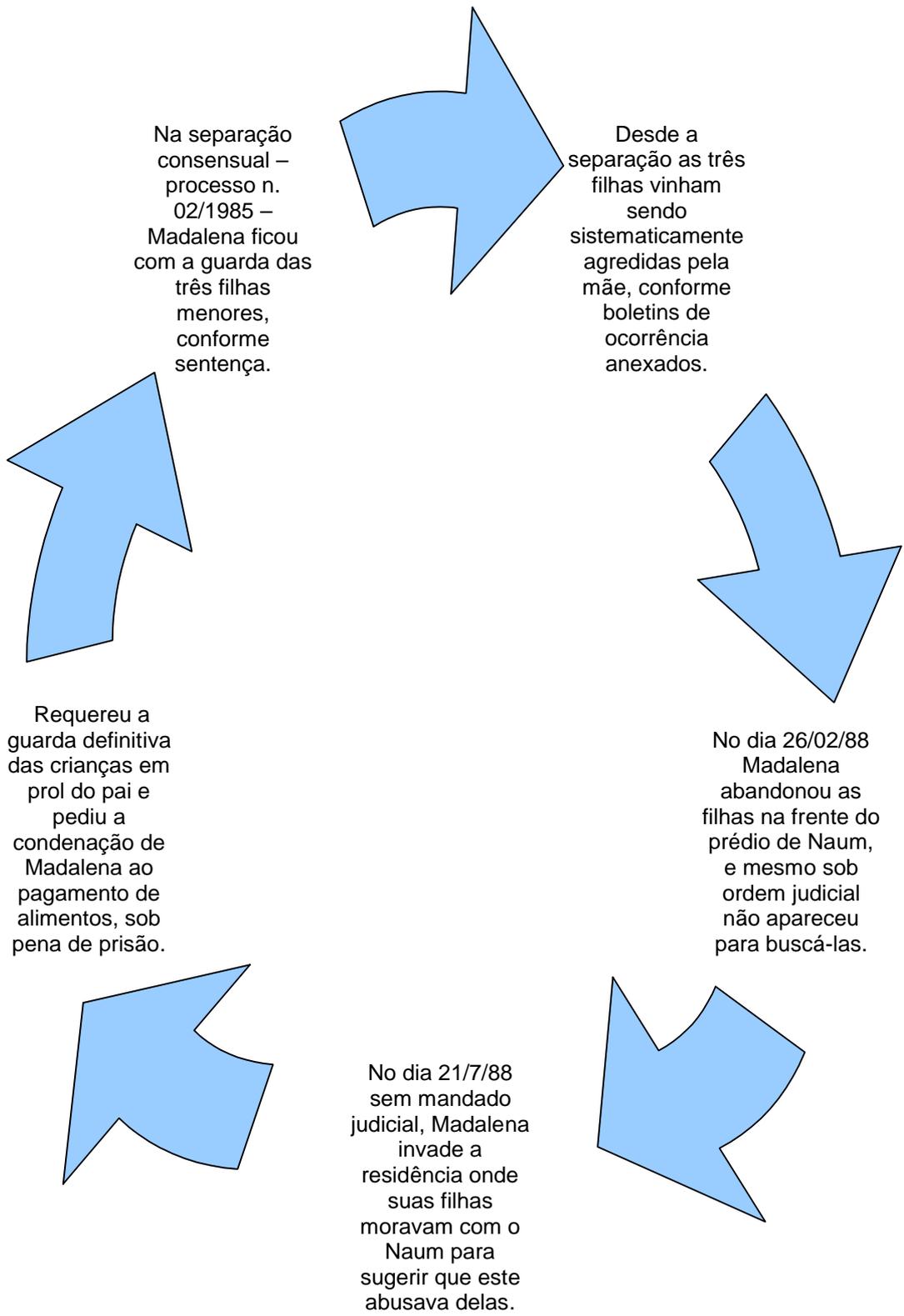
1- Em ação de Separação Judicial Consensual do casal, autos n. 02/1985, coube à requerida a guarda e responsabilidade das filhas do casal, Ana Júlia, Agnes e Marina, com 14, 13 e 9 anos de idade, respectivamente. (certidão anexa).

2- As filhas, desde essa data, vinham sendo agredidas fisicamente pela mãe, a requerida, conforme registro de ocorrência do Distrito Policial, da Delegacia de Proteção ao Menor, documento juntado.

3- Em data de 26/2/88, a requerida abandonou suas três filhas no pátio do prédio onde reside o Autor, um apto de 70m², juntamente com seus animais de estimação: um cachorro e um gato, não aparecendo até a presente data, para buscá-las e reassumir a guarda, mesmo após ingressar o autor com uma Execução de Sentença, referente a GUARDA E RESPONSABILIDADE DAS MENORES, autos n. 05/1988, sendo esta devidamente citada;

4- A requerida, em data de 21/7/88, sem mandado judicial, tentou adentrar na casa que o Autor residia com suas filhas, por sábia determinação desse Juízo, agredindo-o e às filhas, física e moralmente, com palavras de baixo calão, inclusive sugerindo, ter o requerente relacionamento sexual com as filhas, na presença das menores e das testemunhas presentes no local, conforme registro de ocorrência, junto ao 3º D.P., da Capital, documento juntado. (...).

Isto posto, como bem se coloca na linguagem jurídica, requereu a guarda definitiva das filhas em favor de Naum, e ao término, que Madalena fosse condenada ao pagamento de alimentos às crianças sob pena de prisão. Donde o esquema lógico indutivo produzido pela Dra. Salvadora poderia assim ser idealizado:



No processo de guarda definitiva, n.09/1988, um novo e importante fato foi ventilado pela Dra. Salvadora que se alegado pela parte contrária, soaria muito mal para seu cliente, qual fora: a afirmação de que Naum abusava sexualmente de suas filhas. Seguindo sua estratégia, a advogada de Naum imputou tal assertiva “absurda” às agressões morais e físicas de Madalena, estando a profissional amparada por um boletim de ocorrência feito por seu cliente contra a ex-esposa. Como se não bastasse, utilizou-o como prova no processo de guarda definitiva.

Depois de algum tempo sem se pronunciar judicialmente, a Dra. Eutanásia foi intimada para contestar a petição inicial tanto no processo de alienação judicial (n.08/1988) quanto no de guarda (n.09/1988).

No processo de alienação judicial, Dra. Eutanásia restringiu-se a dizer no dia 09 de fevereiro de 1989 que em relação aos bens móveis a partilha havia sido feita quando o casal se separou judicialmente, cabendo à Naum um sofá, dezoito talheres, dentre outros utensílios domésticos enumerados. Nenhuma prova deste acordo fora juntada, apenas a palavra de ambos os litigantes. Ainda quanto aos bens móveis referidos por Dra. Salvadora na petição inicial, Dra. Eutanásia destacou que houvera a omissão de um dos bens pertencente ao casal, a saber: um título patrimonial no clube Maravilha da cidade de médio porte catarinense onde residiam.

No que tocou à alegação de que sua cliente havia saído do imóvel, mesmo detendo o direito de nele habitar, sua representante assim justificou o comportamento de Madalena:

1- Falta de segurança, pois o ex-marido constantemente arrombava a porta da casa, agredindo-a fisicamente e ameaçando-a de morte; tendo a requerida, nestas ocasiões, registrado queixas no Distrito Policial, além de ter sido a casa assaltada três vezes num período de um ano, quando diversos objetos e jóias que lhe pertenciam foram roubados;

2- Total impossibilidade de arcar com as despesas da casa, uma vez que a pensão dada pelo requerente é de cinco cruzados novos. Assim sendo, quando da transferência dos móveis da residência, a requerida levou a estante e o armário da cozinha, deixando na casa para o requerente, o armário de banheiro e o jogo de quarto de casal, construídos com material importado, e sendo portanto, móveis de valor superior aos que transferiu da residência.

Desta forma, recusa-se a requerida a pagar o referido valor de 2.000 OTNs, pelos móveis que transferiu, uma vez que a parte dos móveis do requerente encontra-se na casa para serem retirados pelo mesmo, quando da venda da casa.

Da mesma forma que Madalena foi acusada de ter retirado ilegalmente bens do referido imóvel, Dra. Eutanásia acusou Naum à época de sua retirada da casa por força da liminar do mandado de segurança, de ter se apropriado indevidamente de bens pertencentes ao montante do casal. Para fortalecer a acusação de apropriação indevida por parte do adversário, Dra. Eutanásia também juntou um boletim de ocorrência formulado por Madalena no dia 27 de julho de 1988. Baseada nessa conduta de Naum, a advogada requereu que fosse descontada de sua parte na partilha da venda dos bens móveis e imóveis a quantia de mil cruzados novos. Ao contrário do que pedira a Dra. Salvadora, a representante de Madalena contentou-se em afirmar que as chaves da casa a ser vendida ficariam em posse de sua cliente, como constava em carta de sentença no processo de n.02/1985. E mais: não haveria outra solução na sua visão, pois o imóvel encontrava-se alugado conforme fora comunicado e consentido por Naum no processo de n.03/1987, atinente à execução de alimentos. “Ante ao exposto, requer a Vossa Excelência, que seja processada a presente partilha, uma vez que a requerida também tem interesse na mesma”.

III. 2. 9. “Para não ser preso, Naum, ficou com as crianças e delas abusava”!

No dia 15 de fevereiro de 1989, Dra. Eutanásia protocolou a contestação à petição inicial de guarda cumulada com alimentos a serem pagos por sua cliente. Talvez seja um dos mais polêmicos documentos dentre todos os até então relatados. Por um único motivo: a advogada de Madalena afirmou sem maiores rodeios que Naum para não ser preso ficou com as crianças, muito embora nunca tivesse exercido seu direito de visitas, quando as mesmas estavam sob os cuidados da mãe.

Porém, a polêmica não residiu nessa inferência sem quaisquer correspondências traduzidas em provas (evidências materiais documentais ou testemunhais) por Dra. Eutanásia. Mas em outras inferências que começaram com a afirmação de que Naum instigou as crianças contra a mãe, fazendo-as acreditar que “a mãe as havia abandonado para ir viver com um namorado”. Onde se tornaram compreensíveis os motivos que levavam as filhas a não desejarem ficar com a mãe: pressão paterna. “Além do mais, as meninas presenciaram várias cenas de agressão contra a mãe, e sabem do que o pai é

capaz, quando é contrariado em suas decisões. As crianças têm **MEDO**".
(Negritos do original).

Para a Dra. Eutanásia a perversidade do pai não estava apenas nas agressões perpetradas contra Madalena, e atestadas no processo com alguns boletins de ocorrência contendo remissões a testemunhas oculares. Mas, residia no fato de Naum abusar sexualmente de suas filhas.

Quanto ao fato da requerida ter "sugerido" que o requerente tem relacionamento sexual com as filhas, isto jamais foi dito nesta ocasião. Entretanto, não causa estranheza, que o requerente levante este fato a Vossa Excelência. É visível que está se defendendo antecipadamente de algo que suspeita, viria à tona. É verdade, Excelência, que o requerente mantém um comportamento incestuoso com as filhas mais velhas, Ana Júlia e Agnes. E é aqui necessário revelar, que tal comportamento acontecia com a filha mais velha, desde a idade de 05 anos. Por várias vezes, a requerida surpreendeu o pai, quando este se embebedava, sentado na cama da menina, completamente nu, em estado de ereção, fazendo carinhos no corpo da filha. Durante muitos anos, a requerida não soube como lidar com este fato, e por inibição, vergonha e medo de traumatizar a menina, escondia o fato.

(...)

É perfeitamente compreensível que as crianças não queiram morar com a mãe:

- a) têm medo do pai;
- b) têm medo de passarem privações;
- c) têm medo de ter sua paz perturbada com as agressões do pai, contra a mãe;
- d) estão movidas por um forte complexo de culpa em relação à mãe, e não sabem como lidar com isto;
- e) têm relação edipiana exacerbada com o pai;
- f) estão sob pressão do pai, que manobra suas mentes, levando-as a negar a realidade, conforme se pode constatar nas gravações das fitas cassetes. (Grifos do original).

Ao mesmo tempo em que Dra. Eutanásia afirma que não disse em ocasiões passadas que Naum abusava de suas filhas, em ato contínuo diz que essa afirmação é verdadeira. As fitas cassetes coladas aos autos do processo corroboram, na opinião de Dra. Eutanásia o afeto das filhas para com a mãe e a pressão psicológica sofrida por elas pelo pai. Não há menção de como foram gravadas as fitas cassetes, apesar de eu ter obtido esta informação nas entrevistas com Madalena. Assim, restringindo-me aos discursos jurídicos constantes nos autos do processo, se os conteúdos das gravações (bilhetes, cartas, etc.) evidenciam a afetividade existente entre filhas e mãe, a própria contestação de Dra. Eutanásia pode induzir o leitor ao contrário, quando logo abaixo do acima transcrito, a mesma acrescentou que:

Vale observar que este acordo teve como objetivo dar um pouco de serenidade à requerida, que neste período encontrava-se emocionalmente abalada com a bofetada que recebeu da filha mais velha de nome Ana Júlia, na sala de espera de audiência, neste Juízo, episódio lamentável, presenciado por Serventuário e de conhecimento do Dr. Promotor de Justiça – Dr. Sérgio e do Juiz Titular – Dr. Ivan, instigada e preparada que foi, pelo pai.

Tentando colar a agressão desferida pela filha primogênita contra a mãe – presenciada pelo promotor e pelo juiz, à alegação de que Naum manipulava as três meninas, além de abusá-las, Dra. Eutanásia deixa transparecer uma possível característica quanto à produção de provas de fatos difíceis de serem testemunhados. Em outras palavras: ao fazer menção aos abusos sexuais incestuosos, Dra. Eutanásia correlacionou algumas cenas vistas por Madalena, e por mais ninguém. Tendo ciência (ou não) da fragilidade dessa testemunha ocular, já que é justamente com quem Naum guerreia no contexto judicial, Dra. Eutanásia deslocou rapidamente seus argumentos probatórios para o terreno movediço da intencionalidade e da personalidade de Naum. Como destaquei anteriormente, a lógica do inquérito ou do resgate de uma realidade passada, com a pretensão de reconstituí-la tal como ocorrera, vincula-se tanto para Morelli quanto para Freud, às minúcias e aos detalhes que passam despercebidos e se referem, geralmente, a comportamentos inconscientes do autor.

Seguindo este raciocínio, Dra. Eutanásia em seus pedidos requereu que as meninas fossem avaliadas por perito judicial, psiquiatria ou psicólogo, e somente “depois do diagnóstico”, ouvidas em Juízo, bem como, requereu que Naum fosse submetido à avaliação de sanidade mental. Dos demais pedidos, reproduzo os seguintes:

1. A improcedência da presente ação, uma vez que a requerida não tem rendimento algum que permita o pagamento de alimentos às suas filhas, perquirindo-se como poderá dar alimentos, se a requerida pleiteia neste Juízo, Revisão de Alimentos e Execução de alimentos (letra b – fls.04).
2. A condenação do autor nas comissões legais;
3. A requerida questiona qual a conduta censurável da genitora. Pelo contrário, tem-se mostrado íntegra e idônea.
(...).
5. Requer lhe seja concedida regulamentação de visitas às filhas, com guarda provisória ao pai, até que sejam julgadas as ações que tramitam neste r. Juízo, em que são partes o autor e a requerida;
6. Requer a este Juízo, que sejam lidos atentamente, todos os documentos em anexo, bem como as cartas, e bilhetes que as crianças escreviam à mãe, e em especial, que sejam ouvidas minuciosamente as fitas gravadas (em anexo), onde

se pode comprovar claramente a ótima relação que existia entre mãe e filhas e como as crianças viam o pai. Assim é facilmente constatável que as crianças estão sendo submetidas a forte pressão do pai, que tem como único intuito, o de se vingar da ex-esposa, através das filhas;

(...).

8. Requer, finalmente, a reunião de todas as ações entre as mesmas partes, que tramitam neste respeitável Juízo, conforme estabelece o artigo 105 do CPC¹⁷;

9. Requer, ainda, os benefícios da Assistência Judiciária, por não dispor de recursos para o pagamento de custas e honorários advocatícios, por estar desempregada e por não dispor de meios para custear as despesas processuais, nos termos da Lei 1.060 , de 05.02.50.

No próprio espaço existente em qualquer petição inicial, contestação, etc..., entre o destinatário do documento (Vossa Excelência de tal Vara de tal Cidade), e o cabeçalho contendo a qualificação das partes litigantes, o juiz substituto da 21ª Vara de Família despachou à mão, no dia 16 de fevereiro de 1989, ordenando que: “Diga o Autor em 10 dias. Após, vistas ao Ministério Público”.

No prazo ordenado pelo juiz, Dra. Salvadora protocolou a impugnação à contestação elaborada por Dra. Eutanásia. Do extenso documento, importantes articulações entre narrativas e evidências foram resgatadas e regadas pela advogada de Naum, partindo do pressuposto de que há um ano atrás fora ela quem jogara a primeira semente em seu terreno probatório ao alegar o abandono das filhas por Madalena.

O tom da impugnação já é tocado desde o início, quando Dra. Salvadora assim iniciou suas considerações, antes mesmo de começar a impugnação propriamente dita:

É com profundo constrangimento e até mesmo acabrunhado, que o autor se vê na obrigação de ter de rebater acusações tão sórdidas, falsas e maldosas, envolvendo crianças inocentes. (fls.44, 45, dos autos). Até que ponto chega a perfidia de uma mãe, que tem a coragem de enlamar, de caluniar suas próprias filhas, para conseguir seus perversos intentos.

Quanta baixeza, quanta ignonímia !!!

Como pode um ser humano, especialmente a própria mãe, descer a nível tão baixo!!!

¹⁷ - Diz o artigo 105 do Código de Processo Civil: “Havendo conexão ou continência o juiz, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, pode ordenar a reunião de ações propostas em separado, a fim de que sejam decididas simultaneamente”. Para se entender o que é “conexão”, diz o artigo 103 do mesmo Código: “reputam-se conexas duas ou mais ações, quando lhes for comum o objeto ou a causa de pedir”. E a “continência”: “dá-se a continência entre duas ou mais ações sempre que há identidade quanto às partes e à causa de pedir, mas o objeto de uma, por ser mais amplo, abrange o da outra”.

Como o propósito de desmoralizar, de deneigrar a conduta de seu ex-marido, não exitou em se valer da inocência de suas filhas, envolvendo-as num escândalo, que só uma mente doentia, insana, seria capaz de imaginar.

Isto só vem a provar, que a requerida não encontrando recursos legais para se apoiar, desesperada, usa sua sórdida imaginação para conseguir o que almeja. (...).

Ficou devidamente demonstrado na petição apresentada pela requerida, o caráter, a personalidade doentia da mãe, que com o intuito visivelmente perceptível de eximir-se de uma prestação alimentícia, a que foi condenada pelo digno Magistrado titular e conhecedor de todos os feitos em tramitação nesse juízo, referentemente às atrocidades realizadas pela requerida, contra o Autor. (Grifos do original e Negritos meus).

A destacada passagem que abre como um prólogo a impugnação, fez-me lembrar das aulas de processo penal na ocasião em que cursei a escola da magistratura catarinense. Em uma das aulas, o Prof. Rodrigo Pimenta enfatizava que a melhor das provas a ser utilizada em quaisquer processos (em especial criminais), configura-se como aquela que se produz a partir da argumentação ou das evidências levadas aos autos pela parte contrária. A seu ver e segundo a minha interpretação, quando essa se encaixava nos argumentos de quem não as produziu, isto é, de quem não as levou ao processo, apresentaria o condão se não de desmontar a argumentação alheia, ao menos de abalar suas estruturas. Eis o que a Dra. Salvadora anunciou com seu prólogo impugnatório. Mas não me refiro apenas às acusações quanto à personalidade de Naum feitas pela advogada de Madalena, mas, sobretudo, quanto às evidências que ela anexou à contestação.

Em primeiro lugar, Dra. Salvadora ao principiar a sua impugnação, rebate o laudo psicológico datado de agosto de 1987 que foi realizado em sua filha, Agnes, portadora de necessidades especiais auditivas. A advogada de Madalena não se ateve que nesta data as filhas estavam sob os cuidados de sua cliente, e não poupou palavras para mencionar que face ao convívio com o pai, as filhas estavam amedrontadas e sob pressão psicológica. Ora, fácil ficou para a advogada de Naum afirmar que se existiam traumas vividos pelas crianças, esses decorriam do abandono sistemático da mãe que preferia largá-las sozinhas ou com vizinhas em casa, para jogar-se na “vida noturna, teatros e viagens. (...). Ademais, Exa., quando a requerida abandonou as crianças, não o fez por falta de recursos, o fez para empreender viagens e desfrutar de uma vida mais liberada”.

No tocante à personalidade de Madalena, parece-me que Dra. Salvadora apresentava agora permissão para reforçar as remissões à moralidade da adversária de seu cliente. Ainda mais quando o assunto a ser contestado se centrou nos abusos sexuais.

Com a liminar concedida, adentrou a requerida na residência, sem a presença do Sr. Oficial de Justiça, sem mandado, e expulsou as filhas e autor, **fato presenciado por muitas testemunhas, inclusive pela própria irmã da requerida, de nome NORMA, que poderá comprovar todos esses fatos e outros realizados pela requerida**, contra suas próprias filhas e Autor, agredindo na ocasião as crianças com palavras de baixo calão, dizendo publicamente que as filhas “tinham relações sexuais com pai” (fls. 14), dos autos e prova testemunhal requerida, de pessoas presentes aos fatos. (Destaques do original). **(Negritos meus)**.

Neste momento, Dra. Salvadora recorreu às próprias relações de parentesco de Madalena para mostrar a sua insanidade e a sua perversidade. Diga-se, não se contentou em fazer referência ao testemunho presencial de sua irmã mais nova, mas também à própria mãe e à condição de especialista em psicologia desfrutada por Madalena.

Importante ressaltar, Exa., que não precisa ser Mestre em Psicologia para saber que criança não simula, não engana, não mente. **Ora, Exa., se o Autor fosse o monstro pintado pela requerida, capaz de causar medo às menores, enumerando esta uma série de monstruosidades referentes ao Autor, por que então, ela, a mãe, deixaria suas próprias filhas nas mãos desse?**

Se, pela “fictícia” necessidade alegada, por que não procurar abrigo de sua própria mãe residente também no Estreito, local onde residia? Iria entregar suas filhas justamente nas mãos de quem tanto desacata?

Causa estranheza Exa., que a requerida, num momento de desespero, por falta de recurso legal, perante esse Juízo, venha a usar de expedientes tão baixos, chegando ao ponto de difamar suas próprias filhas, agindo qual cão acuado, demonstrando nitidamente a sua preocupação não com as filhas, o que ficou bem claro, mas na pensão que terá que pagar às mesmas, conforme decisão do Juiz, fls.1, dos autos, valendo-se de expediente vil, que só poderiam povoar mentes insensíveis, insanas, comprovando (...) a personalidade doentia da requerida. Ante os fatos mencionados, a instauração de inquérito para apuração criminal contra a requerida por calúnia e difamação, se faz necessário, e a ouvida das menores perante esse Juízo, de imediato. **(Negritos meus)**.

Marcel Mauss (1981[1921]) ao descrever alguns dos ritos funerários australianos e enfatizar serem as expressões de sentimentos de cunho obrigatório, e não necessariamente, espontâneo, tal como anunciei páginas atrás, propositadamente deixei de lançar outra de suas idéias. Trata-se da observação

destes rituais de lágrimas, acompanhados de gritos, de uivos e de cantos, não serem expressos por quaisquer participantes das cerimônias. O mesmo pode-se estender para as expressões obrigatórias de sentimentos trazidas aos processos judiciais. Como antes parti da hipótese de que tais expressões de sentimentos são mais evidentes nos processos que discutem questões familiares ou da ordem do privado (do doméstico), ousou sugerir que os sujeitos que falam de sentimentos nestes contextos, para alcançarem maiores efeitos quanto às suas demonstrações, devem de preferência ter relações de parentesco com as partes litigantes (e vice-versa, se as referências são testemunhais). Assim, o que Dra. Salvadora fez foi deslegitimar os argumentos elaborados pela advogada adversária, colocando Madalena frente à sua própria mãe e à sua própria irmã caçula.

E mais: sem deixar de reiterar que Dra. Salvadora diferentemente de sua adversária, em todos os momentos em que deteve o poder de comunicação com o juiz, assim o fez referindo-se diretamente a ele, chamando-o ao diálogo através da expressão: veja Excia, ora Excia, etc. Sob essa estilística discursiva, Dra. Salvadora articulou o fato de Madalena ter deixado suas filhas não porque lhe faltava recursos financeiros, já que sua mãe morava próximo, mas por baixaza, doença mental, enfim, (...). Afinal, este é o exemplo emblemático de como se produz prova a partir de elementos lançados pelo adversário ao processo, ao qual acima destaquei: como sendo afeita aos estudos de psicologia, Madalena poderia ter deixado suas filhas nas mãos de um abusador, se ele efetivamente o fosse? Para não deixar dúvidas quanto ao silogismo praticado, Dra. Salvadora esclareceu ao juiz da 21ª Vara que Madalena estava respondendo a um processo junto ao antigo Juizado de Menores por envolvimento com drogas. **“Assim, ao tentar ludibriar a JUSTIÇA, com estórias irreais, acaba a requerida caindo em contradições e erros grotescos, perceptíveis a qualquer leigo jurídico”.** (Negritos do original).

A resposta à citada indagação acima feita não sei se será revelada pelo contexto jurídico adiante esmiuçado, porém, outras certamente o serão como, por exemplo, alguns dos doze pedidos elencados na impugnação que finalizam a exposição de Dra. Salvadora.

DE IMEDIATO, a ouvida das filhas, verdadeiramente interessadas no deslinde da questão, por ser de direito;
(...).

Se julgar necessário, a presença de assistente social na residência da requerida, para comprovar as alegações do Autor;

Não seja concedida regulamentação de visitas, face todos os motivos, fatos e comprovantes apresentados pelo autor;

Sejam as aludidas fitas mencionadas pela requerida, já retiradas dos autos, por ordem do Meritíssimo Juiz, eliminadas do feito, em virtude de que, além de não possuírem valor probatório, são de desconhecimento do autor, que não recebeu vistas das mesmas, devendo ser entregues à requerida;

A apresentação da Carteira de Trabalho, da requerida;

(...).

Promova o digno Promotor Público, a instauração do competente inquérito policial, para apuração criminal contra a requerida, por calúnia e difamação contra o autor, por ser de direito;

Que se proceda a exame de sanidade mental junto à requerida, que já deu perante esse Juízo, motivos justificadores para tal medida extrema, ao invés do Autor, que além de muito equilibrado, vem criando suas filhas num clima de segurança e afeto;

Não sejam submetidas as filhas a avaliação por psicólogos, por estarem em perfeitas condições, fato corroborado pela própria mãe, juntando histórico escolar das filhas, exemplar e gratificante, para um pai que vem se dedicando com tanto esmero e sacrifícios para com suas filhas;

(...);

Por último requer, seja expedido o competente mandado de PRISÃO, contra a requerida, já que até a presente data, apesar de devidamente citada, fl. 38v., não cumpriu a requerida com suas obrigações referentes “a contribuição para educação e manutenção de suas filhas”, conforme decisão do Juiz Titular, já que trouxe aos autos comprovantes de rendas, além de locação de residência do casal e de sua atual residência, não quitando até a presente data sua obrigação.

III. 2. 10. Desferindo acusações e recebendo-as como retribuição, Madalena aos poucos desaparecia em meio aos discursos jurídicos.

No dia 22 de março de 1989, Madalena compareceu ao Juizado de Menores para ser ouvida no processo de n.10/1989, intitulado de “situação irregular” – averiguar porque quem detém a guarda legal não a está desempenhando. O laudo a ser realizado pelas assistentes sociais junto às filhas, e à Madalena e à Naum, ficara designado para os próximos dias.

Enquanto isto, todos os processos aqui descritos encontravam-se pendentes. Mas, não necessariamente sem novidades. No dia 13 de abril de 1989, o promotor Sérgio que ao lado do juiz Ivan tinha pleno domínio dos discursos jurídicos que à frente de seus olhos circulavam, de próprio punho

produziu parecer no processo de n.09/1988, referente à guarda definitiva pleiteada por Naum contra Madalena:

M.M Juiz:

- 1- Requerem a designação de audiência de instrução e julgamento; intinem-se as testemunhas arroladas pelas partes;
- 2- Antes, que as partes sejam examinadas pela assistente social;
- 3- (...) V.Exa, determine seja descontado do aluguel recebido pela requerida o percentual de 50% para auxiliar na manutenção das filhas;
- 4 – acerca do pedido constante do item 9, do requerimento de fls. 100, (...), os crimes de calúnia e de difamação, são de ação privada devendo o requerente, se pretende, oferecer (...) a respectiva queixa-crime perante o juízo competente.
- 5- Acerca, finalmente, da solicitação para que sejam oficiadas todas as agências bancárias da cidade de médio porte catarinense, parece-nos mais plausível (não está inteligível) que o requerente pesquise em quais deles a requerida possa ter depositado, refazendo o pedido.

Dr. Sérgio acatou basicamente todos os pedidos de Dra. Salvadora, ao descartar indiretamente a avaliação psicológica de Naum e de suas filhas; ao determinar que o aluguel recebido apenas por Madalena da casa ainda pertencente também a Naum fosse com ele partilhado e, ao consentir com a marcação de audiência instrutória – voltada à produção das provas, em especial, as testemunhais.

No dia 08 de maio de 1989, a assistente social designada pelo Juizado de Menores entregou ao juiz titular e administrador do processo n.10/1989 (situação irregular), o laudo social realizado após visita à residência de Naum e de suas três filhas. Alertando a meritíssima magistrada que as crianças estavam sob a guarda provisória do pai, mas que na 21ª Vara de Família que a concedera estava tramitando o pedido definitivo, a assistente Dolores, concluiu os três parágrafos sucintos de seu laudo, dizendo que:

Segundo Sr. Naum ele não tem medido esforços para proporcionar às filhas, uma assistência adequada. Demonstrou preocupação em prepará-las para o futuro, investindo nos estudos das mesmas. Marina, 09 anos, frequenta a 3ª série do Colégio Tal; Agnes, 16 anos, deficiente auditiva, frequenta a 6ª série da classe normal, também no Tal; Ana Júlia, 14 anos, frequenta a 8ª série no Qual. Todas apresentam bom rendimento escolar e demonstraram boa motivação para os estudos.

Observamos que existe bom relacionamento entre menores e pai e que estas rejeitam a possibilidade de retomarem a convivência com a mãe.

Aos poucos com o passar dos dias, horas e meses, os processos foram caminhando para os seus términos. No dia 18 de maio de 1989, o Dr. Sérgio, promotor da 21ª Vara, concedeu parecer antes da sentença, no processo de n.04/1987, referente ao pedido de exoneração de alimentos em relação à Madalena. Totalmente convencido do conjunto probatório produzido pela Dra. Salvadora, o promotor não titubeou em descaracterizar qualquer procedência no que dizia respeito a qualquer auxílio monetário por parte de Naum à sua ex-esposa. De mais a mais:

Acerca do pedido de exoneração, as provas trazidas aos autos confirmam integralmente as alegações do autor no sentido de que não possui as mínimas condições de manter os alimentos para a ex-mulher. Tendo acolhido as filhas, abandonadas pela ré à porta de seu apartamento, matriculando-as em colégio particular, já que até, então, tinham ensino gratuito, o autor, evidentemente, teve suas despesas aumentadas, circunstância que, por si só, justifica o pleito. Nem se diga, como pretende a reconvinte, que a frequência das menores a ensino pago revela a estabilidade financeira de NAUM. **A sua atitude, antes de outra conclusão, demonstra, isto sim, uma preocupação, até elogiável, em oferecer às filhas a educação que lhe parece melhor. Ademais, contrariando a impressão da ex-mulher, colhe-se do elenco probatório que o autor, para manter-se e às menores, teve que se desfazer de um consórcio de automóveis, além da única linha telefônica que mantinha no apartamento, circunstância reveladora, pela inegável utilidade do telefone, de que a sua situação financeira não permite, realmente, continue a pensionar MADALENA.** Esta, aliás, sozinha, com a renda do aluguel da casa do casal, aparentemente, pelo menos, possui, hoje, uma situação mais estável, como sugere a propriedade e conseqüente manutenção de um automóvel. (Negritos meus).

De posse do laudo social entregue pela assistente social no dia 08 de maio (feito com base em visitas à residência de Naum e das filhas), o juiz titular do Juizado de Menores reforçou a conveniência do despacho do seu colega magistrado lotado na 21ª Vara de Família, aduzindo que as filhas deveriam permanecer com Naum e deferindo:

(...) as promoções de fls. 13, ante a notícia de envolvimento da mãe das menores, Sra. Madalena, com tóxicos, em reuniões de que participa, e determino a remessa de cópia das peças de fls. 02 a 07, 13, 17 a 20, à Superintendência da Polícia Federal de SC, para os fins devidos. (Grifos do original).

Em despacho proferido no processo de n.09/1988 (da guarda definitiva combinada com alimentos a serem pagos por Madalena), o juiz Ivan determinou que fosse realizado estudo social pela assistente social judicial – Anette – com Madalena e seu adversário Naum. Alguns trechos do extenso laudo entregue pela assistente (em 05 de junho de 1989) ao juiz merecem destaque:

Sentimos que Naum respeita a individualidade da filhas e com o passar do tempo adquiriu a confiança das mesmas.

Até o momento, Naum não refez sua vida afetiva e diz estar descrente no casamento.

(...).

Várias vezes, durante o estudo realizado, tentamos ponderar com as menores sobre todo o lado positivo que viveram com a mãe, para que não alimentassem tanta revolta contra a mesma, porém, nada do que dissemos ou fizemos conseguiu amenizar a situação.

Tentamos também sensibilizá-las para que pudessem compreender e perdoar a mãe, mas isto não foi possível.

Buscamos uma tentativa de reaproximação entre mãe e filhas, que resultou fracassada, porque em hipótese alguma elas compreendem ou perdoam a mãe.

Sentimos que no mundo em que convivem, pelo menos por enquanto, não há lugar para sua mãe, pois Naum tornou-se para elas, pai e mãe simultaneamente.

Apesar da revolta, estão felizes em companhia do pai e é com ele que querem permanecer.

Por tudo o que foi exposto, somos favoráveis a que as menores (...), permaneçam em companhia do pai.

O processo de reaproximação entre mãe e filhas, deve ao nosso ver, partir de Madalena e será árduo e difícil e os resultados serão colhidos a longo prazo.

Seguindo a praxe processual baseada na premissa de que após o parecer produzido pelo Ministério Público que sucede a coleta de provas (audiências de instrução e julgamento), é a vez do juiz redigir a sua sentença, aos 12 de junho de 1989, o Dr. Ivan colocou um fim no processo de n.04/1987 (execução de sentença em virtude da guarda e dos alimentos previstos em separação amigável). Aliás, a ação proposta por Naum carregava consigo todas as outras, face à dependência e à conexão mantidas com as demais, explicadas ao longo deste capítulo.

O desemprego justificado de Naum; o sacrifício de Naum em manter as filhas muito embora tivesse perdido todo o investimento da venda de sua indústria na bolsa de valores; o acontecimento confessado de Madalena em relação ao abandono das filhas; o acordo assinado entre as partes após a audiência de instrução e julgamento, o qual Madalena na última hora negou-se a assinar; a

ausência de Madalena em uma das audiências; a reforçada recusa de Madalena em efetuar uma conciliação e outras tantas minúcias estratégicas acima narradas, compuseram o relato da sentença do juiz Ivan e, subsidiaram seu convencimento em prol de Naum.

Das três laudas constitutivas do “livre convencimento” de Dr. Ivan, destaco os trechos destinados à sua decisão, lembrando ao leitor que toda sentença (e acórdão dos Tribunais recursais) é composta do relatório e em ato contínuo do voto¹⁸.

Como frisou o ilustre representante do Ministério Público, o autor deve ser exonerado do pagamento da prestação alimentícia destinada às filhas do casal.

A própria ré confessa na reconvenção que apresentou a fls. 31 que deixou as filhas em companhia do reconvindo.

No que concerne aos alimentos pretendidos pela reconvinte¹⁹, ficou demonstrado, através dos documentos anexados à inicial e às petições de fls. 29 e 99 não impugnados, a sua desnecessidade.

As testemunhas ouvidas informaram da incapacidade do autor-reconvindo de prestar alimentos e que a reconvinte locou a casa do casal, sobrevive de biscates e foi morar com um amigo do grupo de teatro, ou amiga, e possui um carro “voyage” ano 86.

Deixo de manifestar-me sobre os demais pedidos por estranhos à relação processual.

Por estas razões, julgo procedente a ação e improcedente a reconvenção.

Condeno a ré-reconvinte ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios que arbitro em um salário mínimo.

P.R.²⁰. **(Negritos meus e do original).**

Em suma, as provas que basearam o livre convencimento do juiz na descoberta da verdade Real dos fatos foram as seguintes:

1ª – Parecer do Ministério Público;

2ª – Confissão de Madalena quanto ao fato de ter deixado (“abandonado”) as filhas com Naum;

3ª – Documentos não contestados por Madalena, assumindo que seus conteúdos eram verdadeiros como os extratos bancários atestando a perda do

¹⁸ - O relatório refere-se à descrição que o magistrado faz em relação a todos os atos processuais praticados pelas partes litigantes e pelos operadores do direito. O voto ou decisão refere-se à opinião do juiz – obrigatoriamente fundamentada através das verdades morais judiciais, em relação ao conflito e à versão por ele eleita como a verdadeira.

¹⁹ - Nota minha: termo referente àquele ou àquela litigante que propõe através de seu advogado, além da contestação à petição inicial que deu origem a dado processo, outro documento chamado de “reconvenção”. Nessa, o advogado pretende mostrar ao juiz que “na realidade” quem deveria ser o autor da ação não é aquele que propôs a petição inicial, mas o seu cliente, pois é ele quem foi ofendido em seus direitos. Ou seja, de réu deseja passar à condição de autor.

²⁰ - Abreviatura de publique-se, registre-se e intime-se.

montante investido na bolsa de valores. Algo correspondente ao que se denomina de fatos incontroversos veiculado pelo artigo 334, inciso III do Código de Processo Civil²¹;

4ª – As testemunhas de Naum que confirmaram estar ele desempregado e não ter condições de arcar com os alimentos para Madalena e;

5ª – As testemunhas de Naum e/ou de Madalena que disseram que ela locou a casa; sobrevivia de “biscates”, foi morar com um amigo ou amiga, e, finalmente, possuía um carro de marca Voyage, ano 1986.

Madalena recusara-se a assinar o acordo que poria fim ao processo de n.04/1987 e a todos os outros que com ele mantinham vínculo, na audiência do dia 13 de abril de 1988, destinada à conciliação do casal. Não tardou muito para que ela fosse convencida ou se convencesse de que no contexto judicial o universo conspirava a favor de seu adversário. No dia 04 de outubro de 1989, Madalena sucumbiu à assinatura do acordo que foi elaborado por ambas as advogadas e que continha as seguintes determinações judiciais homologadas pelo promotor Dr. Sérgio e por Vossa Excelência, Dr. Ivan:

1. As filhas do casal ficarão sob a guarda e responsabilidade do pai, NAUM, podendo a mãe visitá-las livremente de acordo com interesse e disponibilidade das mesmas e do pai.
2. A requerente contribuirá com dois salários mínimos a título de pensão alimentícia para criação e manutenção de suas filhas, dividida igualmente entre os menores. A pensão acima convencionada será devida após dois anos a partir da homologação do presente acordo, devendo a mencionada pensão ser depositada em caderneta de poupança, junto ao Banco Bamerindus (...), a ser indicada pelo requerente NAUM, podendo o mesmo movimentá-la independente de alvará judicial.
3. Os aluguéis percebidos pela requerente MADALENA, referente ao imóvel pertencente ainda ao casal já separado, reverterão exclusivamente para a requerente, dando o requerente NAUM, plena e geral quitação, inclusive dos aluguéis vincendos até a venda efetiva do respectivo imóvel.
4. A requerente MADALENA renuncia em favor do requerente NAUM a meação que detém no título do clube de recreação “Maravilha” (...).
5. Os requerentes renunciam aos créditos que teriam nos autos de ação de execução de alimentos n. 03/1987.
6. A requerente MADALENA na assinatura do presente acordo, entregará ao requerente NAUM os seguintes móveis: 01 escrivaninha, 02 camas cor de rosa; etc.
7. As custas finais dos processos acima citados serão pagos pelas partes, ou seja, divididas igualmente para cada, sendo que a requerente MADALENA arcará com os honorários de sua patrona.

²¹ - Prescreve o artigo 334, inciso III do CPC: “Não dependem de prova os fatos: III – admitidos, no processo, como incontroversos” (CPC, 2007).

Ante ao exposto requerem a homologação do presente acordo para que surta seus efeitos legais.

Do acordo inicial, passando pelas inúmeras brigas, tudo aparentemente havia sido resolvido através de novo acordo no ambiente do judiciário. Como consequência da homologação da petição acima descrita, todos os demais processos envolvendo as disputas entre Madalena e Naum foram arquivados. Contudo (...), eis que (...).

III. 3. Fragmentos de discursos nem sempre amorosos entre Agnes e Naum!

III. 3.1. As acusações de Agnes contra o pai dão surgimento ao processo de danos morais.

Em junho de 2000, ou seja, anos depois do encerramento dos processos vividos por Madalena contra Naum (e vice-versa), Agnes contratou três advogadas (Dra. Da Paz; Dra. Fortaleza e Dra. Ferina) para representá-la judicialmente no processo de n.11/2000, intitulado de “ação de indenização de responsabilidade civil por danos morais”, e proposto contra Naum, seu pai e genitor.

No cabeçalho da petição inicial Agnes foi qualificada como estudante e seu adversário como empresário, bem como, a ação foi anunciada de pronto como baseada nas verdades morais abstratas legais constantes no artigo 159 do Código de Processo Civil; no artigo 5º, inciso LXXIV da Constituição Federal e na lei n.1060/50. Adiante as advogadas corrigiram a errônea remissão feita ao artigo 159 como sendo do Código de Processo, mas que se referia ao Código Civil de 1916.

Ao todo a petição inicial contou com dezesseis laudas que foram sistematizadas em três grandes tópicos, a saber: I – DOS FATOS; II – DO DIREITO e III – DOS PEDIDOS.

No primeiro item, Dra. Ferina (e as demais) adotou a estratégia de afirmar a existência de duas testemunhas diretas (as duas irmãs de Agnes) e de cinco

testemunhas indiretas (a mãe de Agnes – Madalena; a tia materna – Norma; um grupo de amigos virtuais que Agnes conheceu através da internet; uma professora de Agnes e a fonoaudióloga de Agnes) que tomaram contato com os abusos sexuais praticados por Naum contra Agnes.

Com uma riqueza de detalhes, as advogadas tentaram lançar ao longo das descrições que envolviam os abusos, determinadas assertivas como se estivessem prevendo os prováveis contra-argumentos que seriam elaborados na contestação de Naum. Sob esse raciocínio, Dra. Ferina argumentou que Naum negava os fatos ao ser inquirido por Agnes, ora quando essa viu por duas vezes o pai abusando sexualmente de sua irmã mais velha – Ana Júlia, ora quando Agnes pedia esclarecimentos ao pai após os abusos sofridos.

Quando a requerente pedia explicações ao requerido sobre seu comportamento, às vezes ele dizia que era brincadeira, outras vezes que tais fatos não existiam, que não haviam acontecido e, por outras, que era para ela não comentar com ninguém, pois isto destruiria sua família, deixando assim, a cabeça da requerente na maior confusão.

Com relação aos abusos praticados contra a sua outra irmã, as advogadas descreveram que:

Passado algum tempo, a requerente levantou durante a madrugada para tomar água e viu seu pai e sua irmã mais velha sem as roupas de baixo.

Ao ver a cena, Agnes ficou estática, tremendo, pois sua irmã estava de pé e seu pai, requerido, estava na sua frente, de joelhos, com o pênis ereto e praticando coito anal.

Quando notaram a presença da requerente, ele se vestiu e saiu, sem conseguir falar nada, de tão aterrorizada e, na manhã seguinte, o requerido tentou convencê-la de que ela estava “vendo” coisas que não aconteciam.

Sem precisar quando os acontecimentos criminosos narrados aconteceram (“passado algum tempo”, “em determinada oportunidade”, “na manhã seguinte”, “noutra noite”, etc.) as advogadas quando o fizeram, reportaram-se aos conflitos judiciais estabelecidos entre Naum e Madalena, sem que para tanto viessem a se certificar de que de fato eles ocorreram conforme os discursos jurídicos litigiosos envolvendo o casal apontavam. Um dos exemplos referiu-se à separação conjugal (processo n. 02/1985) e as condições que a ela foram impostas por força da sentença judicial que homologou o acordo.

Como no início deste capítulo descrevi, o acordo foi assinado em outubro de 1985 e não em agosto de 1985, como Dra. Ferina destacou no processo de danos morais, bem como, a guarda provisória somente passou a ser desempenhada pelo pai em fevereiro de 1988, quando Madalena deixou-as com Naum, e não logo após a separação conjugal como alegaram as advogadas de Agnes. Meros detalhes? Não, já que qualquer descuido na maneira como as palavras são grafadas e na forma como elas são encadeadas pelos representantes das partes litigantes nos documentos judiciais, isto é, na ritualística processual, pode custar o próprio livre convencimento do magistrado que se deseja conquistar.

Ainda seguindo a estratégia argumentativa das advogadas que sugeri ter se pautado na previsão do que o adversário poderia contra elas utilizar em sua contestação, Dra. Ferina esclareceu que o pai convenceu as filhas que sua mãe as havia abandonado e que não as amava. Ou seja, com o abandono materno a fragilidade das crianças se acentuaria, permitindo que o pai obtivesse maior êxito nos seus “desejos lúbricos”.

Assim, uma das principais características dos abusos sexuais intrafamiliares pôde ser bem esclarecido pelas advogadas, na medida em que ele pressupõe o pacto de silêncio produzido entre abusador(a) e abusados(as), graças ao qual tende a perdurar face ao poder paterno/materno detido pelos maiores (adultos) em relação aos menores (crianças e adolescentes). Em relação ao *modus operandi* de Naum, conforme relatos das advogadas de Agnes, o pai como não tinha camas em sua casa, realizava um rodízio com as filhas diariamente, fazendo com que a cada noite fosse uma delas que viesse a dormir com ele em sua cama de casal. Oportunidade que o facilitava na prática dos abusos praticados contra as três, acariciando-as entre as coxas e outras partes íntimas das filhas, apesar de poder vir alegar ausência de recursos financeiros para a compra de camas.

E, finalmente, Dra. Ferina e suas sócias acrescentaram no item DOS FATOS duas outras informações que poderiam ser utilizadas pelo advogado(a) de Naum, isto é, que Naum em uma das oportunidades pós-abuso procurou sua ex-cunhada que por coincidência era madrinha de Agnes, para compartilhar com ela que desconfiava que o comportamento arisco da filha se devesse ao fato de que essa era provavelmente “homossexual”, além de “surda”. Portanto, pedira à

Norma que conversasse com Agnes, que muito embora fosse surda, havia sido educada para se comunicar tanto por sinais, quanto por leitura labial. Aliás, nos argumentos costurados pelas advogadas, a surdez foi um fator fundamental para que Naum, sem que Agnes pudesse escutar e perceber sua aproximação, perpetrasse suas violências. A outra informação destacada pelas advogadas de Agnes foi de que essa havia se mudado para São Paulo ao completar vinte e quatro anos, com o consentimento do pai, uma vez que esse temia a possibilidade de todos os abusos serem pela filha ventilados.

Na parte da petição inicial destinada ao item intitulado DO DIREITO, as advogadas de Agnes basearam-se em algumas verdades morais abstratas doutrinárias, dentre elas, aquelas veiculadas pelos juristas Yussef Said Cahali, Caio Mário da Silva Pereira e em Augusto César Ramos.

Quanto a Cahali, as advogadas emprestaram do doutrinador o conceito de dano moral, para quem:

(...) Portanto, é a dor resultante da violação de um bem juridicamente tutelado, sem repercussão patrimonial. Seja dor física – dor-sensação, como denomina Carpenter – nascida de uma lesão material; seja a dor moral – dor-sentimento, de causa imaterial.

Desta forma, o dinheiro a ser recebido como contrapartida pelos danos morais, seria uma maneira de neutralizar os sentimentos negativos de dor, de tristeza e de angústia, possibilitando à ofendida “algum prazer que, em certa medida, poderia atenuar o seu sofrimento”. Talvez as advogadas explicitaram o valor do monetário, face ao fato de que não havia uma ação penal que tivesse sido proposta ainda por Agnes, isto é, o procedimento de praxe para aquelas pessoas que são agredidas sexualmente por seus pais ou padrastos não foi seguido conforme prevê a ritualística processual legal. Antes de entrar com qualquer ação civil requerendo danos morais, ingressa-se na área penal para conquistar a condenação do agressor, à medida que essa se tornará a prova indiscutível de que a reparação civil deve ser deferida. Assim, configura-se como compreensível a remissão feita pelas advogadas de Agnes ao jurista Caio Mário da Silva Pereira, quando o mesmo desenvolve sua análise para o caráter simbólico do dinheiro em casos de ofensa aos direitos de personalidade pertencentes a todos os sujeitos:

O fundamento da reparabilidade pelo dano moral está em que, a par do patrimônio em sentido técnico, o indivíduo é titular de direitos integrantes de sua personalidade, não podendo a ordem jurídica conformar-se em que sejam impunemente atingidos.

E quanto aos direitos da personalidade, a remissão doutrinária esteve balizada pelos ensinamentos do jurista Augusto César Ramos, para quem:

Os direitos da personalidade são direitos não patrimoniais e, por conseguinte, inalienáveis, intransmissíveis, imprescritíveis e irrenunciáveis. Nesses termos, todos da sociedade devem respeito a esses direitos, oponíveis erga omnes. A sua violação está a exigir uma sanção, ou seja, uma indenização pelo dano causado à vítima.

À luz do que já ensaiei a respeito das “expressões obrigatórias dos sentimentos” ou das “documentações ritualísticas dos sentimentos”, no contexto dos processos judiciais, agora emerge uma nova ilustração, ora para sustentar a hipótese de sua regulamentação por parte das verdades morais judiciais, ora para sustentar a existência de determinados sujeitos – parentes afins ou consangüíneos – que devem veiculá-los. Acompanhemos.

Quando o litígio processual vincula-se diretamente às demonstrações de sensações e de emoções que devem ser filtradas pelas linguagens técnicas-jurídicas, a fim de convertê-las em uma lógica cognitiva, deparamo-nos como é o caso das ações de danos morais, com as dificuldades emergentes das provas a serem produzidas. Em outras palavras, como provar a existência de um abuso sexual incestuoso, se as principais testemunhas diretas (que viram ou escutaram) são pessoas cujos vínculos familiares tornam-nas suscetíveis de sustentar tanto o discurso do agressor quanto o da agredida? Eis a árdua tarefa a ser desempenhada por Dra. Ferina e as demais.

Neste mesmo capítulo, retomarei a questão de que a palavra da vítima nos casos de estupros e atentados violentos incestuosos é tomada pela verdade moral jurisprudencial como prova principal, face à inexistência de testemunhas diretas, e da própria ausência de vestígios capazes de serem descobertos via exame de corpo de delito. Todavia, adianto que não se trata apenas da palavra da vítima isolada de outros indícios. No acórdão n.06/2003 (ver quadro no item I. 6.2), tal posição fica ilustrada quando o desembargador relator fundamentou a

condenação de João pela prática de inúmeros abusos sexuais contra seu filho Jean – de vinte e quatro anos e portador da síndrome de Down, afirmando que:

Como se vê, as declarações da vítima guardam perfeita harmonia com as proferidas pelas testemunhas e informante, restando isolada a assertiva do acusado de que a condenação foi baseada apenas em laudos periciais que não merecem credibilidade, pois, apesar de positivarem a presença de vestígios de atos libidinosos, não revelaram seu agente, podendo ser, neste, caso, o sobrinho da vítima de 11 anos de idade, que, também, foi apontado por ela como autor de abusos sexual sofrido em outra ocasião. (ACÓRDAO n.06/2003 – **Negritos meus).**

Portanto, a árdua tarefa de Dra. Ferina residia em demonstrar e em convencer o juiz singular quanto à harmonia entre a palavra de Agnes e todos os outros testemunhos e eventuais evidências materiais por ela apontados. E, como o próprio acórdão n.06/2003 elucida, a palavra da vítima por mais portadora que seja de alguma necessidade especial que venha a diminuir a capacidade de cognição da vítima, deve ela estar em consonância com outros elementos probatórios produzidos e mostrados ao juiz para que este os veja. Para tanto, no item destinado aos PEDIDOS, as advogadas assim requereram ao juiz, a ser definido após distribuição da petição inicial:

1. A procedência, in totum, da presente ação, com a condenação do requerido ao pagamento de quinhentos salários mínimos vigentes, a fim de coibir que isso se repita e reduza o sofrimento da requerente diante do acontecido;
2. A concessão dos benefícios do artigo 5º, LXXIV, da CRFB²² e da lei n.1.060/50, por não possuir a requerente capacidade financeira para arcar com as custas judiciais sem com isto comprometer seu sustento;
3. A citação do requerido, para que conteste a presente ação, sob pena de revelia;
4. A condenação do requerido no pagamento de custas processuais e honorários advocatícios, estes na ordem de vinte por cento sobre o valor da causa;
5. A produção de todos os meios de prova em direito admitidos, tais como documentais, periciais e testemunhais, bem como as demais que se fizerem necessárias no curso da presente ação.
6. O depoimento pessoal do requerido e de suas filhas Ana Júlia e Marina;
7. O acompanhamento, durante as audiências, de fonoaudióloga e de psicóloga, nomeadas por este juízo.

²² Nota minha: abreviatura de Constituição da República Federativa do Brasil.

Ao esmiuçar nos pedidos quais seriam as provas, sublinho o fato de que as advogadas requerem ao juiz a produção daquelas testemunhais, periciais e documentais, mas ao afirmarem o pedido de que fossem produzidas outras que se fizessem necessárias, deparamo-nos com a extrema amplitude de possibilidades no campo teórico ao falarmos em provas. Nunca esqueçamos que elas são produzidas e que devem fazer coro de maneira uníssona para que a condenação de Naum fosse possível.

O que as advogadas de Agnes não previram foi que em sua contestação, após Naum ter sido intimado pelo juiz da 24ª Vara Cível de uma cidade de médio porte catarinense, seu advogado, Dr. Glorioso, resgataria o principal trunfo conquistado por seu cliente no vitorioso desfecho dos conflitos estabelecidos com Madalena entre 1987 e 1989, a saber: o abandono das filhas pela mãe. E mais: que Naum foi qualificado após a venda de sua indústria como desempregado e, agora Dra. Ferina e suas sócias o estavam qualificando como empresário.

O Dr. Glorioso também elaborou seu documento em defesa de Naum por tópicos. Ao invés de três utilizou quatro, assim denominados: SÍNTESE FÁTICA; VERDADE DOS FATOS INEXISTÊNCIA DE NEXO CAUSAL; DIREITO – INEXISTÊNCIA DE NEXO CAUSAL E REQUERIMENTO.

No que disse respeito ao primeiro item da contestação que Dr. Glorioso protocolou aos cinco dias de setembro de 2000, restrinjo-me à sua total reprodução, visto tratar-se de um parágrafo (assim como todos os demais precedidos de um número), cujo conteúdo concede o tom empregado pelo advogado em seu discurso rumo à improcedência dos pedidos de Agnes.

01. Agnes aforou perante o Juízo da 24ª Vara Cível Ação de Indenização de responsabilidade civil por danos morais em face de seu **Pai**, Naum, objetivando provimento jurisdicional positivo de condenação do requerido em razão de alegado abuso sexual ocorrido contra si e demais irmãs no curso do convívio na mesma residência.

02. É, em apertada e necessária síntese, o relato dos fatos. (Negritos do original).

Ao se referenciar ao abuso sexual como algo alegado, o Dr. Glorioso no item destinado à descrição dos fatos, segundo a sua versão, iniciou-o explicitando quais seriam os caminhos que trilharia para produzir um conjunto probatório harmônico e coerente com suas argumentações. “03. PERPLEXIDADE. ESTE É

O SENTIMENTO QUE A REQUERENTE CAUSOU A SEU PAI E DEMAIS IRMÃS”, pois como pôde Agnes a própria filha de Naum, produzir “com descomunal riqueza de detalhes uma estória tão divorciada de qualquer conteúdo verídico”? A resposta Dr. Glorioso começou a tecer destacando quais eram em sua opinião as verdades reais para os acontecimentos que estavam por detrás daqueles suscitados por Agnes em sua petição inicial.

Primeiro, fez menção às mentiras postas na petição inicial pelas advogadas adversárias. No tocante à guarda deferida na sentença de separação amigável acordada entre Madalena e Naum em 1985: “todas as filhas, sem exceção, ficaram sob a guarda de Madalena e não do pai como asseverado às fls.03”. A guarda provisória somente foi transferida ao pai dois anos e ½ depois da separação do casal. Isto é, o advogado de Naum deu o pontapé inicial desmentindo as adversárias em algo que facilmente conseguiu comprovar, juntando na contestação a fotocópia da sentença e a carta escrita de próprio punho por Madalena, quando à época explicava os motivos que a levaram a deixar as crianças com o pai. Tanto a sentença de separação quanto a carta anexada com o telegrama (anexados ao processo n.05/1988), através do qual Madalena avisava a Naum que havia deixado de morar na casa que detinha o usufruto, logo após deixar as crianças com ele, constituir-se-iam como materializações “fidedignas” da mais pura verdade. Afinal, como se depreende do discurso de Dr. Glorioso, todos estes documentos detinham fé pública, pois foram retirados de processos judiciais.

O segundo acontecimento que convergiu para a mais pura realidade costurada pelo representante de Naum, centrou-se na refutação do advogado quanto ao fato de seu cliente não ter camas de solteiro em seu apartamento, como forma de compelir as filhas a dormirem com ele, sob a justificativa de ausência de recursos financeiros. O fez, atribuindo a culpa à Madalena, com quem a filha Agnes voltou a morar em 1999, após longos anos de distância:

Ao contrário do alegado pela Autora, o Requerido não tinha camas para as menores em sua casa pelo simples fato de ser um homem solteiro, e que fora pego de surpresa no momento em que suas filhas bateram à sua porta em busca de abrigo. **Tudo em virtude do abandono da mãe. (Negritos do original).**

Nesta esteira, para o Dr. Glorioso foram também inverídicas as afirmações de Agnes quando essa alegou ter Naum jogado as filhas contra a mãe, Madalena. Na verdade, para o nobre advogado de Naum, foram as atitudes de Madalena que fizeram com que as filhas se voltassem contra ela. Para provar o alegado, juntou à contestação o inquérito policial aberto contra Madalena em 1989, quando o juiz titular do Juizado de Menores solicitou providências da polícia federal para averiguar o envolvimento sabido da ex-esposa de Naum com tóxicos. Portanto, quando Dra. Ferina afirmou que “um ano e ½ depois da separação (...), após uma noite que o requerido introduziu o seu pênis na boca da requerente, sua mãe foi visitar-lhes (...)”, novamente, para Dr. Glorioso, ela recorreu a mentiras para sustentar o seu “roteiro de filme pornográfico”, uma vez que nunca Madalena poderia visitar suas filhas na casa de Naum no período mencionado, já que moravam com ela.

O terceiro acontecimento frisado por Dr. Glorioso centrou-se na assertiva de que Agnes durante os anos em que morou com o pai:

Sempre instigava o Pai a processar a Mãe por danos morais em razão de inúmeros constrangimentos causados a ele e às filhas. Mas a atitude sempre era, veementemente, rechaçada pelo Acionado. (Negritos do original).

Com o intuito de finalizar a exposição da situação fática, o advogado de Naum disse que:

Quanto aos demais fatos, torna-se impossível contrapô-los, haja vista jamais terem existido. NÃO HÁ COMO NEGAR AQUILO QUE NÃO EXISTE. Ora Excelência, com tão irrefutáveis argumentos, pode-se concluir um pouco do caráter leviano da Acionante. E tem mais! (Negritos meus).

Nada que a Dra. Ferina e suas sócias não tenham ventilado na petição inicial, isto é, que Naum negaria os fatos. Contudo, o suporte argumentativo de seu advogado apresentava eco nas verdades morais abstratas legais e doutrinárias que interpretam o que no direito se chama de “nexo causal” e de “ônus da prova”. Ambas as categorias nativas, objetos de maiores análises posteriores, são resgatadas pelo Dr. Glorioso sob a alegação de que para os danos morais serem ressarcidos a Agnes, essa deveria ter provado que Naum praticou fatos que levariam à violação de direitos da personalidade pertencentes à filha. Haveria a necessidade de se **mostrar o nexos de causalidade do alegado**

ao agente processado. Para ele isso não existiu, e sua demonstração foi articulada de início por quatro singelas perguntas que intentavam sensibilizar o magistrado (termos do advogado), para a incoerência dos discursos constantes na petição inicial do processo de n. 11/2000, a saber:

1ª pergunta: Por que, dentre três filhas – sendo que todas eram “violentadas sexualmente pelo Pai” – somente uma, a demandante, levou ao conhecimento da Jurisdição este suposto tormento?

2ª pergunta:

Por que nenhum vizinho – considerando que a Autora gritava nas vezes em que era assediada pelo Requerido – ouviu até mesmo foi procurado para ser esclarecido do ocorrido? Lembra-se que se está tratando de um condomínio com um grande número de apartamentos! (Negritos do original).

Quanto a esta questão elaborada por Dr. Glorioso, devemos recordar que as advogadas de Agnes não explicaram em detalhes o processo de educação ao qual sua cliente foi submetida, uma vez que ela é portadora de surdez completa e congênita, mas sempre foi socializada em escolas destinadas àquelas crianças não portadoras de necessidades especiais. Assim, quando Dr. Glorioso enfatizou o fato de Agnes ter gritado, tal como suas advogadas escreveram na petição inicial, por mais secreto que esses crimes intrafamiliares sejam, nessas circunstâncias, as práticas paternas poderiam ter sido escutadas por seus vizinhos.

3ª pergunta: **“Como uma filha (Autora) violentada pelo progenitor envia cartas e e-mails ao Pai e irmãs com gestos tão carinhosos, manifestando até mesmo SAUDADES? (documento n.05)”.** (Negritos do original).

4ª pergunta: **“Será que uma filha violentada sexualmente teria saudades do próprio violentador?”** (Negritos do original). Novamente, ressurgiu a expressão de sentimentos, cujo momento apropriado para o advogado de Naum demonstrá-los, era agora, como o fez, juntando à sua contestação

documentos que tornassem concretas as saudades e outros afetos da filha em relação ao pai.

Como pontuei no início deste item, as advogadas de Agnes qualificaram Naum enquanto empresário e talvez sem se certificarem disso. Dr. Glorioso não apenas explicitou que Naum continuava na condição de desempregado, como novamente se questionou e chamou o juiz da 24ª Vara Cível para com ele pensar nos motivos que levaram Agnes a ser “indenizada moralmente por um Pai **desempregado**, que mora em um apartamento de 71,00m2 **financiado, e com sérios problemas de saúde**”. (Negritos do original).

Para Dr. Glorioso as argumentações produzidas por Agnes configuram-se como caso de políCIA, pois “não há como prosperar uma ação balizada em inverdades sobre fato até desconexos. E mais, sem prova alguma”. Com base no que o artigo 333 do Código de Processo Civil prescreve o advogado de Naum o define como obrigação (ou ônus de prova) que cabe ao autor trazer aos autos, e “a requerente tratou apenas de esboçar quase que um roteiro de filme impróprio para menores, **mas não provou sequer uma palavra**” (negritos meus). Seus contra-ataques continuam explicitando os próprios trunfos probatórios: “afinal, testemunhas fabricadas, conhecedoras apenas de uma versão, de pouco valerá contra o robusto depoimento das Irmãs da Autora às quais viam e viviam com esta”.

Finalmente requereu quatro pedidos: 1º – A improcedência absoluta da ação; 2º – A produção de provas testemunhais, periciais e documentais, bem como o depoimento pessoal da autora, do requerido, das filhas desse e irmãs daquela e de todas as testemunhas que o advogado oportunamente indicará; 3º – A realização de perícia psiquiátrica em Agnes; 4º – O benefício da justiça gratuita para Naum.

Somente no início do mês de maio de 2001 o processo em questão voltaria a andar, e o próximo passo culminou na apresentação da impugnação à contestação por parte das advogadas de Agnes.

Novamente Dra. Ferina e suas sócias optaram por apresentar um longo documento, no qual disseram “rebater ponto por ponto da contestação”. Seguindo tal propósito, as doutoras principiaram esclarecendo que na realidade dos fatos “a requerente e suas irmãs passaram a viver sob a guarda de fato do requerido, dois anos e meio após a separação dos pais”. E não, como disseram na inicial, um ano

e meio a contar da separação. Assim, deram explicitamente razão ao momento da contestação que apontou esse equívoco, e as advogadas consertaram dizendo quanto à outrora argüida visita de Madalena à casa de Naum, onde com ele habitavam as crianças, que “na realidade, esta visita realmente ocorreu, só que foi aproximadamente um ano e meio após a modificação da guarda, e não da separação como equivocadamente havíamos dito anteriormente”.

Deixando o campo do saneamento de equívocos, Dra. Ferina partiu para o contra-ataque da contestação. O primeiro ponto a ser rebatido foi a insistência de Dr. Glorioso em atacar a honra de Madalena, ao invés de contestar o pedido formulado na inicial que sustenta o processo por indenização, isto é, os abusos e os danos morais a eles vinculados.

Nem é demasiado lembrar que a presente não visa analisar o comportamento da mãe da Requerente, nem quem deu causa à separação do casal, para isto, tempo atrás, foram propostas ações de separação, divórcio, execução de pensão alimentícia, modificação de guarda, dentre outras, todas extremamente litigiosas.

Ao mesmo tempo, as advogadas logo após alertarem o juiz quanto ao procedimento adotado por Dr. Glorioso, não deixaram de tomar emprestado dos discursos jurídicos veiculados por Madalena à época de seus litígios contra Naum, que esse “vivia de rendas”, motivo pelo qual não procedia a alegação de seu advogado ao afirmar que o mesmo carecia de recursos para comprar camas de solteiro para as filhas.

Além disto, não poderíamos deixar de frisar que, naquela mesma oportunidade, a progenitora das menores percebeu a falta das camas e ofereceu-se para consegui-las para as menores, mas o Requerido não viu necessidade.

No que disse respeito ao questionamento do advogado adversário lançado ao juiz, no sentido de alertá-lo para o fato de que Agnes não procurou a polícia nem outros meios para na ocasião dos abusos notabilizá-los, uma vez mais Dra. Ferina remeteu-se às experiências e vivências de Madalena, afirmando que:

Não pode-se deixar de lembrar, também, que a Requerente nunca acreditou na ajuda policial, pois quando da separação de seus pais, via sua mãe sendo agredida, chamando a polícia, registrando BO's e nunca viu resultado algum.

Deste momento em diante, as advogadas de Agnes passaram a objetivar melhor quais foram as ocasiões cronológicas que auxiliavam na contextualização dos argumentos por elas produzidos na petição inicial. Desde 1997, data em que Agnes tomou coragem e contou para um grande amigo que ela e suas irmãs eram abusadas, passando por outras minúcias e chegando a abril e julho de 1999, data marco para as confissões feitas a uma de suas professoras (Profa. Muralha) do curso universitário que já fazia.

Das quatro indagações que Dr. Glorioso trocou com o magistrado da 24ª Vara Cível, que antecederam sua contestação propriamente dita, Dra. Ferina contrapôs duas delas, refazendo a pergunta e elaborando suas respostas, por intermédio de outros discursos legitimados ou mesmo do senso comum. Vejamos.

Em relação às cartas e e-mails que Dr. Glorioso juntou à contestação, mostrando o alegado afeto nutrido por Agnes tanto pelas irmãs como pelo pai-réu, Dra. Ferina assim rebateu:

Como a Requerente poderia enviar carta e e-mails demonstrando carinho e saudades às irmãs e ao pai se era violentada por este? Muito simples, a Requerente ama suas irmãs, sentia e sente muitas saudades delas.

Quanto ao pai, ora Requerido, apesar de todas as mágoas, raivas, tristezas, revoltas que a Requerente mantém por este homem, não se pode negar que é seu pai e, qualquer pessoa, dificilmente esquece isto.

O caráter natural da relação de parentalidade ou do poder familiar (função de pai e de mãe desempenhados com os filhos) emerge neste processo litigioso, assim como nos que Madalena protagonizou contra Naum (e vice-versa), como a justificativa para os elos ainda mantidos entre pai e filha e entre mãe e filhas (basta nos lembrarmos do conteúdo veiculado pelo laudo da assistente social – Anette – no processo de n.09/1988), apesar das agressões sofridas pelas menores. Mas no processo de Agnes não restou como a única justificativa, pois Dra. Ferina acentuou que “em casos incestogênicos, esta mistura de sentimentos antagônicos é normal, a psicologia explica isto”.

A segunda indagação retomada por Dra. Ferina daquelas feitas por Dr. Glorioso, referia-se à ausência de manifestação dos vizinhos, perante os “gritos” de Agnes nos momentos em que era violentada. O que ela poderia fazer se os vizinhos não ouviam? Indagou-se Dra. Ferina, bem como, “também não se pode

esperar que seus apelos ficassem ecoando pelo condomínio inteiro, já que ela reagia e era severamente reprimida pelo agressor, que sufocava sua reação”.

Palavra contra palavra, e nesse sentido, Dra. Ferina viu-se na necessidade de contra-atacar outras três assertivas do advogado adversário, cujos conteúdos colocavam em suspeição os argumentos da petição inicial.

Quanto à ligação indireta da surdez com o narrado, saímos do campo das palavras contra palavras, para imergir no campo do conhecimento médico e, na visão de Dra. Ferina, o representante de Naum sugeriu que “a Requerente, em virtude de sua deficiência auditiva, tinha atitudes extravagantes e sonhadoras, sempre requerendo tratamento especial, tanto de sua parte quanto das irmãs”. Para contradizê-la, Dra. Ferina aduziu que a “deficiência auditiva” não impede o discernimento entre certo e errado, entre verdadeiro e falso, e tanto assim o é verdade, a seu ver, que Agnes ao ingressar na faculdade, não adentrou via cotas, mas graças aos seus próprios méritos, “ficando na frente de muitas pessoas tidas como normais”.

No tocante às afirmações do advogado de Naum de que Dra. Ferina utilizara a estratégia pautada nas “palavras ao vento”, essa insistiu no fato da palavra da vítima se constituir como prova essencial em processos envolvendo agressões sexuais incestuosas.

Mas, a outra resposta que seria rebatida por Dra. Ferina era a mais delicada, e que tocava o interesse de Agnes de ser reparada financeiramente com o processo, muito embora, não tenha ingressado com um processo criminal antes do cível, como é de praxe em casos similares a este. Com o objetivo de responder a estas duas colocações suspeitosas arremessadas por Dr. Glorioso, a adversária afirmou que:

O fato da requerente ter buscado a tutela estatal através de uma ação indenizatória por danos morais e não via criminal, não tira seu verdadeiro e necessário propósito. Aliás, uma ação não excluiria a outra.

Sem dúvida, podem lhe responder as verdades morais jurídicas, mas, talvez o caminho optado por Agnes venha a abalar as estruturas probatórias que sua advogada pretendia solidificar, já que o processo penal irrecorrível constitui prova irrefutável na área civil. E nem ao menos, até então, ele havia sido

intentado contra Naum. Motivo pelo qual, quem sabe não fora por acaso, que a Dra. Ferina complementou os dizeres acima destacados:

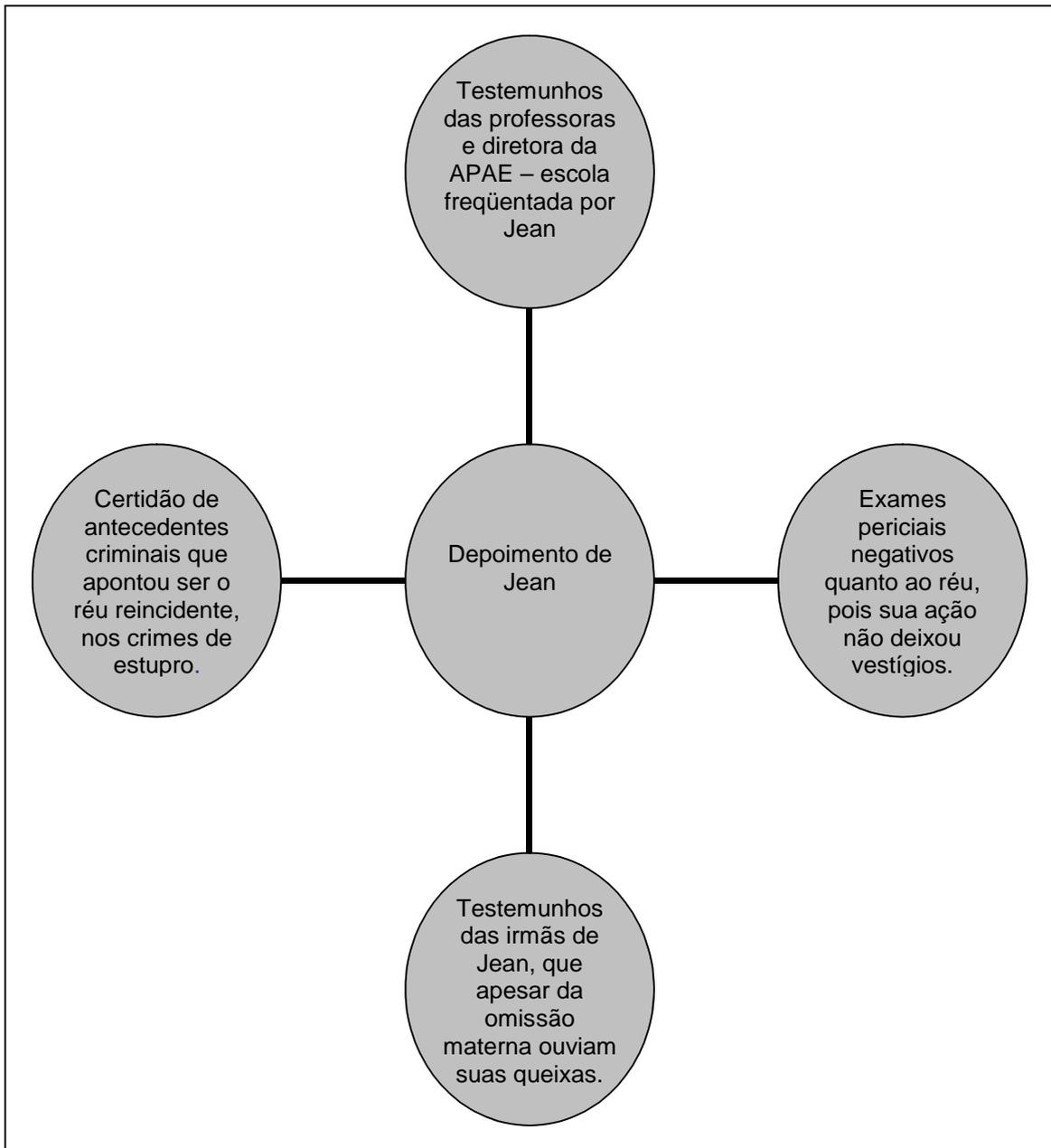
Não é dinheiro que a requerente busca, é justiça. Certamente, as testemunhas não foram fabricadas e conhecem sim, uma única versão, a realidade contada por diversas vezes pela Requerente, em épocas diferentes, para pessoas diferentes, e sempre com os mesmos detalhes.

Eis a coerência que a própria jurisprudência evoca para esses casos, mas também essas mesmas jurisprudências complementam requerendo que além da coerência há que se ter harmonia com outros indícios probatórios. Sob tal prisma, a advogada consentiu com o advogado adversário, concordando com a necessidade de perícia a ser realizada com Agnes, mas que tal perícia fosse feita com as duas irmãs e com o requerido.

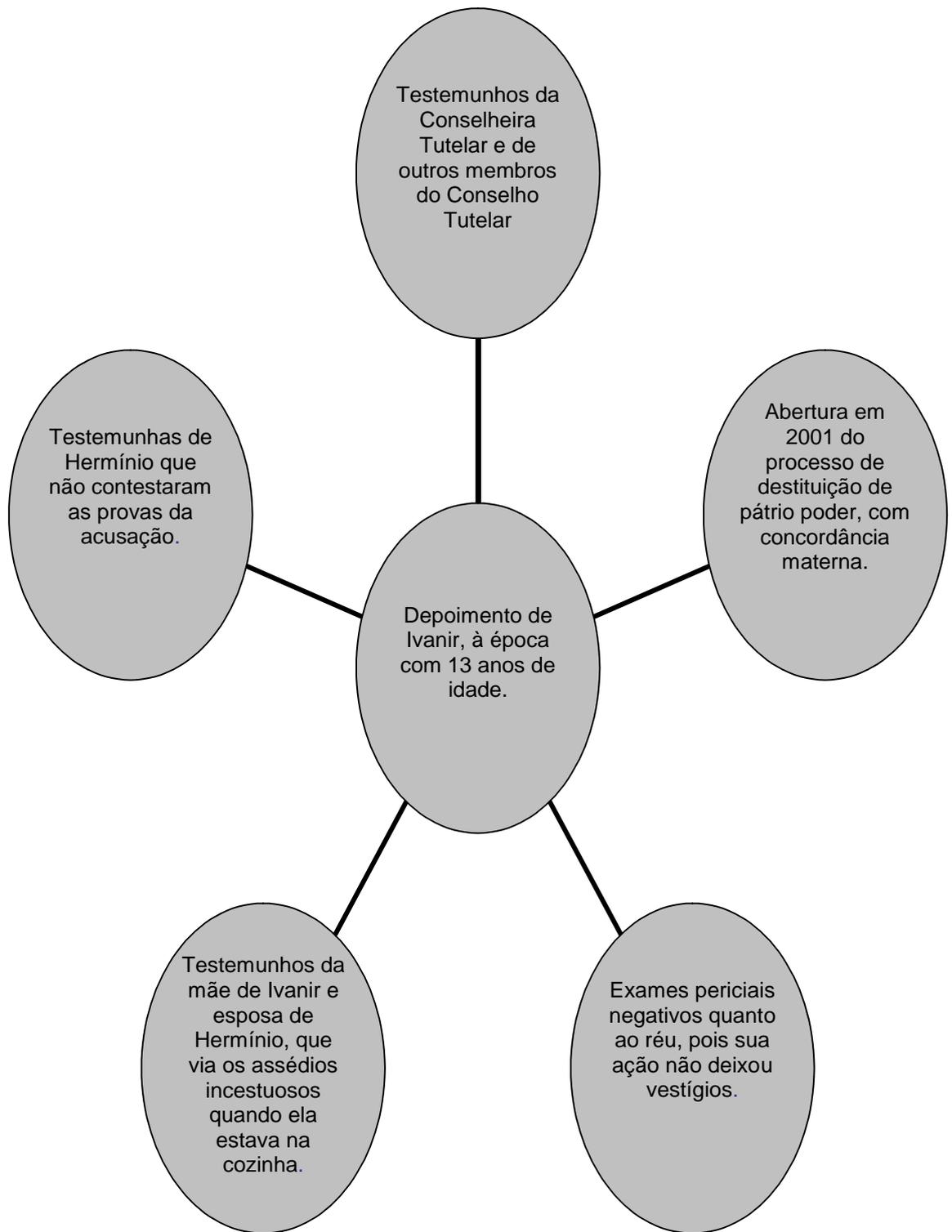
Autos conclusos, isto é, os referidos retornaram ao juiz que deu seqüência ao trâmite processual, determinando a marcação de audiência visando o início da produção de provas (ouvida de testemunhas e outras).

Traçando uma comparação entre o processo de n.11/2000 protagonizado por Agnes contra Naum, com os acórdãos de ns. 06/2003 e 03/2005 – ver quadro do item I. 6.2., ambos criminais e respectivamente movidos contra, João e Hermínio, pais acusados de terem violentado seus filhos, algumas diferenças podem ser estabelecidas em relação ao que nos interessa: o conjunto probatório.

Como já mencionei, no processo vivido por João, esse foi acusado pelo Ministério Público de diversas vezes ter molestado o filho Jean, portador de síndrome de Down e à época da denúncia com vinte e quatro anos. A condenação de João tanto no juízo monocrático como no Tribunal de Justiça, foi balizada, a despeito de sua argumentação de inexistência de provas, pelos seguintes indícios, incluindo aqueles que poderiam ter beneficiado o réu condenado:



Se no acórdão de João (n.06/2003) houve a omissão materna enquanto indício probatório, no processo promovido pelo Ministério Público contra Hermínio (acórdão n.03/2005) e levado a debate no tribunal em 2005, a presença materna ao lado da vítima foi fundamental. Além dos outros indícios probatórios existentes no processo movido contra João, no de Hermínio pode-se depreender o seguinte esquema de convergência entre indícios, constitutivos das provas apresentadas:



Nos dois acórdãos criminais, as palavras das vítimas que gozavam da mesma condição social de parentesco que Agnes, isto é, os três são filhos e movem processos contra seus pais (supostamente) abusadores, um indício importante faltou nos processos vividos por Madalena, e talvez, face ao conteúdo da contestação do advogado de Naum, falte também no de Agnes: a aliança estabelecida com parentes que conviviam com a vítima cotidianamente. Jean (acórdão n. 06/2003) teve ao seu lado, apesar da ausência materna, o coro de suas irmãs; e Ivanir (acórdão n. 03/2005) teve o coro de sua mãe, que era esposa do agressor.

Por conseguinte, se Agnes nos processos cível (n.11/2000) e criminal (n.12/2003) atribuiu à Naum a suposta conduta de tê-la molestado durante vários anos, caberia às advogadas de Agnes convencerem os magistrados de que seu pai assim procedeu.

Como já foi dito tanto os estupros quanto os atentados violentos ao pudor, ambos incestuosos ou não, são de difícil materialização, em especial, quando as marcas corporais na vítima desapareceram. E mais: mesmo quando há marcas corporais captáveis pelo “exame de corpo de delito” – realizado pelo médico legista, o magistrado não se encontra obrigado a acatá-lo ²³.

Tecidas estas considerações, observo que no caso de Ivanir (acórdão n. 03/2005), a ausência de marcas (em seu corpo) comprobatórias dos estupros e atentados violentos ao pudor contra ela tentados pelo pai, foi substituída pelas

²³ - Em conferência realizada em novembro de 2005, na qual analisei acórdãos do TJSC voltados à temática dos estupros (incluindo os incestuosos), tive a oportunidade de expor a respeito dessa possibilidade (ou poder) atribuído ao magistrado, no que diz respeito à rejeição parcial ou total dos laudos periciais. Reproduzo trecho do referido artigo que assinala o prescrito no artigo 182 do Código de Processo Penal (CPP, 2005:50):

Nota-se nesse julgamento que apesar de existir o laudo comprovando as lesões corporais e a conjunção carnal forçada, o desembargador relator, responsável pela leitura de todo o processo e elaboração da decisão, aliado à primeira promotora, levaram em consideração características pessoais da mulher, por exemplo: ter aceitado carona, “estar notoriamente bêbada”, sem que quaisquer exames voltados à embriaguez tenham sido citados na referida decisão. Essa lógica converge para o próprio *locus* onde se encontra posto o crime de “estupro” no CPB, isto é: crime contra os “costumes” ou diria: contra a honra dos homens. Em momento algum o legislador ao descrever o que é o estupro, assim o faz acrescentando qualquer elemento subjetivo da vítima para caracterizá-lo. Ao descermos os olhos no próprio CPB verificamos que nos artigos 215 e 216, o legislador para definir os crimes, respectivamente, de “posse sexual mediante fraude” e de “atentado ao pudor mediante fraude”, inclui no texto legal a expressão “mulher honesta”. Todavia, para o estupro não. (BECKER, 2005a: 04).

demais “provas indiretas” produzidas ao longo do processo. Como artifício defensivo, o réu Hermínio – através de seu advogado, argumentou a absolvição por “insuficiência de provas” frente ao fato da vítima ter em um de seus depoimentos judiciais acusado de autoria outro indivíduo que não o pai, bem como, de ninguém ter visto as práticas delituosas contra ele imputadas. Apesar dos argumentos de defesa, os desembargadores sentenciaram com base nas provas produzidas pela acusação, pois:

Aplicando-se a doutrina (...), qualificam-se os testemunhos da mãe e do irmão da vítima, da Conselheira Tutelar e de Eroidina como provas indiretas do fato delituoso, porque não assistiram os fatos libidinosos, mas presenciaram os nefastos reflexos que eles ocasionaram, como o temor do seu próprio pai.

Em um terreno extremamente permeado pelo grande valor da prova testemunhal, os conflitos envolvendo alegações de práticas incestuosas violentas, se não podem ter sido flagrados, periciados ou fotografados, podem e devem ser corroborados por depoimentos de quem os viu ou de quem os ouviu, mesmo que nesse último caso, tenha sido ouvida apenas a versão da vítima. Mas, essa deve ser coerente com as narrativas produzidas pelo(a) advogado(a). Sem falar é claro, do fato do processo de Agnes ter como objetivo uma reparação monetária e não condenatória pela prática do fato criminal. Pelo menos ainda, já que no final de outubro de 2001, tão logo Dra. Ferina protocolou a impugnação à contestação, o inquérito criminal foi instaurado por provocação do representante do Ministério Público de uma cidade de médio porte catarinense.

III. 3.2. Após a instauração do processo civil, Agnes dá início à batalha criminal

Investido das funções dispostas pela verdade moral legal constitucional em seu artigo 129, inciso VIII, o Dr. Ramiro, promotor de justiça, após depoimento prestado em seu gabinete por Agnes, requisitou a realização de diligências investigatórias a serem feitas pela polícia civil, através de inquérito policial.

O depoimento de Agnes prestado ao Dr. Ramiro resumiu de maneira geral as longas descrições elaboradas pela Dra. Ferina na petição inicial que deu

nascimento ao processo cível de reparação por danos morais. Sem deixar de fazer remissões aos conflitos vividos por Madalena e Naum, Agnes esclareceu que após fevereiro de 1988 ela e suas irmãs passaram a residir com o pai. E:

Nesta época já tramitava a ação de alimentos aforada por sua mãe contra seu pai, que de início seu pai procurou dar carinho paterno às três filhas, que com ele residiam; que na casa onde habitavam não possuía cama para suas filhas, mas somente uma cama de casal; que a declarante e suas irmãs de início, dormiam em colchonete e em um sofá; que no decorrer do tempo o pai da declarante, já tendo conquistado a confiança de suas filhas, passou a fazer rodízio com suas filhas, obrigando-as em dias alternados que passassem a dormir na cama de casal; que a declarante percebeu que seu pai passou a proceder de forma diferente, passando suas mãos nas partes íntimas, o que não condizia com a realidade dos fatos; que tais fatos duraram por aproximadamente doze anos; que nas orgias feitas pelo pai da declarante contra sua pessoa, ocorriam geralmente quando estava dormindo; que a declarante tem problemas de audição o que facilitava a ação de seu pai; que durante os doze anos em que conviveu sob a guarda do pai, em várias vezes esse nu pegava nas mãos da declarante colocando-as sob seu pênis; de igual modo o pai da declarante aproveitava quando essa estava dormindo para fazer sexo anal, tentou também estuprar a declarante; que estas propostas foram rechaçadas; que o pai da declarante persuadiu a mesma dizendo que era bom para a saúde de sua filha praticar sexo com ele; que a declarante em diversas vezes teve o pênis de seu pai colocado em sua boca, sendo obrigada a fazer sexo oral com seu próprio pai; que seu pai pressionava a declarante para que esta aceitasse que seu corpo fosse beijado; que a declarante em diversas vezes flagrou seu pai praticando orgias sexuais com suas irmãs, no interior do apartamento em que habitavam; que suas irmãs ainda residem com seu pai; que o pai da declarante, por decisão judicial, teve a guarda definitiva de suas três filhas; que a declarante deseja fazer a juntada de documentos. Nada mais, vai o presente Termo assinado pelo representante do Ministério Público e pela declarante.

Além do depoimento prestado por Agnes, outros documentos foram entregues ao Promotor Ramiro, cujo conteúdo de alguns já nos é conhecido, uma vez que disseram respeito a petições extraídas do processo de n.09/1988, movido por Naum contra Madalena. Esse processo visava a conquista definitiva da guarda das filhas por parte de Naum, e a condenação de Madalena ao pagamento de pensão alimentícia às mesmas. Nessas duas petições de autoria da Dra. Salvadora (à época defensora de Naum), constam remissões ao abandono utilizado contra Madalena, bem como as afirmações dessa de que o pai assediava e atentava sexualmente contra as filhas. Enfim, eram os únicos documentos produzidos no contexto judicial, cujos conteúdos faziam remissão aos fatos que anos depois, constituiriam as alegações propostas por Agnes contra

o pai. Dentre os outros indícios outrora mencionados no processo n.11/2000, sublinho o pedido de fonoaudióloga para acompanhar as traduções das falas de Agnes no contexto administrativo policial e jurídico. Como fiz em outros momentos, apenas destaco a necessidade de Agnes se fazer entender no contexto judicial, tanto pela intermediação de advogado, quanto de uma tradutora, para depois analisar suas possíveis implicações.

Quanto ao conteúdo do depoimento que se configurou como o estopim do inquérito policial, note-se a ausência de qualquer referência por parte de Agnes ao comportamento de abandono de Madalena, apesar dos documentos judiciais levados ao conhecimento do promotor fazerem remissões diretas à “conduta irresponsável” de Madalena, quando em fevereiro de 1988 deixou as filhas defronte ao prédio onde habitava Naum.

Na qualidade de novos indícios levados por Agnes ao promotor Ramiro, ou seja, que até então não haviam sido ventilados nem na petição inicial do processo cível de Agnes contra Naum, nem nos vividos por esse contra Madalena e vice-versa, destaco os seguintes: 1- e-mails trocados por Agnes com amiga(o)s na internet e, 2 – rol de testemunhas incluindo sua tia materna e madrinha, fazendo remissão ao lado de seu nome que essa também havia confessado à Agnes que sofrera abusos sexuais praticados por Naum. Se o nome de NORMA já constava na petição inicial produzida por Dra. Ferina no processo cível, a menção de que ela também sofrera abusos sexuais vindos de Naum, constituir-se-ia aqui como novidade, mesmo que os abusos fossem anteriores à propositura do processo cível. E mais: Norma em um dos processos movido por Naum contra Madalena, foi mencionada como testemunha de Naum e não de Madalena.

Em posse de todos estes documentos e do depoimento de Agnes, o promotor Dr. Ramiro enviou portaria para o delegado-geral a fim de que essa autoridade abrisse o inquérito policial contra Naum. Durante o inquérito, Agnes prestou novo depoimento, assim como seu pai, suas irmãs e, as testemunhas por Agnes arroladas, dentre elas: professoras universitárias e uma psicóloga. Agora perante o delegado de polícia.

No mês de abril de 2002, todos os sujeitos apontados por Agnes, incluindo ela, foram ouvidos pelo delegado, Dr. Juca. Do depoimento de Agnes (prestado na companhia da mãe, Madalena), pode-se extrair que o encorajamento para que ela viesse a denunciar o pai, adveio do contato mantido na internet com diversos

amigos. De resto, as informações convergiam para o que havia contado ao promotor e ao juiz da 24ª Vara Cível, através de petição inicial e de impugnação protocoladas por suas advogadas.

Do depoimento prestado pela irmã mais velha, Ana Júlia, pela irmã caçula, Marina e pelo pai Naum certa coerência pode ser visualizada, seja porque os três negam as agressões sexuais praticadas pelo pai contra as filhas; seja porque os três aproximam o caráter interesseiro de Agnes ao da mãe, Madalena, com quem passou a conviver antes de ingressar com o processo civil de n. 11/2000.

Abaixo enumero alguns dos conteúdos discursivos presentes no depoimento de Ana Júlia, que se repetem e que transcendem os conteúdos discursivos presentes nas falas de Marina e Naum. De qualquer forma, os discursos dos três percorrem um caminho oposto daqueles percorridos pelos de Agnes:

1º - A mãe, Madalena, no início de 1988 colocou as roupas das filhas em um saco de lixo e sem que o pai soubesse, deixou-as na frente de seu apartamento para “forçá-lo a aumentar a pensão alimentícia”;

2º - Mesmo após o surgimento do processo de n.05/1988 – da guarda provisória, Madalena teve a oportunidade judicial de retomar a guarda das filhas, mas “desapareceu durante uns dois meses, sem dar notícias e antes alugou a casa”;

3º - Quando Madalena quis retomar a guarda das filhas, o fez porque havia sido condenada judicialmente ao pagamento de pensão alimentícia;

4º - Seu pai Naum sempre tratou muito bem as filhas, ao contrário de Madalena, que quando detinha a guarda delas sempre as maltratava e que era uma pessoa “envolvida com pessoas usuárias de drogas e também porque ela dizia que filhos atrapalhavam a vida dela”, motivo pelo qual Ana Júlia sempre preferiu a companhia do pai;

5º - Agnes era uma jovem revoltada e não obedecia ao pai que solicitava que ela estudasse ao invés de ficar direto na internet;

6º - A mudança de Agnes para São Paulo se deu porque ela abandonou os estudos para morar com uma mulher que havia conhecido virtualmente;

7º - Agnes ao ser rejeitada pela mulher em São Paulo, voltou para a casa do pai e se recusava a aceitar suas condições educativas, vindo a procurar Madalena (a mãe);

8º - Agnes sempre insistiu quando estava morando com o pai e com as irmãs, que aquele deveria processar Madalena;

9º - Agnes que sempre buscou conquistar vantagens financeiras ao se mudar para a casa de sua mãe, com ela se “mancomunou para buscar vantagens financeiras à custa de mentiras”, tal como fazia a mãe. Inclusive, o primeiro processo que moveu contra Naum era de cunho financeiro estimado em setenta e cinco mil reais, graças às invenções de abusos que seu pai nunca praticou contra Agnes e contra as demais irmãs.

Após ouvir as testemunhas arroladas por Agnes, em um procedimento que não comporta o contraditório (a defesa do réu), por se tratar de um inquérito policial, o delegado Dr. Juca elaborou seu relatório (em junho de 2002) indiciando Naum pela prática do crime de atentado violento ao pudor previsto no artigo 214 do Código de Processo Penal.

Em julho de 2003, o promotor Rivair, titular na comarca em que atuava, propôs denúncia a ser recebida ou não pelo juiz, como petição inicial que daria início ao processo criminal de atentado violento ao pudor proposto contra Naum. Em três sucintos parágrafos, Dr. Rivair descreve as práticas libidinosas incestuosas perpetradas por Naum e convicto de sua suposta autoria, requer o promotor ao juiz que Naum:

(...) seja processado, citado para interrogatório e intimado para os demais atos processuais, ouvindo-se as testemunhas abaixo arroladas, para que finda a instrução processual se veja julgado e condenado pelo crime praticado.

No dia 20 de agosto de 2003, Dr. Gilson, juiz da 1ª Vara Criminal de outra cidade de médio porte catarinense, recebeu a denúncia, marcando o interrogatório do acusado para fevereiro de 2004, e solicitando que o mesmo fosse devidamente citado. Começou assim a batalha judicial criminal subscrita no processo de n. 12/2003.

Na data designada para ser interrogado judicialmente pelo juiz, Naum apresentou como defensor o Dr. Rubi para representá-lo no processo criminal. Das informações prestadas, repetiu sua condição de desempregado, e reforçou que “é falsa a imputação que lhe é atribuída”. E mais:

Se conhece as provas contra ele apuradas? Que não conhece as provas contra si apuradas.

(...).

Se conhece as vítimas e testemunhas já inquiridas ou por inquirir, desde quando e se tem o que alegar contra elas: que conhece a vítima (que entre 1987 e 1999 morou com o interrogando) e as testemunhas arroladas na denúncia, apenas NORMA tem alguma diferença com o interrogando. O interrogando tem inimizade com Madalena, sua ex-esposa.

(...).

Demais fatos e pormenores que conduzem à elucidação dos antecedentes e circunstâncias da infração: que o interrogando separou-se amigavelmente de sua esposa em 1985; que sua ex-esposa abandonou na porta de seu apartamento das três filhas no dia 26.02.1988; que a mãe não deu a menor satisfação nem conversou com o interrogando, apenas deixou as filhas; (...) que Agnes era a filha do meio; que sua ex-esposa tornou-se sua inimiga após o interrogando denunciá-la à polícia por ter levado as crianças a uma festa na qual se consumiu cocaína; (...); que a vítima tinha uma surdez quase total, por isso era arredia; que a vítima entendia leitura labial; que a vítima sempre foi uma boa aluna na escola; que a vítima passou em primeiro lugar no vestibular prestado; (...) que lidas as declarações de fls 09/10, o interrogando acredita que a vítima foi instruída para tanto; que a vítima deixou a residência do interrogando após (...) ter faltado aulas, ter falsificado um cartão de acesso e ficado muitas horas na internet; (...) que a vítima na infância tomou gardenal (...).

Como testemunhas arroladas por Dr. Rubi na primeira petição por ele protocolada e intitulada de “defesa prévia”, o advogado indicou os nomes de Dona Lara, a mesma senhora que testemunhou em favor de Naum nos processos vividos por ele contra Madalena, após essa ter abandonado as filhas; o nome de sua filha primogênita Ana Júlia; o seu futuro genro e noivo de Ana Júlia, dentre outras duas pessoas.

Nesse ínterim entre a espera pela designação de audiência instrutória criminal e as novidades do processo civil, o juiz Gilson, da 1ª Vara Criminal, deferiu no dia 22 de junho de 2004, o pedido formulado pela assistente da promotoria (advogada constituída por Agnes para acompanhar o trabalho do promotor), no qual solicitava o acompanhamento de fonoaudióloga nos momentos que Agnes tivesse que participar dos procedimentos orais em Juízo.

Em contrapartida, o advogado de Naum solicitou por duas vezes o pedido de adiamento das audiências instrutórias, ambas sob o argumento (e juntada de documento comprobatório) de que seu cliente era doente renal e nestas ocasiões não poderia se deslocar para o Fórum, já que fazia hemodiálise. No dia 30 de setembro de 2004 as testemunhas de Agnes, incluindo ela, foram ouvidas pelo juiz criminal, Dr. Gilson.

O testemunho prestado por Madalena trouxe consigo detalhes não constantes nas demais oportunidades judiciais que a mesma tivera para se expressar. É bem verdade, sempre representada por um operador do direito. Ao ser questionada sobre os abusos sofridos por Agnes, Madalena asseverou que nunca havia presenciado nenhuma violência contra a filha do meio, mas contra a primogênita.

Isso desde que ela tinha um ano e meio; que pelo menos três vezes a declarante viu o réu nu, com o membro ereto, passando a mão de cima abaixo do corpo de Ana Júlia; que o réu dizia para a declarante que aquilo era “tesão pós mijo”; que a declarante não desconfiava de nada pela educação conservadora que teve(...).

No que dizia respeito à reaproximação entre Agnes e Madalena, essa esclareceu que perguntou para a filha porque ela não havia dito tudo isso antes, e Agnes respondeu-lhe que “pensava que a mãe era louca e que se fosse contra o pai iria para a FEBEM; que a vítima dizia que era difícil lutar contra os argumentos do réu, que usava a bíblia para mostrar que antigamente o incesto era permitido (...)”.

Madalena ao ser inquirida pelo advogado do réu, Dr. Rubi, explicitou uma nova articulação para o tão propalado abandono por ela praticado em fevereiro de 1988, e para o seu sumiço após a concessão da guarda provisória para Naum. Assim,

(...) por estratégia da advogada, como o réu não pagava pensão e a declarante não tinha condições financeiras de continuar com as filhas a declarante levou-as para a casa do pai a fim de pressioná-lo para pagar a pensão e devolver as filhas à declarante.

O testemunho prestado por Norma, a irmã caçula de Madalena que havia sido testemunha de Naum em processos por ele vividos contra a ex-esposa, agora aparecia no campo de batalhas figurando como testemunha de Agnes. Isto é, passara a figurar contra seu ex-cunhado, aquele com quem antes havia se aliado judicialmente.

No processo em questão, Norma disse nunca ter visto quaisquer tipos de agressões de Naum contra suas filhas, mas que sabia que elas dormiam na cama de casal com o pai. Em termos de novidade, Norma declarou que entre os seus

16 e 18 anos, a declarante havia sido assediada pelo então cunhado, Naum. E em uma destas ocasiões:

Numa suíte de hotel quando a declarante estava com o réu e sua esposa, que a declarante acordou-se e o réu estava nu acariciando-a; que a declarante chamou sua irmã – Madalena, e foi alegado que o réu estava bêbado e teria confundido a declarante com a filha Ana Júlia.

O importante a ser ressaltado neste depoimento é que Norma trouxe informações que envolveram a participação consentida de Madalena, como o episódio acima destacado, bem como, o fato dela ter sido confundida com Ana Júlia. Pequenos ou meros detalhes, que no entrecruzamento dos documentos judiciais acabam fazendo a diferença, quando utilizados, pois para as verdades morais judiciais somente existem no mundo real aqueles fatos produzidos no e levados ao contexto ritual processual.

III. 3.3. A sentença proferida no processo cível!

Em quatro laudas, Dr. Guilhotina (juiz substituto da 24ª Vara Cível) aos 15 dias do mês de agosto de 2005, proferiu sua sentença colocando um provisório fim na disputa por danos morais movida por Agnes contra Naum. Dividida em duas partes como de praxe, a sentença apresentou alguns parágrafos destinados ao “relatório” que tem por fim a descrição dos fatos produzidos no processo, sob a interpretação do juiz, e por fim a “decisão”, na qual o livre convencimento é explicitado e fundamentado, obrigatoriamente com remissão às verdades morais abstratas e concretas judiciais que o amparam.

Do relatório, por mais imparcial que deva ser, pois é na decisão que a convicção cognitiva do juiz vem à tona, o Dr. Guilhotina destacou que:

1º - A autora, Agnes, em sua petição inicial não juntou documentos;

2º - Na contestação apresentada por Dr. Glorioso, advogado de Naum, houve a negação dos fatos e a exposição da “tumultuada relação” familiar vivida após a separação do casal, momento em que Madalena – a ex-esposa – abandonou as filhas. Além disso, insistiu na ausência de nexos causal e de provas que sustentassem o alegado pela autora;

3º - Ao contrário do que fizera em relação à advogada de Agnes, Dr. Guilhotina frisou que o advogado de Naum “juntou farta documentação”;

4º - A autora pediu adiamento de audiência;

5º - O réu juntou fotocópias do processo criminal que doutrinariamente são denominadas comumente de “provas emprestadas”;

6º - A perícia solicitada pelo réu foi indeferida, e o recurso de agravo de instrumento por ele proposto foi também negado;

7º - A autora juntou como provas documentais algumas reportagens e entrevistas concedidas por ela a revistas e jornais²⁴;

8º - No momento da apresentação dos “memoriais” ou “alegações finais”, a “autora insistiu na existência do ato ilícito”, e o réu “busca a improcedência dada a ausência de provas”.

Deste relatório aponto ao leitor alguns contrapontos verificáveis no discurso do magistrado: se por um lado Agnes não juntou documentos em sua petição inicial; por outro lado Naum juntou à sua contestação “farta documentação”; se por um lado a autora “insistiu na condenação do réu”; esse por outro lado “busca a improcedência dada a ausência de provas”.

A decisão viria a destacar a diferença – já anunciada no relatório²⁵, em relação à quantidade de provas juntadas pelas partes litigantes por meio de seus advogados. De imediato, Dr. Guilhotina anuncia:

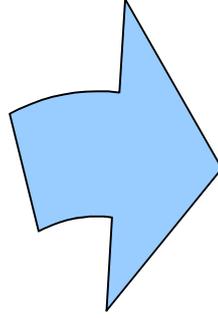
Cuida-se de pedido de indenização onde a filha aponta ao pai o abuso sexual por atos libidinosos reiterados quando criança e adolescente. O fato ressalta atenção eis que vige uma relação tumultuosa, que é familiar.

Utilizando a expressão outrora empregada por Naum: “relação familiar tumultuosa”, o juiz assim apreciou o conjunto probatório formado pelas advogadas de Agnes ao longo da relação processual:

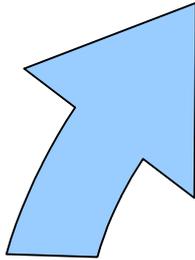
²⁴ - Não fiz menção antes às reportagens de revistas e de jornais, incluindo as entrevistas nas quais Agnes relatou os abusos sofridos, pois somente tive acesso ao material por meio da leitura da sentença.

²⁵ - Neste caso (e talvez em outros), pode-se dizer que o relatório não se resumiu a uma mera descrição dos atos processuais praticados pelas partes litigantes e seus advogados.

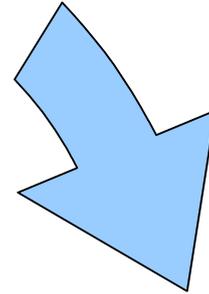
O ouvir dizer de alguém que tem deficiência auditiva e desde tenra idade foi submetida a tratamentos psicológicos.



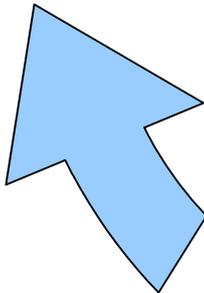
Das cartas e e-mails colados ao processo por Agnes, não há como inferir vínculo com os abusos alegados como tendo sido praticados contra ela pelo réu.



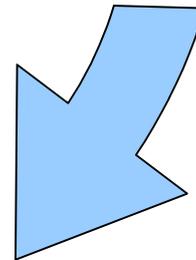
As testemunhas de Agnes trazem a sua versão, em um caso que é *complexo e estonteante*.



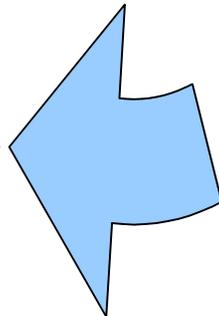
“As matérias jornalísticas são absolutamente imprestáveis para os fins colimados, não se destinam a apresentar elementos de prova”.



“Na verdade o que vem a desfavor do réu, é o tumultuado depoimento pessoal da autora, sem outros elementos de provas.”



Da prova documental trazida ao processo por Agnes, não há quaisquer indícios de que o réu tenha agido como o alegado pela autora.



A partir do esquema anterior, o tom de como o Juiz Guilhotina avaliaria a defesa e as provas produzidas pelo advogado de Naum, talvez já estivesse pré-anunciado, pois considerando que a palavra da vítima nos casos de abuso sexual é peça processual chave, na avaliação do julgador o depoimento prestado por Agnes foi significado como tumultuado e despido de outros suportes probatórios. Assim, o que o juiz poderia dizer contra Naum, se Madalena – uma das principais testemunhas de Agnes – foi significada pelo magistrado como “anormal”, face à conduta de abandono (em relação às filhas) praticada anos atrás?

No tocante às narrativas processuais concedidas por Madalena, mãe de Agnes, o juiz assim considerou: “Anoto desde logo, que a Sra. Madalena não é pessoa pela qual se pode depositar créditos nos seus dizeres, face à sua conduta não ser normal, como por exemplo, uma mãe abandonar suas filhas”.

A remarcada “anormalidade” da conduta de Madalena refere-se às provas que contra ela foram produzidas pelo advogado de Naum, ao longo dos dez conflitos processuais por eles protagonizados. Vê-se que a **representação** de quem é Madalena, no contexto sócio-cultural do ano de 2000 foi atrelada àquela produzida nos processos por ela ou contra ela movidos, entre os anos de 1985 e 1989. Afinal, só existe ou é realidade no universo processual aquilo que dentro dele é evidenciado. Nesse sentido, a significação do sujeito Madalena, entre os anos 1985 a 1989 foi literalmente transposta para o ano de 2000, ou o inverso, como se houvesse sido congelada no tempo e no espaço.

Quanto ao testemunho de Muralha, uma das professoras do curso universitário freqüentado por Agnes, o magistrado tomou-o como exemplo para desconsiderar todos os demais arrolados pela defesa, sob as seguintes fundamentações: “O ouvir dizer da pessoa da autora, deficiente auditiva, que precisa de tratamento especial, tanto é, que desde tenra idade, foi obrigada a procurar ajuda com psicóloga”.

Se o “ouvir dizer da pessoa da autora” foi em outros acórdãos e processos avalizado pelos juízes e desembargadores, como prova indireta capaz de conduzi-los à verdade, no caso de Agnes talvez não tenha sido, dentre outros motivos, pela sua própria deficiência auditiva que nos dizeres do digno julgador foi correlacionada à necessidade de ajuda psicológica desde tenra idade.

Descartadas as provas testemunhais levadas ao conhecimento do juiz pela advogada de Agnes (no processo cível de n.11/2000), restaram-na as chamadas

provas documentais que geralmente são tidas como “diretas”. Para tanto, sua representante juntou aos autos do processo e-mails trocados pela autora e vítima com amigos, entrevistas e reportagens jornalísticas por ela concedidas a jornais e a revistas de grande circulação nacional. Como resposta, o juiz manteve-se coerente com o até aqui exposto, ou seja:

Da prova documental trazida nos autos, não há qualquer indício de que o réu tenha agido como apontou a autora.

As cartas e e-mails subscritos e trazidos aos autos, mesmo após a autora sair da guarda de seu pai, são deficitárias de quaisquer elementos capazes de levar a reclamação ou perturbação da mesma pela alegada existência do abuso sexual e atos libidinosos.

As matérias jornalísticas são absolutamente imprestáveis para os fins colimados, não se destinam a apresentar elementos de prova.

Desta forma, hei de destacar que todos os indícios mostrados aos juízes que julgaram os processos de Madalena e Naum, e que foram levados ao processo cível (n.11/2000) de Agnes pesaram contra a mesma. Mas não só, pois se o estigma cravado em Madalena por conta do “abandono” de suas filhas contribuiu para que seu testemunho no processo de Agnes fosse totalmente refutado pelo juiz, talvez a deficiência auditiva de Agnes tenha assumido o mesmo valor de estigma ao ser associada à procura de auxílio psicológico. Em outros dizeres, a “deficiência mental” de Jean (acórdão n. 06/2003) que fora exposta em um processo similar ao de Agnes, trouxe consigo o testemunho de profissionais da APAE, cujo conteúdo revelou a imagem de um sujeito portador de necessidades especiais socializado entre iguais, isto é, entre outros portadores de necessidades especiais. E mais: um sujeito que para o universo discursivo jurídico não fala por si mesmo face à sua incapacidade total ou relativa para gerir a própria vida²⁶, e, portanto, incapaz de inventar uma história como a do atentado violento ao pudor, mesmo que sob os mandos de suas testemunhas.

²⁶ - Prescreve o Código Civil Brasileiro:

Art.3º - São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: II – os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos; III – os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade. Art. 4º. – São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer: (...). II – os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido; III – os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo. (CCB, 2005a:09-10).

Além disso, há que se ressaltar que o ofendido é portador de deficiência mental, sendo improvável que a informante Antônia o tivesse manipulado de tal forma, que o fizesse sustentar história tão complexa, várias vezes e para pessoas distintas e estranhas (à orientadora pedagógica e à diretora da APAE, ao Delegado de Polícia e à Juíza de Direito, entre outras), da mesma maneira, de forma tão segura e contendo os mesmos detalhes, se não expressassem realmente a verdade.

Ao contrário, no processo movido por Agnes contra seu pai, a imagem construída por suas advogadas baseou-se em um sujeito que gere a própria vida e que supera o limite da deficiência auditiva, não necessitando da socialização somente entre iguais para ser reconhecida.

Todavia, a significação negativa atribuída aos indícios relativos às afirmações de Agnes e de suas advogadas fez parte da estratégia argumentativa assumida pelo defensor de Naum, eminentemente escorada na retomada de um passado de brigas processuais havidas entre seu cliente e a mãe de Agnes, Madalena.

Resgato, portanto, alguns dos indícios juntados pelo advogado de Naum em processos iniciados e finalizados entre 1985 e 1989, e a fundamentação retórica que os sustentaram:

1º - A confissão de Madalena no tocante ao fato dela ter deixado suas filhas na frente do prédio onde no ano de 1988 residia Naum, sob o argumento de que padecia de dificuldades financeiras - pós-separação conjugal que estava atravessando.

2º - O telegrama enviado por Madalena ao ex-marido dizendo que estava deixando a casa que a ela coube na partilha da separação, para fins de residência, sob a justificativa de que temia ser assaltada, mesmo que com esta casa não tivesse quaisquer tipos de despesa com aluguéis.

3º - O contrato de venda da Indústria pertencente à Naum e Madalena, e o recibo assinado por essa demonstrando que após o “abandono” das crianças, Madalena não padecia de dificuldades financeiras, haja vista que a mesma recebera a metade da quantia referente à venda da empresa de propriedade do ex-casal.

4º - Os testemunhos de duas vizinhas de Naum que certificaram ser Madalena uma mulher afeita a viver sua vida sem o desejo de priorizar suas filhas, haja vista ter deixado as três crianças defronte à casa do pai, em

contrapartida à afirmação de que esse abdicou de sua própria vida para cuidar das filhas ainda em tenra idade.

Se deixar de lado a retórica²⁷ utilizada por Naum nos processos vividos contra Madalena, e passar para aquela produzida no processo cível vivido contra sua filha, as mesmas se confundem, sobretudo com as provas (in)diretas²⁸ que seu advogado mostrou ao juiz no processo cível de reparação de danos (n.11/2000). Vejamos.

No testemunho da irmã primogênita de Agnes, também apontada por essa como vítima dos abusos sexuais incestuosos praticados por Naum, o magistrado uma vez mais retomou as significações atribuídas à Madalena nos processos concluídos há mais de uma década, para refutar quaisquer veracidades do discurso de Agnes.

A filha do réu, e irmã da autora, mais velha, em seu depoimento, relata a aflição que viveu por atos protagonizados pela autora e sua mãe, de modo sentimental, inocentando o pai, negando a existência de qualquer abuso sexual, em relação a qualquer das filhas (fls. 304/305).

Na lógica da transposição de representações e de significações produzidas em outros processos já findos, o defensor de Naum contou com o auxílio de uma das testemunhas que depôs favoravelmente para seu cliente na década de 80, repetindo as versões contrárias à honra de Madalena, agora, extensível à de Agnes, e constantes no voto do magistrado literalmente transcrito:

²⁷ - No sentido de arte do convencimento pautada em indícios que somados levam às evidências.

²⁸ -Nos processos e acórdãos analisados, os indícios nem sempre (para não dizer quase nunca) foram evidenciados de maneira objetiva ou com as intituladas “provas diretas”. Aliás, algo que decorre da própria metodologia subscrita na definição atribuída ao termo “indícios” pelo Código de Processo Penal brasileiro em seu artigo 239, a saber: “Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, **por indução**, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias” (CPP, 2005:58; **negritos meus**). Na esteira da ênfase metodológica, vale a pena citar as explicações elaboradas pelo jurista Julio Fabbrini Mirabete sobre o referido artigo, através das quais os métodos indutivo e dedutivo são equiparados e a certeza da verdade alcançada com a sentença é sublinhada como “possibilidade”:

Na prova *indireta*, a representação do fato a provar se faz através da construção lógica; esta é que revela o fato ou circunstância. Provas indiretas são as presunções e os indícios, estes definidos no artigo. Nos termos da lei, a *premissa menor*, ou fato indiciário, é uma circunstância conhecida e provada (Tício foi encontrado junto ao cadáver com a arma do crime e objetos da vítima). A *premissa maior* é um princípio de razão ou regra de experiência que no exemplo é a de que todo aquele que é encontrado logo após o crime, junto ao cadáver, com a arma assassina e os objetos da vítima, é, *provavelmente*, o autor do crime. A *conclusão*, que é a comparação entre a premissa maior e a premissa menor por indução (ou dedução) é a de que Tício é *provavelmente* o autor do crime. (MIRABETE, 1994:286).

A Sra. **Iara** vizinha do réu, informou o carinho e as circunstâncias em que o mesmo vivia com as três filhas, abandonada pela mãe (Madalena), tendo que se privar de muitas coisas, afastando por completo a possibilidade da existência dos fatos noticiados na inicial. Fato importante é que a filha desta testemunha brincava com as filhas do réu, e como criança, não fizeram qualquer reclamação ou demonstraram irregularidade existente na relação familiar pai e filhas.

Em meio à circulação dos enunciados produzidos nos processos de Madalena *versus* Naum, e agora resgatados no de Agnes contra o pai, deparei-me também com o testemunho da Dra. Eutanásia, ex-advogada que defendera Madalena, cujo depoimento neste processo cível veio a prestar em favor de Naum. Nele, a advogada disse que: “nunca viu as filhas do réu demonstrar-se revoltadas com o mesmo, mas sim em relação à mãe Madalena”. Relembremos: justamente aquela que há anos atrás labutou como advogada de Madalena. Ossos do ofício rumo à produção das provas.

Em síntese, das demais testemunhas que depuseram a favor de Naum, os depoimentos da filha Ana Júlia, bem como o de seu noivo, reforçaram que os argumentos elaborados pelas advogadas de Agnes e também os depoimentos da vítima, não passavam de mentiras.

No tocante à base argumentativa elaborada por Dr. Glorioso, advogado de Naum, o juiz destacou que de fato a autora não preencheu o que dispõe o artigo 333, em seu inciso I, do Código de Processo Civil, ou seja, que ao autor incumbia mostrar o fato constitutivo do direito. Para sustentá-lo em seu argumento, o juiz Dr. Guilhotina reproduziu algumas verdades morais concretas jurisprudenciais, advindas do tribunal catarinense e de outros. Vejamos a que foi extraída do tribunal catarinense:

ÔNUS DA AUTORA. EXEGESE NO ARTIGO 333, INCISO I, DO CPC. RECURSO DESPROVIDO. “Em se tratando de responsabilidade civil por ato ilícito, o ônus da prova, em regra, cabe ao lesado, que deve demonstrar, além da existência do dano, também a culpa do réu no evento, sob pena de ver inacolhido o seu pleito”. (Negritos do original).

Mesmo que a jurisprudência transcrita e escolhida pelo Dr. Guilhotina aponte para certa flexibilidade do artigo 333, inciso I, ao mencionar que “em regra” cabe ao lesado o ônus de provar, para o referido juiz singular a

condenação de Naum era impensável, e o pensável e que lhe havia convencido foi que Agnes deveria suportar tanto a derrota, como “as custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em mil reais, a teor do artigo 20 do CPC. Suspensos pela gratuidade deferida na forma do artigo 12 da Lei 1060/50”.

Agnes não se deu por vencida e decidiu constituir nova advogada para ingressar quinze dias depois da publicação da sentença com o recurso de apelação, que até o encerramento da tese não havia sido julgado. Quanto à Naum e ao seu advogado, ambos também não se deram por vencedores.

III. 3.4. De réu Naum vira autor no processo de deserção promovido contra a filha!

Em setembro de 2006, Agnes foi citada para contestar a ação de n. 13/2006, movida por seu pai e intitulada de “ação ordinária de exclusão de direito sucessório”. Proposta com a assinatura de Dr. Glorioso, esse processo foi distribuído sem sorteio, mas, por dependência aos autos vencidos por Naum em 1ª instância que se encontravam parados na 24ª Vara Cível, haja vista a pendência de julgamento do recurso de apelação.

Na parte destinada à descrição dos fatos que motivaram Naum a propor a citada ação, o advogado restringiu-se a fazer longas remissões aos depoimentos de Agnes constantes no processo criminal, e às alegações estruturadas por Dra. Ferina e suas sócias no de reparação de danos morais. Baseado na verdade moral legal prescrita no artigo 1814 do Código Civil atual, o representante de Naum anunciou:

São excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários: II – que houverem acusado caluniosamente em Juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro.

Sem que precisasse recorrer à sua própria interpretação, Dr. Glorioso remeteu-se à verdade moral produzida pelo doutrinador aqui tantas vezes referenciado Yussef Cahali, para quem: “a calúnia se consuma desde que a falsa imputação é ouvida, lida ou percebida por uma só pessoa que seja, diverso do sujeito passivo”.

Para finalizar sua petição inicial, o Dr. Glorioso requereu a justiça gratuita ao autor que é desempregado; a distribuição por dependência aos autos de reparação de danos morais; a produção de todos os meios de prova em direito admitidos; a citação de Agnes e a procedência integral desta ação, vindo Agnes a ser excluída de todo e qualquer direito de herança decorrente do falecimento de Naum. Além, é claro, da condenação da ré ao pagamento das custas e demais despesas financeiras decorrentes da perda processual.

Sem ter tido acesso ao desenvolvimento desse processo e dos outros aqui descritos ainda em pendência, algumas considerações merecem destaque, não apenas sobre estes três processos protagonizados por Agnes, mas sobre todos os demais vividos por sua mãe contra seu pai e vice-versa, e sobre todos os outros acórdãos com os quais estabeleci determinadas comparações quanto à produção de provas.

Para Marcel Mauss a posição de doador, isto é, daquele que inicia a circulação das trocas (pacífica ou não) é significada como privilegiada, pois mesmo que o recebedor retribua de maneira condizente a dádiva recebida, sempre se sentirá vinculado (e obrigado) a alimentar essa troca que não foi por ele principiada. No caso de ser uma troca-dádiva conflitante, como o potlatch, as circulações de reciprocidades ofensivas por si só caracterizam-se como provas da condição desfrutada ora pelo doador, ora pelo receptor e retribuidor. Assim, todas as dádivas e mais precisamente o potlatch “deve sempre ser retribuído com juros, (...). As taxas são em geral de 30% a 100% ao ano” (MAUSS, 2003:249).

Ao transpor tal raciocínio para as guerras descritas ao longo deste capítulo e travadas pelos diferentes autores contra os diferentes réus, observo que a maioria dos sujeitos que iniciou a disputa judicial com o protocolo da petição inicial foi o vencedor em seu processo. Na maioria deles, os bens ou os objetos de disputa variaram desde crianças a serem guardadas, passando por valores monetários a serem partilhados, e chegando à liberdade daqueles supostos e condenados agressores sexuais. Em quase todos os processos, a palavra das partes litigantes se constituiu como a prova chave dos litígios, mas passível de verificação de veracidade, à medida que com ela outras evidências guardassem harmonia.

Parece-me que o que se leva em consideração neste contexto não é necessariamente a quantidade de provas que o autor do processo junta ao mesmo quando protocola sua petição inicial, ou os demais documentos produzidos ao longo da disputa judicial, mas a coerência que todos os suscitados indícios (materiais ou discursivos) mantêm com os argumentos fabricados e reforçados pelos advogados. Assim as verdades judiciais são produzidas e eleitas. Neste sentido elas refletem a lógica do que se denomina de justiça, pois mesmo aqueles operadores do direito que acompanharam de perto o desfecho de uma disputa judicial, por meio de depoimentos, interrogatórios e testemunhos colhidos para que seus olhos pudessem ver e seus ouvidos ouvir, vê-se ainda assim que se encontram adstritos ao que as partes litigantes apresentam e levam ao processo. Por mais liberdade que o juiz criminal possa teoricamente desfrutar em relação ao da área cível, todas as provas que ao longo dos processos criminais aqui descritos foram produzidas, partiram de algum indício, detalhe ou palavra suscitada tanto pelo réu quanto pelo autor em meio às disputas judiciais.

CAPÍTULO IV. *UBI VERITAS?* (ONDE ESTÁ A VERDADE?)

IV.1. Breve resgate de como as provas e as verdades foram produzidas nos casos concretos.

No decorrer do terceiro capítulo, descrevi os atos processuais praticados pelas partes litigantes através de seus advogados nas disputas judiciais em que estiveram envolvidos. No presente capítulo, procurarei aprofundar analiticamente algumas temáticas que saltaram aos meus olhos em meio às descrições dos processos vividos por Madalena contra Naum (e vice-versa), e deste contra Agnes (e vice-versa)¹. São elas: as trocas lingüísticas assimétricas que sustentam os processos judiciais; a importância dos operadores do direito na produção das verdades e das provas judiciais, em especial, a do magistrado; os mecanismos de controle e de vigilância judiciais processuais que também são verificáveis em outros contextos (relacionais) sociais, e o poder exclusivo que os discursos sentenciários detêm de constituírem sujeitos.

Tais pontos que podem ser lidos como interligados entre si, com a prevalência de uns sobre os outros – como das trocas lingüísticas assimétricas em relação às demais, emergiram da seguinte sinopse do capítulo anterior.

Como propus em seu encerramento, os louros da vitória desfrutados pelos advogados de Naum, de 1985 a 1989 e de 2000 a 2007, basearam-se em premissas difundidas pelo discurso jurídico em suas duas verdades morais abstratas (doutrinárias e legais) e, em sua verdade moral concreta (jurisprudenciais). São elas – reproduzidas em forma de *insights* analíticos:

1ª – Só existe para o contexto jurídico a realidade demonstrada nos autos do processo, donde decorrem as principais características que só o discurso jurídico detém, tais como: utilização do método indutivo que desemboca em julgamentos anacrônicos (sincrônicos) e descontextualizados; a proliferação de sentenças que (re)produzem representações; e a instituição de conseqüências concretas quanto à produção de verdades que implicam – em alguma medida – na produção de sujeitos de carne e osso e de seus habitus (BOURDIEU, 1996).

¹ - Sem esquecer, das comparações estabelecidas entre tais batalhas e os seis acórdãos catarinenses constantes no quadro exposto no item I. 6.2.

Uma das ilustrações interessantes quanto aos habitus que o discurso jurídico (sobretudo o sentencial) produz sobre as partes litigantes, refere-se à Madalena e à Naum. Nos processos que antecederam à batalha de revisão de pensão alimentícia proposta por Naum, ambos – Madalena e o ex-marido – foram qualificados pelos seus advogados e pelos do adversário, respectivamente, como “do lar” e como “empresário e industrial”. No processo de n.04/1987 (ver item I. 6.1. do capítulo primeiro e item III. 1.4 do terceiro), a advogada de Naum passou a classificá-lo como “desempregado” e Madalena como “pedagoga e atriz”.

Ora, por mais que a advogada de Madalena tivesse contestado tal condição social desfrutada pelo ex-marido, isto é, a de desempregado, a mesma não se furtou de fazer remissão à qualificação produzida pela advogada de Naum, e nem tampouco retificou àquela produzida em relação à sua cliente. O fato é que a partir destas nomeações tanto os discursos judiciais decorrentes das testemunhas de Naum, quanto os decorrentes de promotores e juízes envolvidos nos litígios, passaram a conceder aos termos classificatórios “pedagoga, atriz e desempregado” significações não tão polissêmicas assim. Dezesesseis anos depois dos conflitos vividos com o ex-marido, na sentença que pôs fim em primeira instância ao processo n. 11/2000 (*Agnes versus Naum*), o sentido atribuído às qualificações de pedagoga e de atriz em relação à Madalena reduziu-se ao da mãe anormal que abandonou as filhas; e o de desempregado imputado à Naum equiparou-se ao do pai abnegado à educação das filhas.

2ª – Cabe ao advogado, representante do autor de uma ação iniciar as trocas processuais expondo ao magistrado o máximo de informações acerca dos objetivos de seu cliente, sob pena de sua petição inicial ser considerada pelo juiz como inepta – ou não passível de prosseguimento.

3ª – Juntamente com os pedidos que compõem quaisquer petições iniciais, cabe ao advogado do autor (ou requerente) mostrar ou indicar ao magistrado os indícios probatórios que refletem a veracidade de suas informações para basear os fatos que constituem seu direito.

4ª – Cabe ao advogado, representante do réu – na ação contra ele intentada, dar continuidade às trocas processuais mostrando ao magistrado o máximo de informações que contrapõem cada pedido formulado pelo advogado adversário.

À luz desta premissa, algumas são as regulamentações que podem ser depreendidas do Código de Processo Civil:

Art. 300. Compete ao réu alegar, na contestação, toda a matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito, com que impugna o pedido do autor e especificando as provas que pretende produzir. (CPC, 2005:79). **(Negritos do original).**

&

Art. 302. Cabe também ao réu manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial. Presumem-se verdadeiros os fatos não impugnados, salvo:

I – se não for admissível, a seu respeito, a confissão;

II – se a petição inicial não estiver acompanhada do instrumento público que a lei considerar da substância do ato;

III – se estiverem em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto. (CPC, 2005:80). **(Negritos do original).**

&

Art. 303. Depois da contestação, só é lícito deduzir novas alegações quando:

I – relativas a direito superveniente;

II – competir ao juiz conhecer delas de ofício;

III – por expressa autorização legal, puderem ser formuladas em qualquer tempo e juízo. (CPC, 2005:81).

5ª – Além de contestar ponto por ponto do argüido pelo representante do autor, o advogado do réu pode (e será tanto melhor) trazer aos autos do processo novos fatos não expostos inicialmente pelo advogado do autor, e que somados às provas produzidas na apresentação da contestação ou a serem produzidas ao longo do processo, venham a atestar ao magistrado os fatos que impedem (de prosperar), que modificam ou que extinguem – inviabilizam os pedidos do autor.

Quanto aos fatos argumentados pelo advogado do réu que venham a modificar, impedir e/ou inviabilizar a eficácia dos pedidos demandas pelo autor, recorro (uma vez mais) a um dos processos que compõem a batalha entre Agnes *versus* Naum (e vice-versa).

No processo cível de reparação de danos (n.11/2000), o juiz ao julgar a favor do réu em primeira instância, destacou de maneira objetiva as formalidades que regem o ritual processual ao enfatizar que:

A prova é ausente e os indícios são todos contrários a versão da autora, levando então, a improcedência por completo da reclamação.

Necessário lembrarmos o disposto no art. 333, inciso I, do CPC:

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

Na versão da autora, ficou detalhada apenas seu reclamo de forma duvidosa quanto a própria existência dos fatos, ou seja, uma situação fantasiosa, ante os elementos trazidos. As suas testemunhas apontaram apenas a questão emocional, isto é, que autora chorava e estava nervosa, quando relatou os fatos para suas professoras, sendo que estas, em juízo, sequer identificaram a ação ilícita, supostamente existente e apontada ao réu.

A jurisprudência é farta no sentido de que incumbe ao autor o ônus da prova do ato ilícito ensejador da responsabilidade, sob pena de improcedência. **(Negritos meus).**

Finalmente, para encerrar algumas das premissas passíveis de serem apreendidas dos discursos jurídicos descritos:

6ª – Tanto na qualidade de advogado do réu quanto na do autor, cabe ao citado operador do Direito produzir desde o início do processo uma narrativa coerente, capaz de ser enriquecida ao longo de seu transcurso, seja por provas novas (ou inexistentes no momento da propositura da ação ou de sua contestação), seja pela resignificação atribuída às provas juntadas aos autos do processo pelo adversário. Afinal, as coisas em si – documentos, telegramas, recibos, confissões, depoimentos, testemunhos – de nada valem sem o seu respectivo discurso e/ou interpretação. Se preferirmos Roland Barthes: « le fait n'a jamais qu'une existence linguistique » (*apud* GINZBURG, 2006 :219).

A partir destas premissas e/ou destas regras ritualísticas, observa-se que o máximo de zelo por parte do advogado no cumprimento das **formalidades** apregoadas pelas três verdades morais jurídicas, converge para um código estilístico (GINZBURG, 1989a: 188) – incluindo o uso do latim, instituidor desse poder-saber repleto de trocas lingüísticas assimétricas. Passo, portanto, à abordagem do que entendo por “trocas lingüísticas assimétricas” e como elas se articulam no campo descrito na tese. E mais: como a partir delas decorrem as outras três antes destacadas.

IV. 2. As relações processuais pensadas como “trocas lingüísticas assimétricas”

Inicialmente, ao me referir aos processos judiciais cíveis e criminais (litigiosos ou consensuais) enquanto trocas (lingüísticas assimétricas), alerto o leitor para os dois caminhos interpretativos por mim escolhidos. Em um primeiro momento, opto por decompor a expressão “trocas lingüísticas assimétricas” à luz de alguns conceitos formulados por Lévi-Strauss e por Dumont. Em um segundo momento, sem decompor a expressão “trocas lingüísticas assimétricas”, utilizo-me das considerações elaboradas por Bourdieu.

Ao beber nas águas filtradas por Lévi-Strauss, que os antropólogos bem sabem que bebeu, sobretudo, nos trabalhos teóricos/comparativos de Marcel Mauss e nos empíricos de Malinowski (dentre outros), guardadas as diminutas proporções de minha sede nessa cadeia retro-alimentar, interessa-me destacar o seu conceito sobre os bens. Parece-me que ao utilizá-lo, tendo a afastar possíveis confusões com a categoria jurídica de “bens”, bem como, tendo a mostrar como o conceito levistraussiano pressupõe a própria reciprocidade².

Quanto à citada categoria analítica, expõe Lévi-Strauss:

Os bens não são somente comodidades econômicas, mas veículos e instrumentos de realidades de outra ordem, potência, poder, simpatia, posição, emoção. O jogo sábio das trocas (onde frequentemente não há transferência real, assim como os jogadores de xadrez não dão um ao outro as peças que avançam alternativamente no tabuleiro, mas procuram somente provocar uma resposta) consiste em um conjunto complexo de manobras, conscientes ou inconscientes, para atribuir garantias e prevenir-se contra riscos no duplo terreno das alianças e das rivalidades. (LÉVI-STRAUSS, 1982: 94).

² - No que diz respeito ao entendimento das trocas hostis ou da existência de reciprocidade em situações similares às da guerra, como nos processos litigiosos, sugiro ao leitor a consulta da revisão realizada pela antropóloga Ciméa Bevilaqua (2002). Ao resgatar as críticas de Pierre Clastres a Lévi-Strauss, bem como, as importantes contribuições de Carlos Fausto, Bevilaqua argumenta que:

No entanto, a análise lévi-straussiana se situa também em outro plano, mais geral e mais abstrato, no qual o princípio da reciprocidade não se refere simplesmente ao nível concreto das instituições sociais particulares e das trocas pacíficas, mas constitui uma condição de toda experiência humana – inclusive da guerra – e o fundamento universal do *socius*. (BEVILAQUA, 2002:171).

Remarco que esta noção de bens extrapola o reducionismo por vezes dedutível das verdades jurídicas morais abstratas e concretas, que a concebem igualando-a ou distinguindo-a da categoria nativa das “coisas”. Vejamos:

Do *bem*, do latim *bene*, é empregado na acepção de *utilidade, riqueza, prosperidade*.

Na terminologia jurídica é, geralmente, tomado no sentido de coisa, correspondendo à *res* dos romanos.

No entanto, nem sempre *bens e coisas* podem ser tidos em sentido equivalente, porquanto há *bens* que não se entendem *coisas*, e há *coisas* que não se entendem como *bens*.

Na compreensão jurídica, somente como *bens* podem ser compreendidas as *coisas*, que tenham dono, isto é, as *coisas* apropriadas. Escapam, pois, no sentido de *bens*, as *coisas* sem dono (*res nullius*).

Desse modo, toda coisa, todo direito, toda *obrigação*, enfim, qualquer *elemento material ou imaterial*, representando uma utilidade ou uma riqueza, integrado no patrimônio de alguém e passível de apreciação monetária, pode ser designada como *bens*.

E não importa que estas *coisas*, reputadas como *bens*, se evidenciem corpóreas ou incorpóreas. Os *direitos* que incidem sobre *coisas*, embora incorpóreas, entendem-se igualmente *bens*: são *bens* os direitos autorais, os direitos creditórios.

Segundo a sua natureza e as condições em que se integram no patrimônio da pessoa, na terminologia jurídica, tomam os *bens* várias especificações, que, destarte, vão distinguindo do gênero as suas diversas espécies. (DE PLÁCIDO E SILVA, 1967: 236-237).

Quanto à noção de hierarquia (ou assimetria) entre os pólos relacionais bebo nas águas filtradas por Louis Dumont. Porém, saliento que a vínculo com os *bens* (sentimentos, crianças e outros devidamente “reduzidos a termo” ou documentados) que são administrados/manobrados pelo Estado-juiz, à linguagem técnica que impõe limitações aos *outsiders* do campo jurídico e à posição privilegiada que o magistrado ocupa nas trocas processuais.

No tocante à hierarquia, Louis Dumont configura-se como referência para o entendimento da distinção entre individualismo e holismo. Em sua pesquisa na Índia que deu margem à publicação de uma de suas mais conhecidas obras, *Homo Hierarchicus*, o aluno de Marcel Mauss, reforça aquilo que para alguns antropólogos é um *plus* em relação à teoria da reciprocidade levi Straussiana. Para Lévi-Strauss, o universal nas mais variadas sociedades baseia-se nas trocas (não apenas de mulheres, mas em especial delas) que permitem o estabelecimento de relações sociais de aliança entre pólos diferentes e que ao mesmo tempo são equivalentes. Diferentemente, Dumont ressalta que o escândalo causado pela

sociedade de castas indiana aos olhos dos pesquisadores ocidentais, não levou em consideração tratar-se ela própria de uma lógica que prevê relações sociais valorativas ou a precedência de valores que englobam as trocas. Assim, na revisão realizada por Piero de Camargo Leirner:

Inspirado pela noção durkheimiana de hierarquia de níveis nas representações (por exemplo, entre as categorias coletivas e as representações individuais), Dumont sugere que os termos não podem ser arranjados em pólos equivalentes. Veja-se o caso estudado por Robert Hertz, um colaborador de Mauss e Durkheim (em “A preeminência da mão direita: um estudo sobre a polaridade religiosa”, publicado em 1909), que parece ser útil para se entender a montagem dumontiana. Trata-se da oposição entre direita e esquerda no corpo humano. Hertz mostra, com uma tonalidade bastante próxima à de Mauss ao levantar exemplos que costuram diferentes sociedades e épocas, que os dois lados não estão em uma relação de equivalência para o corpo humano (LEIRNER, 2003:30-31).

Centrando-me no exemplo de Hertz, a diferença entre ambos os lados, direito e esquerdo, estrutura-se de maneira hierárquica e valorativa, ou seja, o lado direito do corpo apresenta relevância sobre o lado esquerdo, graças à perspectiva relacional que ambos assumem tendo como parâmetro o todo simbolizado pelo corpo humano. Não necessariamente como duas metades opostas e equivalentes, mas uma como precedente à outra em um dado contexto ou sob uma dada perspectiva da relação estabelecida entre as partes e o todo. No sentido de “englobamento do contrário”.

Se transpuser tais elucidacões para o contexto de trocas (pacíficas ou hostis) judiciais, não há que se pensar na figura do juiz como um elemento posto no ápice de uma pirâmide, formada por vários segmentos da base ao topo, sobrepostos e independentes entre si. Antes, como uma totalidade que veicula valores que englobam os elementos que a compõem, em uma relação de interdependência ou de complementaridade que visa à produção de uma verdade, graças à exclusão de outras versões derrotadas.

Assim, se ao juiz pode-se atrelar a tarefa suprema de um processo, qual seja, a de julgar, essa ação encontra-se disposta em nossa própria sociedade por meio do dispositivo da vigilância. Repito: a distinção de valor do juiz comparada a de outros sujeitos que desempenham a vigilância e o julgamento fora do contexto jurídico (como os conselheiros tutelares, dentre outros), é que o primeiro dispõe

da força discursiva jurídica constitutiva da própria **“jurisdição” e da “coisa julgada material”**.

Neste sentido, poderia falar que se trata de uma relação de englobamento e de dominação desempenhada pelo juiz, e então inviável seria a existência de “alternância de dominação”, tal como entende Michael Houseman (1984³) ao utilizar o conceito dumontiano de “englobamento do contrário”⁴. De qualquer forma, as relações em um processo não se resumem à sentença, mas antes ao conjunto de procedimentos que objetivam uma sentença, através do qual as atuações dos demais operadores do direito tornam-se essenciais. E, portanto, sob tal prisma, há alternância de sujeitos que são os responsáveis pela própria existência concreta de um processo, seja comumente o promotor em um processo penal, seja comumente o advogado em um processo cível. Afinal, são eles que possibilitam que as mais diversas demandas cheguem às portas dos gabinetes dos mais diversos juízes.

No que diz respeito à linguagem técnica do direito, ilustrarei neste mesmo item, como o magistrado atua na qualidade não apenas de mediador, mas, acima de tudo como aquele que valora a pertinência ou não de determinadas circulações de bens processuais, e então, da própria pertinência ou não de determinadas trocas lingüísticas que se conduzem por regras de etiquetas discursivas. Mas, abro alguns parênteses, precedidos por indagações.

Quais são os documentos jurídicos dirigidos ao juiz que não contêm ao seu término: “termos em que pede deferimento”, ou em seu princípio: “Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito de tal Vara da Comarca tal”? Quais são os documentos jurídicos que não contêm menção a artigos de leis, cujos conteúdos, veiculam categorias jurídicas ininteligíveis para o público em geral como: “fideicomisso”; “arresto”, “novação”, etc? Quais são as sentenças que não se tornam incompreensíveis ao término de sua leitura, sem que possamos, por vezes, saber quem ganhou ou quem perdeu, exceto, quando em seu término e ao lado dos nomes das partes

³ - Aconselho da mesma forma a leitura do trabalho esclarecedor de Bevilacqua (2002) quanto às contribuições Michael Houseman. Ou mesmo, as considerações mais singelas formuladas em Becker (2002).

⁴ - Então, penderia à análise de “reciprocidade hierárquica” desenvolvida por Marcos Lanna (1995), na qual, a alternância de dominação não se encontra prevista, apesar de inspirado na mesma noção de complementaridade dumontiana. Assim, as relações de compadrio estabelecidas no município nordestino de São Bento, entre patrões e empregados, reforçam, por exemplo, as situações de englobamento e de superioridade dos primeiros sobre os segundos.

litigantes encontramos termos como: condenado, absolvido, dentre outros de fácil entendimento⁵?

Tais questionamentos refletem características que são comuns aos discursos ditos legitimados, autorizados, de competência ou de conhecimento (CHAUI, 1982). Todos sob as destacadas rubricas são meticulosamente sistematizados pelas suas respectivas ciências. Em relação às ciências jurídicas não é diferente, e nessa ao longo do aprendizado nos bancos universitários nota-se que as regras que ditam o *modus operandi* ou habitus (BOURDIEU, 1996) do pretense profissional são apreendidas e reproduzidas em suas práticas cotidianas, ora enquanto estagiário, ora enquanto operador do direito. A produção deste conhecimento como de tantos outros discursos científicos e autorizados, se processa através de uma sistematização que circula entre sujeitos legitimados para apreendê-los, e nesse sentido ela se produz enquanto secreta. Somente estes sujeitos detêm a hermenêutica mais próxima daquela lida e relida ao longo de anos de estudos, e friso ser a “mais próxima”, pois como outrora remarquei, há uma tendência destes discursos se tornarem ideológicos, fazendo-nos crer que eles não são produtos de um dado e definido contexto sócio-histórico-cultural. Desde criança sabemos que enquanto filhos, nós temos direitos e obrigações, e que ao nos tornamos pais/mães teremos outros tantos direitos e obrigações, sem que para tanto tenhamos quaisquer familiaridades com os diversos Códigos legais, mas os apreendemos porque eles se tornaram ideológicos.

Entretanto, no contexto jurídico (em geral) não basta que conheçamos a lei e que (independentemente de um advogado) possamos nos expressar defendendo nossos direitos. É indispensável que à petição inicial esteja anexada uma procuração, na qual o autor outorga ao advogado (pertencente à Ordem dos Advogados do Brasil) o direito de vir a falar por ele, sobretudo, no contexto jurídico processual da justiça comum. É indispensável que seja feita a tradução pelo advogado ao juiz. E, a esse último, cabe medir a pertinência desta tradução realizada pelos diferentes operadores do direito que disputam algo em um lócus litigioso.

⁵ - Já dizia a saudosa Clarice Lispector: “– Que é isso? – É um requerimento. – Você que escreveu? Deixa eu ler: “O abaixo assinado vem requerer a V. Senhoria...”Mamãe, puxa, você nunca escreveu tão grã-fino” (1999:25).

Mas, também cabe ao juiz realizar as devidas **filtragens e intermediações** junto aos depoimentos prestados pelas partes litigantes (e testemunhas), como bem assinala Carlo Ginzburg (1993) – nas análises voltadas às mais de três mil folhas processuais do caso Leonardo Marino: o réu/assassino confesso⁶. Assim, se a presença do advogado intermediando ou traduzindo os interesses de seu cliente é condição indispensável para a existência do processo na justiça comum⁷ (ao menos brasileira), e, por conseguinte, para o estabelecimento das trocas lingüísticas com o magistrado, ver-se-á que sua presença nem sempre influencia a lógica operativa do juiz nas audiências destinadas à escuta das partes litigantes e das testemunhas. Enfatizo abaixo um dos trechos do processo destinado à oitiva de Marino, no qual se encontram presentes tanto o advogado de um dos co-participes no crime em questão (apontado na confissão do réu principal), quanto o juiz presidente da instrução. Nesta, observaremos que o magistrado conduz o réu e os advogados envolvidos no litígio, a determinadas respostas que parecem já ter sido previamente elaboradas pelo primeiro até aquele momento do ritual processual, tornando questionável a própria razão de ser daquela audiência.

(...) sabemos que durante gran parte del proceso Marino ha contado un cúmulo de patrañas sobre su arrepentimiento. En la instrucción dijo que había hablado con el sargento mayor de los carabineros de Ameglia. El 12 de enero el abogado Pecorella (uno de los defensores de Bompressi) preguntó: “Así pues, ¿conocía ya al sargento mayor de Ameglia con quien habló? ¿Había tenido ya ocasión de establecer contacto con él? Y, sobre todo si lo anterior no procede, ¿puede decirnos cómo se llama?”

Presidente: Para él es el sargento mayor de Ameglia.

(Téngase presente que el proceso es dirigido según el código antiguo: el presidente actúa como un filtro entre abogados y acusados, o entre abogados y testigos. Sin embargo en este caso el presidente no se limita a reformular la pregunta planteada a Marino: habla en su nombre. El diálogo que sigue demuestra que no se trata de una distracción ocasional.)

Ab. Pecorella: Sí, puede darse el caso de que lo conociera... Ameglia no es muy grande, así que...

Presidente: ¡Hable!

Marino: Al sargento mayor de Ameglia lo conocía anteriormente como... Le había visto alguna vez, pero no... Mis relaciones con él... O sea que no había absolutamente ninguna relación. En el sentido de que las únicas relaciones eran del tipo, así como... Si tenía que pagar una multa, iba a pagarla. Pero no...

Ab. Pecorella: ¿Sabía su apellido?

Marino: No. Lo he sabido después... Se llama Rossi.

⁶ - Mencionado no terceiro capítulo.

⁷ - No sistema judiciário brasileiro, mesmo antes do advento da Lei dos Juizados Especiais (9099/95), certos litígios considerados de pequeno valor ou de pequena importância podiam e continuam podendo ser reclamados sem que os sujeitos estejam acompanhados de advogados.

Ab. Pecorella: ¿Sabe usted... si casualmente se telefoneó, o si de cualquier otro modo para su traslado a Milán se consultó también a la Legione de La Spezia? ¿O fue llevado a Milán inmediatamente?

Marino: ¿Me lo pregunta a mí?

Ab. Pecorella: Sí, si es que lo sabe. ¿Oyó la llamada telefónica...?

Marino: No, no lo sé.

Ab. Pecorilla: Pero esto otro seguramente sí lo sabrá. ¿Dónde durmió la noche del 20 al 21 de julio?

Presidente: **Ya le hemos formulado preguntas sobre estos pasos. Usted acudió al sargento mayor y el sargento mayor lo condujo al capitán de Sarzana. Dijo: “Quiero hablar” y fue conducido a Milán.**

Marino: “No he entendido bien la pregunta”.

(...). (GINZBURG, 1993:57). **(negritos meus).**

Reproduzido o citado diálogo judicial, o historiador arremata:

Marino no sabe, no recuerda, se confunde incluso ante preguntas aparentemente inocuas, como la referente al sargento mayor de Ameglia (a quien sin embargo, al parecer, Marino conocía perfectamente). El presidente parece querer anticipar las respuestas de Marino, que en un caso le sigue al pie de la letra, visiblemente trastornado. (idem: 59). (Negritos meus).

Vê-se que Ginzburg afirma ser a prática do juiz (no caso Marino) de “falar em nome do depoente ou da testemunha”, parte de um ritual referente ao código italiano antigo, que intentava literalmente conduzir os ditos judiciais a um dado fim, quiçá previsto ou preexistente à própria descoberta da verdade. Entre nós brasileiros, em relação à verdade moral abstrata legal prescrita no Código de Processo Penal e no Código de Processo Civil, a intermediação das falas proferidas em juízo pelo magistrado ainda encontra-se vigente. Detalhe: é ao juiz que o advogado (de uma das partes litigantes) deve se dirigir para fazer a pergunta ao depoente ou à testemunha, e não diretamente a esses últimos, pois é o juiz o responsável por formular ou reformular a respectiva indagação. Trocando em miúdos, é o juiz que fala em nome do depoente ou da testemunha.

Art. 212. As perguntas das partes serão requeridas ao juiz, que as formulará à testemunha. O juiz não poderá recusar as perguntas da parte, salvo se não tiverem relação com o processo ou importarem repetição de outra já respondida. (CPP, 2005:54). (Negritos meus).

Art. 446. Compete ao juiz em especial:

I – dirigir os trabalhos da audiência;

II – proceder direta e pessoalmente à colheita das provas;

III – exortar os advogados e o órgão do Ministério Público a que discutam a causa com elevação e urbanidade.

Parágrafo único. Enquanto depuserem as partes, o perito, os assistentes técnicos e as testemunhas, os advogados não podem intervir ou apartear, sem licença do juiz. (CPC, 2005:102). **(Negritos meus).**

Assim, se inicialmente me inspirei em Mauss, Lévi-Strauss e Dumont para explicar as trocas lingüísticas assimétricas, outro teórico francês concede à mesma expressão nuances não consideradas (explicitamente) pelos anteriores. Refiro-me a Pierre Bourdieu e seu “A economia das trocas lingüísticas: o que falar quer dizer” (1998), cujas distinções no que diz respeito à Lévi-Strauss alocam-se, por exemplo, tanto na ênfase em Baktin ou em Chomski ao invés de Saussure, quanto no entendimento da troca como um ato de comunicação estabelecido, a meu ver, entre dominantes e dominados.

Portanto, ao remarcar que no universo processual jurisdicional são os juízes que mensuram as trocas lingüísticas estabelecidas **com** as partes litigantes e não **entre** as partes litigantes, nota-se que mesmo entre “iguais” – detentores da legitimidade jurídica – as relações estabelecem-se como assimétricas, dependendo da função que cada um dos operadores do Direito venha a desempenhar. O contexto, então, significa e ressignifica a linguagem e não o inverso como previa Saussure. E mais: não se trata de qualquer linguagem, mas daquela instituída como padrão (ou oficial) pelos discursos ou “atos de autoridade” (BOURDIEU, 1998), e **instituidora de verdades (FOUCAULT, 2001a⁸)** sobre aqueles que não apresentam o poder-dever de falar. Conseqüentemente, para Bourdieu, e não para Foucault⁹, “os locutores desprovidos de competência legítima se encontram de fato excluídos dos universos sociais onde ela é exigida, ou então, se vêem condenados ao silêncio” (BOURDIEU, 1998:42)¹⁰. Aqui, as tensões entre os iguais e entre os legitimados e os *outsiders* merecem maiores considerações, pois em ambas as trocas lingüísticas, compete aos iniciados, sobretudo aos magistrados, o dever de

⁸ - Nas discussões sobre a sexualidade e a produção de verdade a respeito do sexo, seja a partir do discurso médico, psiquiátrico, psicanalítico e jurídico, Foucault assim destaca sobre um dos institutos mais importantes do Direito, a confissão: “Por confissão entendo todos estes procedimentos pelos quais se incita o sujeito a produzir sobre sua sexualidade um discurso de verdade que é capaz de ter efeitos sobre o próprio sujeito” (idem: 264).

⁹ - Cujas distinções em relação à Bourdieu, à Ginzburg e outros teóricos retomo adiante.

¹⁰ - No segundo capítulo, fiz menção aos discursos de competência através das explicações de Marilena Chauí.

correção no uso da língua oficial com o intuito de reforçar a hierarquização em meio aos rituais de consagração/instituição¹¹.

Sob este prisma, o uso recorrente das expressões latinas pelos operadores do direito, acrescido da elaboração de uma escritura recheada de termos técnicos e de termos da língua nacional de difícil compreensão, denota a fronteira entre as partes litigantes e os operadores do direito. Muitas seriam as ilustrações passíveis de serem extraídas dos processos e dos acórdãos até então expostos na tese, mas selecionei uma longa passagem do acórdão n.04/1992 (Ministério Público *versus* Adelma), no qual o desembargador relator descreve parte das ações da representante do Ministério Público, e inicia o seu voto em relação aos descontentamentos do promotor e da procuradora geral de justiça.

Certificada a soltura da mãe dos menores, sentenciou o digno magistrado **a quo**, extinguindo o processo por considerar prejudicada a pretensão inaugural, visto que implicaria, de maneira transversa, na destituição do pátrio poder.

Irresignada, apelou a representante do Ministério Público pugnando pela anulação da sentença, alegando em suas razões ofensa aos artigos 28 parágrafo primeiro e 35 do Estatuto da Criança e do Adolescente e 82, II do CPC, dado que ao **parquet**, assim como aos menores, não foi oportunizada manifestação acerca da revogação da guarda.

Juntou cópia do recurso criminal interposto contra a sentença que impronunciou a mãe dos menores, asseverando ser desaconselhável a permanência dos mesmos em sua companhia.

Ascenderam os autos a este grau de jurisdição, manifestando-se a douta Procuradoria Geral de Justiça pela anulação do feito a partir do momento em que deveria ter intervindo o representante do Ministério Público e, de qualquer forma, pela conversão do julgamento em diligência para que, sobre o recurso, manifestasse a recorrida.

Constatada a ausência de intimação da apelada para contra-arrazoar o recurso, decidiu a Câmara converter o julgamento em diligência.

Suprida a omissão, retornaram os autos, manifestando-se a douta Procuradoria Geral de Justiça pelo desprovimento da apelação.

¹¹ - Alfinetando a noção elaborada por Arnold Van Gennep sobre o rito de passagem, que posteriormente foi resgatada e sistematizada por Victor Turner, Bourdieu assim conceitua o que entende por ritos de consagração ou de instituição:

Valendo-se da noção de rito de passagem, Arnold Van Gennep *nomeou* e até descreveu um fenômeno social de grande importância. Eu não acredito que ele tenha feito muito mais do que isso, o mesmo podendo-se dizer daqueles, a exemplo de Victor Turner, que reativaram tal teoria propondo uma descrição mais explícita e sistemática das *fases* do ritual. (...).

O principal efeito do rito é o que passa quase sempre completamente despercebido: ao tratar diferentemente os homens e as mulheres, o rito *consagra* a diferença, ele a institui, instituindo ao mesmo tempo o homem enquanto homem, isto é, circuncidado, e a mulher enquanto mulher, isto é, não passível desta operação ritual. E a análise do ritual cabila mostra isso claramente: a circuncisão separa o rapaz das mulheres e do mundo feminino e não tanto de sua infância ou dos meninos, vale dizer, separa-o da mãe e de tudo o que a ela se associa, o úmido, o verde, o cru, a primavera, o leite, o insípido, etc. (BOURDIEU, 1998:97-98).

É o relatório.

O recurso teve um andamento anômalo, tanto que já se converteu o julgamento em diligência em respeito ao princípio da igualdade das partes, dada a ausência das contra-razões da apelada.

Ocorre que ao recebê-las, o magistrado, de pronto, ordenou a remessa ao Tribunal de Justiça, sem exercitar, neste momento, o juízo de retratação de que trata o art. 198, VII, da Lei n. 8.069/90 (ECA).

Todavia, ao receber a apelação do Ministério Público, o ilustre juiz expressamente manteve a decisão, em antecipação ao momento processual adequado.

Ora, se ao tomar conhecimento do teor da apelação o magistrado convenceu-se do acerto do **decisum** apelado, mantendo-o expressamente, seria chinesice exagerada converter-se, mais uma vez, o julgamento em diligência, apenas para que o novo despacho sustentatório seja repetido.

“Digno magistrado **a quo**”; “CPC”; “ECA”; “extinguindo o processo por considerar prejudicada a pretensão inaugural, visto que implicaria, de maneira transversa (...)”; “irresignada”; “pugnando pela anulação da sentença”; “dado que ao **parquet**”; “ascenderam os autos a este grau de jurisdição”; “a sentença que impronunciou a mãe dos menores”; “conversão do julgamento em diligência”; “o ilustre juiz expressamente manteve a decisão, em antecipação ao momento processual adequado”, e outras frases, expressam a necessidade de um conhecimento técnico jurídico por parte do leitor que ultrapassa o domínio do “vernáculo” ou do dicionário da Língua Portuguesa. Ou seja, um domínio pedagógico brilhantemente analisado por Foucault ao se debruçar sobre o nascimento da clínica:

Este novo esoterismo é diferente em sua estrutura, em seu sentido e em seu uso daquele que fazia os médicos de Molière falarem latim: tratava-se apenas então de não ser compreendido e de manter, ao nível das receitas da linguagem, os privilégios corporativos de uma profissão; agora se procura adquirir um domínio operatório sobre as coisas, por um justo uso sintático e uma difícil familiaridade semântica com a linguagem. (FOUCAULT, 1980:131)¹².

¹² - A respeito do uso do latim e de línguas estrangeiras como signo atrelado aos discursos das classes dominantes, cabe assinalar as contribuições de Carlo Ginzburg (1987) e Mikhail Bakhtin (1981), cujas obras retratam influência marxista – diferentemente de Foucault. Assim, na análise do processo condenatório e executório do moleiro Menocchio, Ginzburg mostra como o camponês acessou a “cultura de seus adversários” - padres, juízes, etc., e como sua autodefesa não se limitou, portanto, a denunciar a “traição dos pobres” pelo uso de uma língua burocrática (e sacerdotal) como o latim. O horizonte de sua polêmica era mais amplo. “O que é que você pensa, os inquisidores não querem que nós saibamos o que eles sabem”. (...) Entre “nós” e “eles” a contraposição era clara. “Eles” eram os “superiores”, os poderosos – não só os situados no vértice da hierarquia eclesiástica” (GINZBURG, 1987:113-114).

Além disto, ao nos depararmos com o prescrito nas verdades morais abstratas legais veiculadas pelo Código de Processo Civil, uma contradição vem à tona entre o previsto em lei e a praxe da escritura dos operadores do direito, baseada na utilização de palavras inexistente no vernáculo. Trata-se da proibição expressa no citado código processual quanto à utilização de termos que extrapolem o dicionário da língua portuguesa.

Art. 156. Em todos os atos e termos do processo é obrigatório o uso do vernáculo. (CPC, 2005:53).

&

Art. 157. Só poderá ser juntado aos autos documento redigido em língua estrangeira, quando acompanhado de versão em vernáculo, firmada por tradutor juramentado. (CPC, 2005:53-54).

Da mesma forma, o trecho do julgamento destacado remete-nos também ao poder atribuído ao magistrado para (in)deferir os pedidos elaborados pelos promotores, retratando **sua supremacia no domínio da gramática** técnica jurídica veiculada pelas verdades morais abstratas (leis e doutrinas) e concretas (jurisprudenciais) em relação aos demais operadores do direito. E mais: se na cena jurídica estiver atuando um desembargador, esse poderá desempenhar sua supremacia em relação ao juiz hierarquicamente inferior, à medida que será o único capaz de ordenar a reformulação da sentença antes proferida¹³. Nos dizeres de Bourdieu:

O mistério da magia performativa resolve-se assim no mistério do ministério (conforme o jogo de palavras tão ao gosto dos canonistas), isto é, na alquimia da *representação* (nos diferentes sentidos do termo) através da qual o representante constitui o grupo que o constitui: o porta-voz dotado do poder pleno de falar e de agir em nome do grupo, falando sobre o grupo pela magia da palavra de ordem, é o substituto do grupo que existe somente por esta *procuração*. Grupo feito homem, ele personifica uma pessoa fictícia, que ele arranca do estado de mero agregado de indivíduos separados, permitindo-lhes agir e falar, através dele, “como um único homem”. Em contrapartida, ele recebe o direito de falar e de agir em nome do grupo, de “se tomar pelo” grupo que ele encarna, de se identificar com a função à qual ele “se entrega de corpo e alma”, dando assim um corpo biológico a um corpo constituído. *Status est magistratus*, “o Estado sou eu”. (BOURDIEU, 1998: 83). (*Itálicos* do original).

¹³ - Observe-se que em todos os acórdãos analisados na tese, nenhum desembargador reformulou integralmente a sentença proferida pelo juiz singular. Todos os vencedores em primeiro grau, também se confirmaram como vencedores no Tribunal de Justiça.

Novamente culminamos na figura do Estado. Assim, se cada legitimado sente-se como se o Estado fosse ele, é porque, dentre outras razões, o Estado concede a procuração para que determinados poderes-saberes falem em seu nome, desde que falem a língua padrão. Ousaria dizer que face às suas peculiaridades, as Ciências Jurídicas sentam em um trono distinto daqueles ocupados pelas demais disciplinas (incluindo a Medicina), como aprofundarei no próximo subitem.

Em síntese, de um lado tem-se um discurso jurídico enquanto científico que exclui de sua apreensão legítima todos os que não estão aptos para tanto; e de outro lado, tem-se entre os operadores do direito uma circulação de discursos legitimados que são valorados constantemente pelo magistrado. A medição ou valoração da pertinência se dá com base na própria polissemia hermenêutica das verdades morais jurídicas abstratas e concretas que cada representante dos litigantes mostra ao magistrado, e que esse também detém antes de proferir suas sentenças, sejam estas interpretações restritas ao universo do direito, ou não. Afinal, esse é um contexto moralizante e moralizado por tantos outros discursos autorizados. Discursos, portanto, que não são frutos apenas de sistematizações originárias do Direito, mas apropriados de tantos outros que circulam à la Bakhtin (1981; GINZBURG, 1987; FREITAS, 1996).

Porém, em meio a este jogo de vaivém, como bem mostra o artigo de John Haviland (2003), lingüista que atuou por diversas vezes como tradutor nas Cortes norte-americanas em disputas envolvendo estrangeiros (latinos); esse universo é guiado por uma “Verbatim theory”, cujos pressupostos podem vir a engessar *experts* advindos de outras disciplinas. Assim, quando na qualidade de perito judicial atuou traduzindo para o inglês a fala de uma hispânica que foi demitida de uma empresa por não falar inglês no ambiente de trabalho, Haviland observa como a linguagem de direitos voltada aos que não são cidadãos norte-americanos, naquele contexto judiciário torna-se sinal de exclusão dos mesmos. Se o pré-requisito na empresa era falar inglês e aconselhava-se que não fosse falada outra língua, o fato de falar outra língua é para esta “Verbatim theory” uma demonstração de “insubordinação”. E mais: uma conduta de enfrentamento e de insubordinação decretada pelo julgamento judicial, pois era indispensável que o depoimento daquela hispânica fosse precedido de tradução, por mais que esta falasse inglês. Como da própria leitura de Haviland subentende-se, aqueles que

não falavam o inglês na qualidade de cidadãos norte-americanos, no contexto judicial eram simbolizados e **representados** como “incapazes” ou “handicaps”.

Antes de adentrar na concepção de handicap, um adendo se faz imprescindível: além de insubordinação, a conduta da hispânica revela também enfrentamento a um poder tido como dominante, seja no contexto da empresa onde trabalhava, seja no contexto judicial. Vê-se, então, que o caráter impositivo dos discursos legitimados ou de autoridade comporta resistência por parte dos sujeitos a eles teoricamente submetidos. E não apenas uma visão de submissão irrestrita, como nos ensina Foucault (2001b:123):

L’analyse politique du discours s’est faite surtout, jusqu’à présent, en termes dualistes : opposition d’un discours dominant et d’un discours dominé, avec entre eux la barrière de classes et des mécanismes dont le modèle est emprunté à la répression, à l’exclusion et au refoulement.

Il s’agit ici de montrer le discours comme un champ stratégique, où les éléments, les tactiques, les armes ne cessent de passer d’un camp à l’autre, de s’échanger entre les adversaires et de se retourner contre ceux- là mêmes qui les utilisent. **C’est dans la mesure où il est commun que le discours peut devenir à la fois un lieu et un instrument d’affrontement. (Negritos meus).**

Voltando ao artigo de Haviland, a noção de “handicap” foi depreendida de outro julgamento, no qual um jovem mexicano, desconhecedor do idioma inglês, veio a ser condenado por homicídio de outro mexicano em território norte-americano. Nesse caso, o depoimento do réu, conduzido pelo interrogatório do juiz, foi intermediado pela tradução de Haviland. De maneira similar ao da hispânica demitida, este caso reflete a incapacidade do estrangeiro (legal ou ilegal), não apenas pela indispensável presença do perito, mas pelo fato de que sua fala não foi gravada, tendo sido apenas gravada a fala do tradutor. Parece-me que pouco importou para a corte norte-americana a fala oficial do mexicano, e face à condução do depoimento pelo juiz¹⁴, restam mais evidentes as amarras impostas ao próprio tradutor. Ao invés da diferença cultural ser entendida como um reflexo da própria diversidade lingüística, como anuncia Haviland em seu artigo, ela é engessada como símbolo de exclusão e de incapacidade.

¹⁴ - Em um das obras clássicas a respeito de Filosofia do Direito, há séculos Cesare Beccaria já advertia em “Os delitos e das penas”: “um juiz não pode, entretanto, permitir sejam feitas questões diretas, que sugiram ao interrogado uma resposta pronta. O juiz, ao interrogar, dizem os criminalistas, apenas deve aludir ao fato indiretamente, e jamais em linha reta” (BECCARIA, 1995:29).

Assim, há que se ter em mente que o discurso jurídico por mais que seja produzido também graças à ressignificação de outros discursos de conhecimentos (psicologia, psiquiatria, contabilidade, economia, etc.), ele apresenta o condão de engessar os discursos advindos destas mesmas disciplinas, que em outros contextos são tidos como legítimos. Quanto ao discurso oficial do mexicano, cabe agora apenas pontuar que a “ação comunicativa” das partes litigantes encontra-se subjugada às filtragens ou às traduções dos *experts* em direito que os representam judicialmente (ver CARDOSO DE OLIVEIRA, 2002:33). Dessa tradução da linguagem do senso comum para a técnica jurídica, decorre a própria **desconsideração** das partes litigantes enquanto pessoas singulares que detêm suas verdades. Ou ainda: se há uma desconsideração que atinge ambas as partes litigantes em um processo litigioso, ela apresenta efeitos distintos, pois ao perdedor da guerra judicial por vezes não restam quaisquer verdades dele advindas como reconhecidas.

Para além das traduções e das filtragens, outra característica das linguagens jurídicas reside na racionalidade dos julgamentos prolatados pela justiça comum e mesmo pelos juizados especiais (cíveis e criminais¹⁵). Ou seja, por mais que nos juizados os litigantes possam se expressar sem a intermediação do advogado, e que a busca pela verdade materializada na produção de provas se processe de maneira mais flexível do que nos contextos tradicionais de julgamento, ao juiz conciliador togado (e ao leigo também) cabe maximizar uma negociação entre as partes descontentes. Sob tal raciocínio, uma mínima adequação das reclamações à ordem normativa deve ser feita pelo julgador, levando-o em muitas ocasiões a ignorar as elaborações discursivas que ameacem a racionalidade e a objetividade das negociações ou das decisões (em casos sem acordo). Em especial, porque as partes litigantes ao buscarem o judiciário para resolverem seus conflitos desconhecem que seus sentimentos e suas emoções devem corresponder a um direito prescrito em lei. Como bem coloca o antropólogo Luis Roberto Cardoso de Oliveira ao pesquisar os Juizados de Pequenas Causas norte-americanos (e as sessões de mediação), comparando as suas semelhanças e diferenças em relação à justiça comum:

¹⁵ - A maioria de minhas considerações na tese refere-se ao contexto jurídico da justiça comum estadual (cível e criminal), à exceção de quando fizer menção explícita a outros contextos, tais como: juizados especiais cíveis.

A possibilidade de atendimento imediato – em oposição ao por vezes longo tempo de espera (podendo ultrapassar uma ou duas horas) para ter o caso ouvido pelo juiz -, assim como a maior informalidade do processo e o fato de poder contar com mais alternativas para resolver a disputa são os principais atrativos oferecidos aos litigantes, a quem é assegurado que o acordo eventualmente celebrado tem o mesmo valor jurídico que uma decisão do juiz. (...) Contudo, embora as condições para a exploração e elaboração das intuições morais dos atores, dentro dos parâmetros de crítica discursiva reconstruídos pela Teoria da Ação Comunicativa (TAC), sejam indubitavelmente mais generosas e fecundas no âmbito das sessões de mediação, o receio dos mediadores em permitir o aprofundamento das discussões sobre as responsabilidades recíprocas das partes no desenvolvimento da disputa se constitui em um inibidor, muitas vezes eficaz, para uma melhor compreensão das disputas ou para a confecção de acordos mais equânimes. (...). Desse modo, a orientação dos mediadores promove excessiva distância entre as noções de direitos e interesses que, além das limitações apontadas acima, vai contra as intuições morais dos litigantes. Pois, para estes, é muitas vezes difícil ou inadequado articular um discurso coerente sobre seus interesses sem uma discussão sobre a legitimação dos mesmos. (CARDOSO DE OLIVEIRA, 2002:37).

Um dos exemplos dados por Cardoso de Oliveira que retrata o poder da linguagem técnica jurídica mesmo em contextos jurisdicionais mais flexíveis, incluindo os que eu analiso, refere-se ao caso de uma empresária e proprietária de um imóvel que se negou a devolver o “depósito de segurança” (correlato ao cheque ou depósito caução) aos seus antigos locatários. A recusa da citada empresária baseava-se em sua convicção de que os locatários e reclamantes (na ação contra ela intentada) haviam danificado (materialmente) o imóvel locado, e então, a retenção do valor dado no início do contrato de locação se justificava. Entretanto, a convicção da proprietária não convergia para o determinado em lei, isto é, o depósito de segurança somente pode ser retido se no ato do contrato de locação uma vistoria no imóvel é realizada e documentada, evidenciando o estado em que o imóvel encontrava-se antes de seu início. Como tal procedimento não foi adotado pela proprietária, os ex-locatários exigiam a devolução do valor dado à mesma. Na primeira audiência, o juiz suspendeu a sessão remarcando nova audiência sob a alegação de que a reclamada/proprietária deveria se apresentar acompanhada de um advogado que lhe desse a assistência.

Ao longo deste litígio, a proprietária chegou a juntar ao processo uma fita gravada por ela sem que seus interlocutores soubessem (o que é considerado proibido para as verdades morais legais norte-americanas), cujo conteúdo mostrava claramente que a primeira ameaçava os advogados envolvidos na

pendenga judicial. Estigmatizada como uma “encrenqueira” no referido contexto pelos operadores do direito e pelas partes litigantes adversárias, acredito que a proprietária teve que devolver o valor exigido pelos locatários. Mas apesar de sua conduta e de suas exigências serem contrárias às leis norte-americanas, o que Cardoso de Oliveira ressalta é que em momento algum o julgador interessou-se em tornar inteligíveis as motivações que sustentavam as resistências da reclamada. “(...). O comportamento da proprietária só faz sentido à luz das agressões indiretas que ela alega ter sofrido dos ex-inquilinos, que teriam feitos vários estragos propositalmente, com a intenção de prejudicá-la e de agredi-la”. (Idem: 41).

Exceções a esta ausência de produção de uma resolução do conflito pautada na ênfase do caráter dialógico entre as partes litigantes e o mediador (conciliador ou juiz togado) podem existir, mas elas não se encontram imunes das filtragens, retaliações ou inibições perpetradas pela linguagem técnica jurídica. Derradeiramente remeto-me à antropóloga Ciméa Bevilaqua que acompanhou e analisou dentre outras trajetórias, a de dona Aurora, uma consumidora de poucos recursos (e desempregada) que após comprar um armário e ter a certeza de que o quitou junto à loja chamada Móveis Oliveira (não mais existente), foi surpreendida meses depois pela ameaça de ser “seprocada” por uma empresa de cobrança.

No Juizado Especial Cível de Curitiba, dona Aurora não precisou redigir sua reclamação e nem entregar ao funcionário que a redigiu, quaisquer documentos capazes de evidenciar o que relatara. A única exigência a ela feita para que o processo pudesse ser iniciado, foi a de que concedesse ao funcionário do cartório os nomes completos e os endereços tanto dos donos da loja, quanto do representante da empresa de cobrança. Pouco o leitor das valiosas descrições quanto à peregrinação de dona Aurora rumo à consecução do endereço e dos nomes dos donos da loja, para remarcar o ocorrido na primeira audiência de conciliação, presidida por uma juíza leiga.

A conciliadora que presidiu a sessão era uma senhora de uns cinqüenta anos, que transmitia muita firmeza e seriedade. Depois de se apresentar e de pedir a identificação das partes, leu em voz alta o que estava nos autos. A petição redigida pela estagiária do Juizado, porém, não permitia compreender o objetivo da ação. A conciliadora se dirigiu então a Dona Aurora e perguntou o que tinha acontecido. Ela começou: “Ele está me cobrando, é um sem-vergonha...” Ao

contrário do esperado naquele contexto, seu relato não seguia uma ordem cronológica: saía aos borbotões, com detalhes a mais e a menos. A conciliadora tinha dificuldade para entender o que se passava. Voltou a examinar o processo e perguntou: “Quem é Jair?” [*o primeiro nome do Oliveira*]. Dona Aurora foi rápida: “É um sem-vergonha!” E em seguida: “Quem é Eli?” [*a esposa*]. Atrapalhada, ela retrucou: “É ele também!”.

Percebendo que a conciliadora se impacientava, o dono da financiadora pediu licença para falar. Calmamente, foi explicando que sua empresa fazia operações de crédito com a loja do casal Oliveira, falou dos débitos em aberto depois do rompimento do contrato e apresentou o extrato correspondente às dívidas de Dona Aurora. **A conciliadora foi aos poucos concordando com a versão apresentada. Pediu a Dona Aurora que apresentasse os comprovantes de que havia pago a dívida. Ela mostrou o que tinha: as notas promissórias e as capas dos carnês da loja. A conciliadora não conteve o espanto: “Mas o que é isso, Dona Aurora?”**

Sem saber o que responder, Dona Aurora repetia que não era mulher de dever nada a ninguém, que tinha trabalhado muito na vida para pagar tudo sempre direitinho. As notas promissórias eram a prova. A conciliadora acabou propondo um acordo para encerrar o caso: a financiadora desistiria da cobrança, Dona Aurora desistiria do pedido de indenização. Os valores eram parecidos, ficavam elas por elas. O dono da financiadora, porém, resistia a abrir mão de tudo assim tão rapidamente. Disse que até estaria disposto a fazer um abatimento na dívida, mas se Dona Aurora já havia pago tudo, não era justo pagar nem um real a mais. Por isso, ele preferia aguardar uma segunda audiência, com a presença dos Oliveira, para esclarecer melhor a situação. Ele mesmo possuía um possível endereço da Eli, que forneceu à conciliadora, bem como uma cópia da certidão de casamento dos dois e outros documentos referentes ao contrato entre a financiadora e a loja. (BEVILAQUA, 2002:222-223). **(Negritos meus).**

A indignação da juíza leiga ao se deparar com os documentos inoperantes e inapropriados mostrados por dona Aurora e a sua feição de aceitação perante a fala coerente e amparada em planilhas de cálculos repassados à mesma pelo representante da empresa de cobrança, apontam para o que Cardoso de Oliveira acima ressaltou. Todavia apontam também para o fato de que, por mais flexível que seja o contexto jurisdicional, persiste como pano de fundo constitutivo de sua lógica a necessidade dos litigantes ordenarem suas narrativas sob critérios que privilegiam suas angústias e demais expressões de sentimentos devidamente documentadas nos autos do processo. Quaisquer expressões de sentimentos devem, preferencialmente, seguir as formas obrigatórias constantes em lei ou nas demais verdades morais abstratas ou concretas.

Isto, aliás, foi o que aconteceu tanto com Agnes ao perder seu processo em primeira instância, quanto com Ivanir ao vencer em duas instâncias. Na visão do juiz que julgou o processo n.11/2000 protagonizado por Agnes, essa não demonstrou com as cartas e e-mails juntados aos autos por sua advogada,

“quaisquer elementos capazes de levar a reclamação ou perturbação da mesma pela alegada existência do abuso sexual e atos libidinosos”. Ao contrário, as provas indiretas produzidas pelo promotor público e representante de Ivanir no acórdão n. 03/2005 mostraram, em relação aos atos criminosos de Hermínio, que as testemunhas “presenciaram os nefastos reflexos que eles ocasionaram, como o temor do seu próprio pai”. Como remarquei no capítulo anterior, as expressões obrigatórias de sentimentos parecem se justificar em litígios que digam respeito à esfera do privado ou do doméstico. E mesmo assim, ao serem autorizados, os sentimentos devem ser expressos de maneira convergente ou harmônica com os pedidos formulados por seu advogado.

Inspirada por estas considerações sobre a linguagem técnica jurídica, penso que o discurso competente e decorrente do direito circula ora em um movimento visando ressignificar outros discursos advindos tanto do senso-comum (BOURDIEU, 1996), quanto de outros saberes-poderes científicos; ora em um movimento visando desconsiderá-los (mesmo que os esteja considerando nas entrelinhas), para reforçar sua força imperativa e coercitiva.

Na disputa recursal estabelecida no acórdão de n.05/2005, Marta e Alaor perderam o poder familiar que exerciam sobre seus filhos. Nesse, vimos que o exame médico feito no pequeno Ernesto a fim de identificar lesões anais de violências sexuais praticadas pelo irmão mais velho contra ele não obteve sucesso, pois nada se diagnosticou aparentemente via exame. Mas, se por um lado pode-se falar que aqui houve desconsideração do discurso médico por pura impossibilidade de evidências no corpo de Ernesto, por outro lado, no acórdão n. 06/2003 (da disputa entre João e o Promotor Público) o exame de corpo de delito que positivou a existência de vestígios libidinosos em Jean, e que não eram do acusado e pai da vítima, foi renegado pelo discurso jurídico sob o argumento de que:

O exame de corpo de delito é dispensável para a apuração do crime de atentado violento ao pudor, pois este delito não está entre aqueles que exigem obrigatoriamente o exame pericial, quando a prática de atos libidinosos, sem penetração, não deixa vestígios. (HC 75.838-1, relator CARLOS, j.03.02.1998).

A referida verdade moral jurídica não é explicitamente legal, mas jurisprudencial e doutrinária¹⁶. Se nestes dois casos tais verdades morais dispensaram o conhecimento médico; nas hipóteses em que se verifica o mesmo caráter dialógico de produção via bricolagem por parte do discurso judicial em relação ao que rotulei como “senso-comum” (à luz de Bourdieu), o aspecto polissêmico do significante (BAKHTIN *apud* FARACO, 1996) é ainda mais notório e aparentemente mais incerto quanto às previsões de seu desfecho.

O que se pode entender como “castigos imoderados praticados por uma mãe em relação aos seus filhos”? Há que se analisar os indícios de cada caso concreto, mas em se tratando do acórdão n. 01/2003, Eunápolis foi acusada pelo seu ex-companheiro (e adversário) de não estar apta para cuidar de seus dois filhos, pois havia sido condenada por infanticídio. Este argumento é afastado pelo discurso do desembargador relator face às explicações dos discursos médicos e psicológicos, ambos reforçadores da idéia de que o estado puerperal é um momento pontual na vida da mãe e passível de tratamento e de cura. Como Eunápolis já se encontra curada:

(...) não se pode afirmar que aquelas (mães) que incidem neste tipo penal sejam necessariamente pessoas ruins ou desequilibradas mental e emocionalmente; que não têm amor por seus filhos ou estejam inaptas a criá-los.

Além do infanticídio apontado pelo ex-companheiro como motivo de seu temor e de seu receio de que seus filhos permanecessem sob a guarda de Eunápolis, as testemunhas também declararam que a mãe infanticida às vezes batia em seus filhos com “vara de erveira”. Porém, a verdade moral concreta produzida a partir deste julgamento complementa o descarte do infanticídio como motivo plausível para a inversão da guarda, ponderando que:

Inexistiram “agressões, espancamentos ou castigos exagerados”. (...) acrescenta-se que, afora o infanticídio, não se levantou qualquer outro fato desabonador à conduta da acionada.

¹⁶ - Quanto à dispensa dos laudos periciais o Código de Processo Penal assim prescreve em seu artigo 184: “salvo o caso de exame de corpo de delito, o juiz ou a autoridade policial negará a perícia requerida pelas partes, quando não for necessária ao esclarecimento da verdade”. (CPP, 2005:50). Ver também as considerações que fiz a respeito desta questão no terceiro capítulo.

IV. 2.1. A importância do juiz no contexto processual

Dos elementos que acresci à posição privilegiada do magistrado na relação processual, evidenciada com ilustrações do meu campo (e dos analisados por outros teóricos), falta tecer maiores esclarecimentos quanto aos bens jurídicos como jogos complexos, cujas peças são administradas a cada movimento pelo Estado-juiz. Não me parece que após tecer considerações sobre a hierarquia e a linguagem técnica restem dúvidas, ao menos para mim, de que, se compararmos o processo judicial a um tabuleiro de xadrez, as movimentações das peças são efetuadas por cada um dos operadores do direito que representam as partes litigantes, mas elas são condicionadas pelo Estado representado pelo juiz, que a todo o momento relembra os jogadores das regras que devem obedecer ou que não estão cumprindo. Assim, concordo com Adriana Vianna (2002) quando compreende o processo como construído por meio de “bens administrativos em circulação”, passíveis de múltiplas negociações, cujos resultados atribuem contornos outros às relações familiares ali submetidas a julgamentos. Mas, reitero: múltiplas negociações medidas como pertinentes ou não pelo Estado-JUIZ e a ele dirigidas.

À luz destes raciocínios, observa-se que tanto nos processos ditos consensuais (como a separação amigável entre Naum e Madalena – n.02/1985) quanto nos ditos litigiosos, os litigantes e “acordantes” (quando ambas as partes da relação processual são requerentes ou autores) trocam com um único receptor seus documentos (petições, contestações, impugnações, recursos, etc.): os juízes (e/ou os desembargadores).

Brevemente, pode-se dizer que as trocas lingüísticas assimétricas estabelecidas no contexto jurídico talvez sigam lógicas semelhantes, sejam elas estabelecidas em processos litigiosos ou amigáveis, visto que elas se constituem de um lado entre os diferentes operadores do direito (incluindo os peritos e quem representa as partes), e de outro lado, o juiz. É esse último quem coordena e administra o “trâmite processual” ou é ele o responsável pelo efetivo exercício da “jurisdição” (do latim: dizer o direito). Se não, vejamos.

Em um processo amigável, como a separação judicial de Naum e Madalena (n.02/1985), ambos contrataram a mesma advogada que elaborou uma petição inicial, que dentre outros pedidos, demandava a “homologação” (ou

assinar embaixo) do juiz em relação à ruptura do casamento (e, então, ao fim dos deveres a ele atrelados como “mútua assistência”, “fidelidade”, etc.). No caso em tela, a petição inicial não foi indeferida pelo juiz. Assim, como mencionei no capítulo anterior, pode-se dizer que a relação de troca processual (assimétrica) inicia-se quando o juiz recebe a petição sem que a mesma incorra em um dos itens previstos no artigo 295 do Código de Processo Civil.

Art. 295. A petição inicial será indeferida: I - quando for inepta; II - quando a parte for manifestamente ilegítima; III - quando o autor carecer de interesse processual; IV - quando o juiz verificar, desde logo, a decadência ou a prescrição (art. 219, § 5º; V - quando o tipo de procedimento, escolhido pelo autor, não corresponder à natureza da causa, ou ao valor da ação; caso em que só não será indeferida, se puder adaptar-se ao tipo de procedimento legal; VI - quando não atendidas as prescrições dos arts. 39, parágrafo único, primeira parte, e 284. Parágrafo único. Considera-se inepta a petição inicial quando: I - lhe faltar pedido ou causa de pedir; II - da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão; III - o pedido for juridicamente impossível; IV - contiver pedidos incompatíveis entre si. (CPC, 2005:78).

Dentre os motivos que ensejam o indeferimento da petição inicial encontram-se enumerados taxativamente: a “inépcia da inicial”, “quando a parte for manifestadamente ilegítima”, “quando o autor carecer de interesse processual”, “quando o juiz verificar desde logo, a decadência e a prescrição”, etc.

Dos itens relativos ao indeferimento, ater-me-ei à inépcia da inicial e à prescrição como ilustrações emblemáticas do poder do magistrado para principiar a circulação e bens, e então, a própria relação de reciprocidade hierárquica processual. Quanto à inépcia da inicial, o artigo 295 do Código de Processo Civil em seu parágrafo único assim define:

Considera-se inepta a petição inicial quando: I - lhe faltar pedido ou causa de pedir; II – da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão; III – o pedido for juridicamente impossível; IV – contiver pedidos incompatíveis entre si. (CPC, 2005:78).

No acórdão 02/2003 relativo à disputa entre Caim e Nelma, o primeiro (ou apelante) em seu recurso de agravo argumentou a inépcia da inicial, “pois na mesma ação foram cumulados quatro pedidos acautelatórios de ritos diferentes”, e a “carência da ação por impossibilidade jurídica do pedido”. Tentando esclarecer, o que Caim pediu em seu recurso encaminhado ao Tribunal de Justiça

de Santa Catarina foi o indeferimento da própria ação movida por Nelma face à justificativa de que sua ex-companheira em uma mesma petição inicial que se tornou uma única ação solicitou quatro pedidos (alimentos provisionais para ela; divisão de bens; guarda exclusiva do filho em prol dela; e visitação a ser exercida por Caim), que segundo o advogado de Caim seguem caminhos processuais distintos. Seria inviável, portanto, reuni-los em um mesmo processo. O advogado de Nelma deveria, segundo o representante rival, dar início a quatro processos distintos. Como se não bastasse, segundo o advogado do apelante Caim, o pedido de Nelma em relação à pensão a ser paga por seu cliente a ela caracteriza-se como um pedido juridicamente impossível, pois ambos assinaram um acordo logo após a separação, no qual Nelma renunciava a qualquer tipo de auxílio financeiro.

Vê-se que não basta juridicamente ter direito a algo que está previsto em lei ou, no caso de não estar nominalmente previsto em lei, encontre-se previsto em doutrina ou em jurisprudência. Para o advogado de Caim, amparado no que determina a lei de processo civil, Nelma (através de seu advogado) antes de mover a ação contra seu cliente deveria seguir os passos previstos em lei para que ao menos seu pedido fosse apreciado. E mais: a argumentação do advogado de Caim foi feita, mas quem avalia se ela procede ou não é o juiz, ou nesse momento os desembargadores do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

Na ilustração em tela, como a argumentação de Caim foi feita para o Tribunal, o desembargador, sem controvérsias com seus pares quanto a esta questão (já que no capítulo segundo e terceiro mostrei os embates entre dois desembargadores sobre outras temáticas do caso), decidiu que todas estas pendengas processuais deveriam antes ser decididas pelo juiz singular, e somente depois poderiam ser avaliadas em grau de recurso. Novamente, culmina-se nas regras de como proceder no contexto jurídico, pois ao alegar que Nelma não as seguiu, Caim teve como resposta que:

O exame de questões ainda não apreciadas na instância singular não pode ser feito em sede de agravo de instrumento, sob pena de supressão de um nível de jurisdição. Deste modo, não há como esta Corte se manifestar sobre as prefaciais manifestadas.

Rememorando o título da tese: o direito não socorre os que dormem, e o dormir não significa apenas deixar de agir, mas agir sem ter a devida atenção às regras ditadas pelas verdades morais abstratas ou concretas decorrentes do discurso jurídico. Assim, o advogado de Caim, na visão dos desembargadores que presidiram a sessão de seu julgamento, somente poderia ter argumentado o que argumentou sobre a carência e a inépcia da ação, se o juiz monocrático tivesse falado antes sobre isso. A decisão do Tribunal nada mais fez do que reproduzir em outras palavras o que prevê o artigo 296 do Código de Processo Civil:

Indeferida a petição inicial, o autor poderá apelar, facultado ao juiz, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, reformar a decisão. Parágrafo único. Não sendo reformada a decisão, os autos serão imediatamente encaminhados ao tribunal competente. (CPC, 2005:79).

Caso o juiz singular que estava originariamente administrando o processo movido por Nelma contra Caim tivesse julgado a respeito da inépcia da inicial e da carência da ação, não as acolhendo, aí sim, Caim poderia ter recorrido falando sobre tais questões. Esse lembrete acerca do *modus operandi* de Caim (diga-se de seu advogado) serve como uma luva ao nos depararmos com a categoria nativa da “prescrição”.

Trata-se a prescrição do tempo determinado pela lei (e somente por ela, seja cível ou criminal) para que o detentor de um direito procure o judiciário e mova a respectiva ação. Desta forma, quanto ao pedido de pensão alimentícia proposta por Nelma, o Código Civil novo e antigo prevêem o prazo de 2 (dois) anos a partir da data de vencimento para que a mesma procurasse o Judiciário. No tocante à prescrição dos chamados “direitos patrimoniais”, a lógica relacional de trocas assimétricas entre os distintos personagens processuais torna-se emblemática, pois cabe tão-somente à parte que se favorece dela alegá-la. No caso da disputa entre Caim e Nelma, caberia a Caim. Não cabe ao juiz defini-la

de ofício¹⁷, sem que o interessado venha a alegá-la, mas somente ao juiz cabe apreciá-la¹⁸.

Aparentemente passivo, o juiz sentado em seu gabinete aguarda a ação das partes litigantes e, em regra, a partir destas define o rumo do processo. Se esse caminha rumo à sentença há que se falar em “**coisa julgada material**”, e se por ventura é julgado extinto antes da sentença, há que se falar em “**coisa julgada formal**” (“sem julgamento de mérito” – como mostrarei no próximo subitem). O mesmo não se estende, por exemplo, à inépcia da inicial pautada na impossibilidade jurídica do pedido que afeta diretamente a mensuração dos bens que podem circular nas trocas lingüísticas judiciais. Considera-se como “juridicamente impossível”, aqueles pedidos que são pautados em objetos ou bens ilícitos, como: casar com a irmã ou com o irmão assim definidos pelo Estado – que em certidão de nascimento constem como tendo o mesmo pai ou a mesma mãe. Nesse caso, caberá ao juiz indeferir de pronto o seguimento de tal demanda judicial.

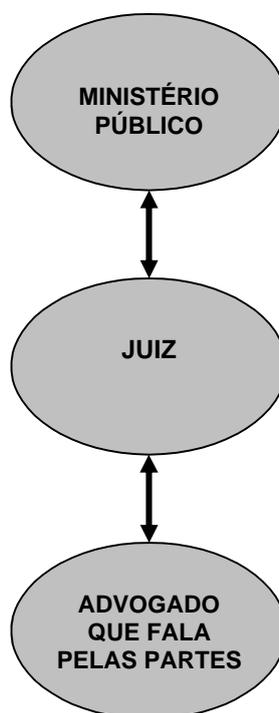
Em suma, é o juiz que dá início ao processo ou ao estabelecimento das trocas lingüísticas por ele travadas com as partes litigantes, e é o juiz quem determina a todo o momento, no contexto judicial, se esta troca acontecerá ou não (indiretamente) entre as partes. Essas não se comunicam entre si diretamente, senão através da valoração no que diz respeito à avaliação se o que elas demandam umas das outras procede ou não. O mesmo estende-se para a comunicação que cada litigante estabelece com outros sujeitos processuais, como: peritos, Ministério Público, etc.

Sob o citado raciocínio, ao resgatar o exemplo da separação amigável de Naum e Madalena, antes de vir a assinar embaixo do que ambos os acordantes se predispuseram, o juiz, face à existência de menores na relação processual,

¹⁷ - Neste sentido, prescreve o artigo 218 do Código de Processo Civil, em seu parágrafo 5º : “não se tratando de direitos patrimoniais, o juiz poderá, de ofício, conhecer da prescrição e decretá-la de imediato”. (CPC, 2005:62).

¹⁸ - Na já mencionada pesquisa de Bevilaqua (2002), torna-se interessante pontuar que em um dos trajetos de consumidores por ela analisado, mais especificamente de Valter, mesmo não sendo de praxe no Juizado Especial Cível que sejam feitas perícias, o mesmo foi submetido à avaliação psicológica por uma ordem de ofício do juiz togado que presidia seu caso. Noto que nesse caso nada foi solicitado pelo reclamado, nem tampouco foi contestado por Valter, talvez pelo fato do mesmo desconhecer o formalismo da linguagem jurídica, bem como, de não ter sido acompanhado por um advogado. Apesar da corriqueira inviabilidade de se efetuar perícias nos Juizados frente aos princípios da oralidade e da celeridade nos procedimentos previstos pela lei 9.099/95, ela foi realizada, pois quem a ordenou era Vossa Excelência, o juiz togado.

repassou o processo para que o Ministério Público – representante dos direitos das crianças, adolescentes e outros incapazes, viesse a fiscalizar se tudo estava nos conformes. Diga-se: mesmo que nos pedidos da inicial as partes não tivessem previsto “vistas ao Ministério Público”, o juiz por obrigação legal a enviaria teoricamente para o promotor. Deste caso de processo amigável (e quiçá de outros), pode-se depreender a respeito da posição do magistrado em meio às trocas, o seguinte esquema que corrobora para a assimetria das mesmas:



Utilizando-me de outro processo de Madalena e Naum, agora de natureza litigiosa, a diferença em relação ao esquema acima elaborado de fluxo das trocas lingüísticas, reside na inserção de ao menos mais um pólo na disputa, haja vista que os sujeitos (ou partes) que demandam algo do juiz não estabelecem *a priori* uma relação de troca entre si (não são mais acordantes). Como descrevi no capítulo anterior, as outras diferenças dizem respeito: à quantidade de trocas empreendidas entre as partes litigantes e o juiz, e, entre outros operadores do direito (promotores, procuradores da justiça, peritos, etc.) e o juiz; à valoração dos bens que circulam nas trocas travadas com o juiz, e aos momentos e à forma que

cada um dos bens deve circular. Passo ao anunciado exemplo, antes de reproduzir o esquema lógico referente ao seu respectivo processo litigioso.

No processo sob o n. 03/1987 (execução de pensão alimentícia) movido por Madalena contra Naum, ao término da petição inicial dirigida ao juiz da 21ª Vara de Família, Órfãos e Sucessões de uma cidade de médio porte catarinense, no dia 07 de outubro de 1987, a advogada de Madalena assim formulou seus pedidos:

Isto posto requer: remeter esses autos ao Sr. Contador para que faça o cálculo das diferenças da pensão alimentícia em atraso, bem como as que não foram pagas, conforme os quadros demonstrativos acima discriminados. E sobre estas verbas que sejam calculados juros e correção com base nas variações das letras do banco central, e honorários do advogado, estes em 20% do valor devido a requerentes.

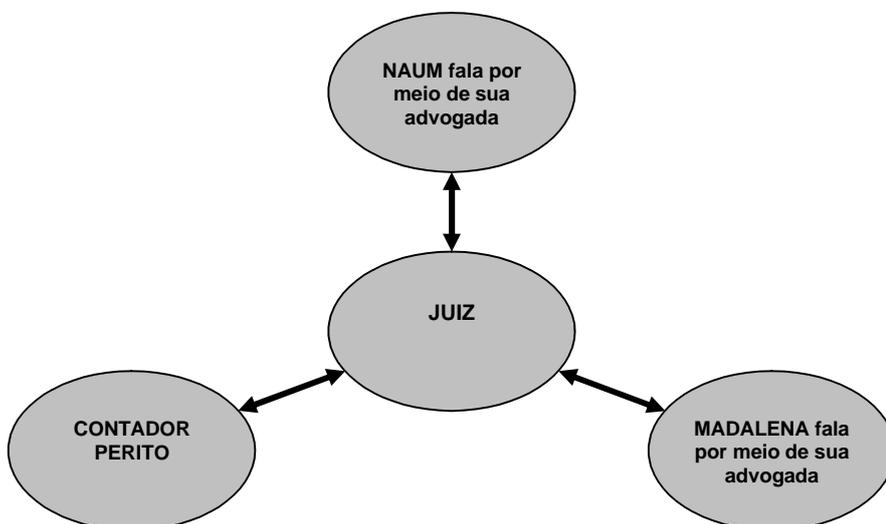
Mandar citar o Sr. Naum à rua tal, para pagar em 03 dias a quantia a ser calculada pelo Sr. Contador Judicial, ou apresentar a defesa que tiver, sob pena de, não fazendo uma ou outra, ser decretada a prisão, por um a três meses, e condenado a pagar as aludidas prestações vencidas e vincendas e demais cominações legais, expedindo-se para esse fim, contra o devedor, o competente mandado de seqüestro judicial de bens, nas condições estabelecidas no art. 733 parágrafos 1º e 2º do Código de Processo Civil.

Em ato quase contínuo ao recebimento da petição dada como deferida, o magistrado despachou ordenando a “expedição de mandado de citação pessoal do requerido – Naum”, a ser cumprido pelo “oficial de justiça” (funcionário estadual concursado), bem como, ordenou a remessa dos autos do processo para o contador judicial (ou “perito judicial”). No dia 18 de dezembro do mesmo ano, a advogada contratada por Naum protocolou no balcão do cartório da 21ª Vara de Família, a “contestação” de seu cliente, e, no dia 15 de março de 1988, o juiz substituto¹⁹ da mesma Vara, despachou intimando o requerido para falar nos autos do processo sobre o cálculo apresentado pelo perito contador.

Muito embora no período compreendido entre outubro de 1987 e março de 1988, outros atos tenham sido praticados pelos juízes (titular e substituto) da 21ª Vara no processo em questão, ênfase com tais descrições que todas as sublinhadas trocas lingüísticas passaram pelo juiz e por ele foram redirecionadas para os demais sujeitos, ou não. Dessa forma, através do esquema lógico que

¹⁹ - A diferença entre os juízes titulares e os substitutos é que esses últimos recém ingressaram na carreira da magistratura, e, então se encontram submetidos ao estágio probatório.

segue – assim como do precedente, nota-se que ao juiz compete menos a tarefa de mediar as trocas argumentativas processuais estabelecidas entre os diferentes sujeitos nelas envolvidas, e mais a tarefa de mensurar se elas são pertinentes ou não:



Colocado entre parênteses o estatuto diferenciado que o juiz ocupa em meio a um processo judicial, perceptível na análise realizada no capítulo anterior e resgatada em pinceladas no presente, desloco-me para o aprofundamento das características que só o discurso jurídico detém. E mais: cujas conseqüências influenciam (in)diretamente a produção das suas verdades.

IV. 3. O que é que o discurso jurídico tem que só ele detém: a coisa julgada, a desconsideração do sujeito singular e a violência da representação!

No presente momento, inicio atendo-me à principal peculiaridade dos discursos jurídicos, mais precisamente dos discursos sentenciais, qual seja: a jurisdição ou *jurisditio*, que do latim significa etimologicamente ditar o direito, e que através da “coisa julgada material” impõe suas decisões independentemente da vontade e da crença dos sujeitos nelas envolvidos. E por falar em descrença...

A descrença da sociedade brasileira no Poder Judiciário não é novidade. Cotidianamente, as manchetes de diversos jornais e periódicos reforçam o caráter paradoxal de nossas leis e de nossos tribunais. Assim, se por um lado todos são iguais perante a lei, e todos somente podem ser condenados após o devido processo legal, por outro lado, são os pobres e os negros, em sua maioria, que povoam o nosso sistema penitenciário, ou no mínimo, são eles ao invés dos brancos e dos mais abastados que sofrem os efeitos de quaisquer sentenças legais. Senso comum ou não, quando nos deparamos com uma ação da polícia ou com uma medida judicial voltada aos ricos ou às autoridades na qualidade de infratoras, quase que inevitavelmente cogitamos que essas intervenções não prosperarão. Por vezes, ainda, quando os crimes de colarinho branco são punidos judicialmente, logo depois dizemos para nós mesmos: dentro em breve eles já estarão livres e tudo acabará em pizza.

Mas, outra correlação contraditória pode ser traçada. Se tomar a metáfora da moeda, é como se tivéssemos na imagem da cara o descrédito, e na imagem da coroa estes mesmos incrédulos, quando submetidos ao sistema judiciário processual, figurando como sujeitos temerosos ou medrosos. Por mais descrentes na justiça que sejamos ou estejamos, ao nos depararmos com ela, mesmo que seja para testemunhar algo em prol ou contra alguém, alguns calafrios sentimos na sala de audiência ao nos defrontarmos com a Vossa Excelência, o juiz. Joseph K. de Kafka ou Shylock de Shakespeare que o digam! Sugiro, então, pensarmos esta aparente contradição ou paradoxo como resultante do que denominarei de “eficácia simbólica e real do poder-saber jurisdicional”. Qualquer semelhança em relação à “eficácia simbólica da magia” levistraussiana não é mera coincidência. Porém, os pontos em comum entre ambas as esferas são limitados, sobretudo, pelo fato de que se a eficácia simbólica da magia requer para a sua constituição a crença dos doentes no sistema mágico, na eficácia do poder-saber jurisdicional, tal crença é dispensável, haja vista a força que a determina e que a constitui. O que talvez se torne indispensável, então, seja o reconhecimento por parte dos sujeitos litigantes de que quem exerce tal força previamente reconhecida seja competente para exercê-la, pois segundo Bourdieu (1998:95):

A eficácia simbólica das palavras se exerce apenas na medida em que a pessoa-alvo reconhece quem a exerce como podendo exercê-la de direito, ou então, o que dá no mesmo, quando se esquece de si mesma ou se ignora, sujeitando-se a tal eficácia, como se estivesse contribuindo para fundá-la por conta do reconhecimento que lhe concede.

Mas, mesmo sob tal hipótese, pode-se ponderar que o reconhecimento que concede ao discurso jurídico a força que detém, advém do próprio Estado, prescindindo daqueles reconhecimentos advindos das partes litigantes. Explicarei melhor.

Em “O feiticeiro e sua magia”, Claude Lévi-Strauss (1975) analisa os três elementos que culminam na eficácia simbólica da magia, não obstante a existência de feiticeiros como Quesalid que ingressaram e se mantiveram enquanto tais, cheios de desprezo pela profissão, graças ao desejo de desmascararem impostores. A partir, em especial, do exemplo de Quesalid o antropólogo francês acrescenta que a eficácia mágica sustenta-se apoiada sobre o tripé formado pela crença do xamã em sua técnica; pela crença do doente que experimenta (ou não) a cura, e o mais importante conforme o autor, pelo consenso coletivo. Quanto ao público (ou consenso coletivo) e sua postura em meio ao espetáculo no qual se espera a cura, há que se sublinhar que é ele que reforça e legitima o próprio sistema mágico reconhecido e adotado por cada sociedade. Donde se depreende que:

Quesalid não se tornou um grande feiticeiro porque curava seus doentes, ele curava seus doentes porque se tinha tornado um grande feiticeiro. Somos, pois, diretamente conduzidos à outra extremidade do sistema, isto é, ao seu pólo coletivo. (LÉVI-STRAUSS, 1975:208).

Por sua vez, merece destaque outra idéia lançada e pouco amadurecida pelo citado antropólogo francês, a saber: a comparação e o estabelecimento de certas diferenças entre o tribunal de julgamento dos sacerdotes do Arco em Zuni, Novo México, e o tribunal de julgamentos produzido pelo Poder Judiciário. Retomarei, portanto, de maneira sintética as descrições analíticas realizadas por Lévi-Strauss quanto a esta comparação.

“Uma mocinha de doze anos fora presa de uma crise nervosa, imediatamente depois que um adolescente lhe agarrara as mãos; este último foi acusado de feitiçaria e arrastado diante do tribunal dos sacerdotes do Arco”

(idem: 199). Perante esse tribunal, o jovem acusado teve que se justificar. Na primeira justificação produzida no citado contexto, disse não se tratar de um feiticeiro. Como essa argumentação não foi aceita, e levando-se em consideração que o crime de feitiçaria previa como punição a morte, o jovem obrigou-se a elaborar nova versão para os fatos testemunhados por determinadas pessoas da comunidade. Em nova versão, o rapaz narrou como e por quem foi iniciado na feitiçaria, bem como, descreveu que aprendera com seus mestres a produção de drogas que ao serem ingeridas ou levavam as meninas à loucura, ou as curavam. Nova resistência houvera por parte dos juízes que compunham o tribunal, e nova versão foi elaborada pelo acusado. Na terceira versão, o rapaz contou como aprendera a fazer com que suas vítimas abandonassem a forma humana, graças a plumas mágicas. Ao escutarem a respeito das plumas mágicas, os juízes demandaram do jovem que provasse a “veracidade da nova narrativa” (ibidem: 200). Em árdua busca pelas paredes de sua residência, já exaurido e quase desistindo, o rapaz quebrou uma das paredes da casa. Dessa, “uma velha pluma apareceu na argamassa” (ibidem: 200). Arrastado para a praça pública foi obrigado a recontar a narrativa, o que fez, enriquecendo-a de detalhes, inclusive aduzindo as circunstâncias que o fizeram perder os poderes sobrenaturais. Ao término do julgamento os auditores ficaram tranqüilizados e o liberaram. Afinal, tratava-se de um feiticeiro que perdera seus poderes sobrenaturais.

Quanto à diferença em relação aos nossos processos judiciais, anuncia Lévi-Strauss:

O debate, não procede, como nos nossos processos, por acusações e contestações, mas por alegações e especificações. Os juízes não esperam do acusado que ele conteste uma tese, e menos ainda que refute fatos; exigem-lhe que corrobore um sistema do qual não detém senão um fragmento, e do qual querem que reconstitua o resto de uma maneira apropriada. (LÉVI-STRAUSS, 1975:200).

A partir das diferenças pinceladas por Lévi-Strauss verifica-se que as lógicas das produções de verdades são diversas, uma vez que as nossas se pautam em acusações e contestações, e as dos sacerdotes do Arco em Zuni pautam-se em alegações e especificações que culminam no reforço do sistema vigente. Nos tribunais dos sacerdotes do Arco há a possibilidade do acusado vir a

se contradizer desde que reforçe a coerência do sistema mágico, ao contrário, nas nossas a contradição na maioria das vezes reverte-se contra o próprio acusado/réu, pois indica a incoerência de sua primeira narrativa defensiva. Mas, a meu ver, as distinções não se esgotam por aí.

Nas nossas produções de verdades jurídicas uma vez a decisão tendo “transitado em julgado”, isto é, não havendo mais outras contestações ou recursos plausíveis de serem impetrados pelos litigantes descontentes, aquele conflito tal como foi levado ao nosso tribunal (brasileiro) não comporta mais discussão. Eis outra consequência e característica poderosa da coisa julgada material (e dos discursos jurídicos), que é definida no artigo 467 do Código de Processo Civil nos seguintes termos: “denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário” (CPP, 2005:107).

Destaco que esta é a regra na área cível (extensível à área penal), e como toda regra, comporta exceções. As exceções, então, dizem respeito, por exemplo, ao surgimento de novas provas que não puderam ser produzidas à época (ou porque desconhecidas, ou porque inacessíveis), e que agora surgem à frente do outrora litigante perdedor como um alento. Afora esta hipótese e outras, a coisa julgada material faz com que o derrotado tenha que se submeter à decisão irrecorrível, e tenha que suportar os efeitos do que nela está ordenado.

O discurso jurídico é uma palavra criativa, que faz existir o que ela enuncia. Ela é o limite ao qual pretendem todos os enunciados performativos, bênçãos, maldições, ordens, desejos ou insultos; isto é, a palavra divina, o direito divino que, como a *intuitus originarius* que Kant atribuía a Deus, faz surgir para a existência o que ela enuncia, ao contrário de todos os enunciados derivados, constatativos, simples registros de um dado preexistente. Jamais se deveria esquecer que a língua, em razão da infinita capacidade geradora, mas também, *originária*, no sentido kantiano, que lhe é conferida por seu poder de produzir para a existência produzindo a representação coletivamente reconhecida, e assim realizada, da existência, é com certeza o suporte por excelência do sonho de poder absoluto. (BOURDIEU, 1998:28).

Um sonho de poder absoluto sustentado na evidência de que “o juiz pode-se contentar em dizer “eu o condeno” pelo fato de existir um conjunto de agentes e instituições garantindo a execução de sua sentença” (Idem: 62-63).

Assim, se no segundo capítulo mencionei que a verdade buscada pelo juiz na área penal diverge em nuances daquela perquirida pelo juiz que julga uma causa cível, o mesmo pode-se inferir em se tratando de coisa julgada. Isto é, uma vez sentenciado o réu (ou a ré) como condenado pela prática de crime de atentado violento ao pudor contra seu próprio filho, tal decisão constitui prova indiscutível se o filho(a) desejar processar o réu na área cível por danos morais e materiais. Na área cível, por força do artigo 935 do novo Código Civil e por força do artigo 1525²⁰ do antigo, esse filho ou filha que foi violentado não necessita de outras provas que não a própria decisão condenatória proferida pelo juiz criminal para formular sua petição inicial por danos morais e materiais contra o réu. Idêntica regra encontra-se prescrita no artigo 63 do Código de Processo Penal que assim é redigida: “transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros” (CPP, 2005:32).

Definidos os básicos contornos que constituem a coisa julgada material e a força do discurso competente vindo do Judiciário, outras ponderações se fazem indispensáveis para que a lógica da produção de sua verdade possa ser delineada. Para tanto, provoco o leitor com algumas perguntas aclaradas no capítulo anterior e ao longo do presente:

Quais são as provas que convencem o magistrado a respeito de uma verdade? Por que determinados fatos, eventos ou acontecimentos em um dado julgamento são refutados como provas e em outros convencem o magistrado? Quais são os papéis relacionais desempenhados por cada um desses sujeitos processuais? Quem se comunica com quem neste universo? Caso estes sujeitos se comuniquem entre si, como eles estabelecem tal comunicação?

Tais perguntas não saíram apenas de minha ignorância jurídica, mas de outras duas categorias nativas/jurídicas que ao lado da coisa julgada, clareiam os rumos de todos e quaisquer processos, são elas: **o “ônus da prova” e o “livre convencimento do juiz”²¹**.

²⁰ - Como ambos os artigos apresentam idêntica redação, transcrevo o mais recente: artigo 935 – “a responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal” (CCB, 2005a:153).

²¹ - O livre convencimento encontra-se previsto e prescrito pela verdade moral abstrata legal do Código de Processo Civil, quando em seu artigo 131, nota-se que: “o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas

A primeira categoria fala do que cada litigante deve fazer, como deve fazer, através de que meios deve fazer para que seu pedido formulado através de contestações e acusações chegue às mãos do juiz, e que esse venha a apreciá-lo. Ao apreciá-lo o juiz ponderará se ele o convence ou não. Ainda quanto ao ônus da prova, quando mencionei o conceito de coisa julgada material, deixei de mencionar propositadamente aquele que se denomina de “coisa julgada formal”. Essa, diferentemente das sentenças irrecorríveis, reflete geralmente a negligência das partes na atuação frente ao processo. Em outras palavras, todo e qualquer processo litigioso (ou não) somente caminha (literalmente), se as partes que litigam não deixam de agir tal como devem agir. Caso o processo sofra paralisações por falta de atitude das partes, o mesmo pode ser declarado extinto pelo juiz face à inércia de seus maiores interessados. **(Não esqueçamos: o direito não socorre aqueles que dormem!)**. A essa decisão que concede fim a um processo sem que o mesmo tenha sido decidido em relação ao seu conteúdo dá-se o nome de coisa julgada formal²².

As coisas julgadas materiais e formais expressam, então, as conseqüências tidas como “muito concretas” (aos moldes de GINZBURG, 1993:112) que afetam os discursos jurídicos sentenciados se os compararmos com os demais discursos científicos. E quiçá, como complementa Ginzburg, o “erro científico” não se correlaciona com o “erro judicial”, à medida que esse condena um inocente ou inocenta um culpado. Assim, as condenações dos camponeses Pierre Rivière e Menocchio, guardam entre si, a despeito das diferentes abordagens dos teóricos que as analisaram, uma característica em comum: a coerção dos ordenamentos sentenciados.

Ao falar em Coerção, em Moral e em Direito, bem como, no caráter transcendental atribuído à Sociedade e ao seu funcionamento, culmino em certos aspectos do programa sociológico de Émile Durkheim. Afinal, a meu ver, muito do que Durkheim teorizou a respeito do Direito e da Moral contribui para o entendimento de como as verdades judiciais são produzidas nos processos e nos acórdãos até aqui detalhados. Advirto: não tanto como suporte analítico teórico, mas como se fosse um espelho através do qual a lógica processual se identifica.

partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”. (CPC, 2005:48).

²² - Perante a coisa julgada formal, a lei (artigo 268 do Código de Processo Civil) possibilita que o autor possa propor nova ação.

Do início ao término de um processo judicial, o objetivo único e último dos advogados envolvidos no convencimento do magistrado, é o de afirmar e de reafirmar os argumentos que mantenham coerência com as provas que os sustentam. Portanto, se a insuficiência de provas pode culminar em uma sentença que produza a coisa julgada formal – sem a análise dos pedidos que suscitaram o conflito, o mesmo argumento da insuficiência de provas pode ser descartado graças à somatória de indícios (parcos ou muitos) que venham a representar a vida social de um sujeito concreto aos moldes do sujeito médio e abstrato constante em lei. Nesta operação lógica, o sujeito deixa de ser concebido como concreto, passando a ser aquele sujeito que preenche (ou não) as expectativas do sujeito abstrato prescrito e previsto em lei.

Conseqüentemente, não por mera coincidência, por vezes, juízes, promotores e advogados desconsideram a contextualização das trajetórias individuais dos sujeitos concretos envolvidos nos diferentes litígios. Nesse sentido, a reincidência do réu João, no acórdão de n.06/2003, tornou-se um indício forte o suficiente para somado aos outros de menor potencial vir a decretar a sua condenação. O mesmo pode ser estendido à Madalena, que dezesseis anos após a perda da guarda de suas filhas, veio a ser representada no processo de Agnes *versus* Naum – n.11/2000, pelos indícios produzidos de 1985 a 1989, e não por uma compreensão de quem ela veio a ser de meados de 2000 a agosto de 2005 – data da sentença singular do processo de danos morais n.11/2000.

IV. 3.1. Os discursos sentenciais e as violências de representações por eles praticadas!

Reincidência de um lado e abandono de outro convergem para uma produção de julgamentos que podem basear por poucos indícios, a perda ou a vitória em uma batalha judicial. Se trazer ao palco das atenções os processos de Agnes *versus* Naum; de Caim *versus* Nelma; de Siomar *versus* Eunápolis; de Marta *versus* Justiça Pública; de Hermínio *versus* a Justiça Pública; da Justiça Pública *versus* Adelma e de João *versus* Justiça Pública, notar-se-á a emergência nos discursos sentenciais de significações que representam o sujeito que litiga, tais como: a “deficiente auditiva” e “perturbada”, Agnes, que foi derrotada pelo pai desempregado e dedicado às filhas, Naum; da mãe Eunápolis que apesar de ter

sido adjetivada pelo pai de seus filhos como “infanticida” e “desempregada”, manteve-se com a guarda dos mesmos, em função de Siomar ter sido adjetivado como alcoólatra; da mãe Adelmá, que tão logo saiu da prisão sob regime condicional, retomou a guarda de seus filhos até então desempenhada pela avó paterna, cujo estado doentio e a precariedade financeira pesaram para a sua derrota.

Eis a função da jurisprudência nos diferentes documentos judiciais. Mas o que é a jurisprudência se não uma (re)produção de padrões morais médios contemplados ou não nas diversas leis, e que servem de suporte para a adequação de outros julgamentos, nos quais Siomar, Eunápolis, Agnes e outros tantos seres nomeados tornam-se uma representação a mais?

Mas há que se destacar que esta prática produtora da própria jurisprudência, responsável por defini-la como um conjunto de julgamentos uniformes a respeito de uma mesma temática, constitui, a meu ver, o que se denomina de **violência da representação**. Se não, vejamos.

No acórdão n.05/2005, ao seu término, o desembargador relator decide a respeito da relação de maternidade e de filiação até então estabelecida entre Marta e Ernesto:

A destituição do pátrio poder é justificável quando demonstrado que os pais biológicos não reúnem condições psicológicas suficientes e não proporcionam a seus filhos, de tenra idade, o mínimo de condições para seu desenvolvimento saudável e com dignidade, deixando de ministrar-lhes assistência material adequada e submetendo-os a maus tratos, com prejuízos irreversíveis para a sua boa formação” (AC²³ nº 00.010453-1, de Blumenau, j. 05/12/2002).

Fica constatado, portanto, que a mãe biológica de Ernesto não reúne condições de tê-lo sob sua companhia e **poder** familiar, caracterizadas que estão as ofensas aos dispositivos de lei já mencionados no corpo desta decisão.

Diante disso, conheço do recurso de apelação e nego-lhe provimento.

É como voto. **(Negritos meus)**.

De sua leitura, depreendo algumas considerações tendo em vista o que entendo por “violência das representações” sob a influência da leitura de Judith Butler em torno da obra de Toni Morrison (*apud* Butler, 2004:28-29):

²³ - Abreviatura de Acórdão.

1º - As conseqüências mandamentais potencialmente advindas do discurso jurídico sentencial concedem à reconstituição de fatos passados o tom de certezas e não de possibilidades. Dessa forma, se a “verdade” e a “prova” caracterizam-se também como substratos de outros discursos científicos, tal como o histórico, isso não o leva necessariamente a agir como o discurso jurídico: conjecturando sobre o invisível (o próprio passado inatingível) a partir de indícios visíveis costurados por uma linguagem que refuta os “talvez”; os “possíveis” ou os “prováveis”. As considerações de Carlo Ginzburg ao trabalho metodológico da historiadora Natalie Zemon Davis em relação ao caso Martin Guerre – plenamente extensível à antropologia (e não só à história), sinalizam para as distinções discursivas entre as ciências jurídicas e as outras ciências humanas:

A investigação (e a narração) de N. Davis não se baseia na contraposição entre “verdadeiro” e “inventado”, mas na integração, sempre assinalada pontualmente, de “realidades” e “possibilidades”. Daí vem, no seu livro, a proliferação de expressões como “talvez”, “tiveram de”, “pode-se presumir”, “certamente” (que em linguagem historiográfica costumam significar “muito provavelmente”) e assim por diante. Neste ponto a divergência entre a óptica do juiz e a do historiador torna-se clara. Para o primeiro, a margem de incerteza tem um significado puramente negativo, e pode conduzir a um *non liquet* – em termos modernos, a uma absolvição por falta de provas. Para o segundo, isso obriga a um aprofundamento da investigação, ligando o caso específico ao contexto, entendido aqui como campo de possibilidades historicamente determinadas (GINZBURG, 1989a: 183).

Motivo pelo qual, pode-se dizer que as sentenças e os acórdãos irrecorríveis caracterizam-se como « l’acte de discours illocutoire », através do qual « est lui-même la chose qu’il effectue » (BUTLER, 2004:23); perceptível em suas elaborações discursivas recheadas de “convicções”, como certos trechos dos acórdãos proferidos por meus informantes bem mostram:

Acredito, data vênia, que Tiago, agora com pouco mais de 10 anos, ainda não esteja maduro o suficiente para entender a importância da disciplina imposta por sua mãe e que a diversão dos finais de semana, proporcionada por seu pai, muito provavelmente não se repetirá de segunda a sexta, visto que este precisará trabalhar para prover-se o sustento. (VOTO DO DESEMBARGADOR RELATOR NO ACÓRDÃO N.01/2002). (Negritos meus).

&

No que tange à guarda, verifica-se que não há como se deferir o pedido de compartilhamento feito pelo recorrente, haja vista que essa medida não se mostra apropriada ao sadio desenvolvimento da criança, que conta apenas com cinco anos de idade. **Inexiste dúvida de que essa constante alternância de ambiente familiar gerará, para o menor, certa instabilidade emocional, devendo seu interesse sempre prevalecer em lides dessa natureza.** (VOTO DO DESEMBARGADOR RELATOR NO ACÓRDAO N.02/2003). **(Negritos meus).**

&

E, no caso, não há dúvida sobre a materialidade e a autoria dos delitos, em que pese a negativa do acusado que, na fase policial, não admitiu a sua prática, alegando que nunca encostou em sua filha, a não ser para brincar, não possuindo qualquer intenção de lhe fazer mal (fls. 14). **Em juízo, tentou convencer que ela foi induzida pelo conselho tutelar e pela delegada de polícia para acusá-lo falsamente,** e, ainda, que as declarações extrajudiciais de sua esposa foram completadas pelas pessoas que colheram seus depoimentos. Asseverou, ainda, que sua filha nunca dormiu com ele, mas, sim, na sala, com a avó, onde havia duas camas de solteiro e que sua mulher nunca soube dos fatos (fls. 38/39). (VOTO DO DESEMBARGADOR RELATOR NO ACÓRDAO N.03/2005). **(Negritos meus).**

&

Não se pode fechar os olhos, ainda, à descrição feita pela MM. Juíza de Direito, Dra. Adriana, sobre o comportamento da apelante, nos autos da ação de verificação de situação de risco:

"M. G. sempre apresentou comportamento dissimulado neste Juízo. Às vezes que foi chamada imputava aos filhos a responsabilidade pela vida desregrada. Negava as agressões, mesmo as narradas pelas crianças que haviam sido examinadas por médicos. Costumava inverter as situações, faltar à verdade, tentando justificar-se. É omissa, negligente, indiferente. Busca acobertar-se sob a imagem de pessoa boa, doente, e fecha os olhos para a educação dos filhos ou a segurança dos mesmos, encobrindo a violação aos direitos e integridade daqueles, em troca de favores ou tendendo 'não se incomodar'" (fl. 13).

Portanto, não há como se cogitar que a negligência em relação à saúde, à integridade física e ao desenvolvimento moral do infante E. G. B. não tenha sido devidamente comprovada ao longo da instrução processual. Também não se pode admitir que essa postura materna seja conseqüência exclusiva da situação financeira precária que desfruta a recorrente. **Na verdade, tais atitudes revelam o desprezo que a genitora tem por seus filhos, sentimento este que não pode ser revertido com a orientação ou o amparo financeiro oferecidos pelo Estado.** Por isso, a decretação da extinção do **poder** familiar, no intuito de proporcionar ao menor E. G. B. condições de viver com respeito, dignidade e liberdade, é medida que se impõe. (VOTO DO DESEMBARGADOR RELATOR NO ACÓRDAO N.05/2005). **(Negritos meus).**

&

Além disso, há que se ressaltar que o ofendido é portador de deficiência mental, sendo improvável que a informante Antônia o tivesse manipulado de tal forma, que o fizesse sustentar história tão complexa, várias vezes e para pessoas distintas e estranhas (à orientadora pedagógica e à diretora da APAE, ao Delegado de Polícia e à Juíza de Direito, entre outras), da mesma maneira, de forma tão segura e contendo os mesmos detalhes, **se não expressassem realmente a verdade.** (VOTO DO DESEMBARGADOR RELATOR NO ACÓRDAO N.06/2003). **(Negritos meus).**

Após a leitura destes discursos jurídicos sentenciais, vê-se que o ato de enunciar mistura-se ou confunde-se com as suas próprias conseqüências, pois o momento ritual ou cerimonial (*lócus* privilegiado de sua atuação) condensa a historicidade. « Il se dépasse lui-même vers le passé comme vers le futur, il est l'effet d'invocations antérieures et futures qui constituent l'énoncé en question et lui échappent » (BUTLER, 2004: 24). Uma das conseqüências desse discurso “illocutoire” é o que Judith Butler entende por « performatividade » (BUTLER, 2005:17), isto é, o ato de discurso que dá existência àquilo que nomeia. Aqui, pode-se estreitar tal conceito ao de “atos de autoridade” elaborado por Bourdieu, à medida que ambos os teóricos recorrem à Austin – e quiçá apenas por esse motivo. Então quando o juiz afirma: “je vous condamne”, isso não diz outra coisa senão que: “son dire est en lui-même une sorte de faire” (BUTLER, 2004:43), constituindo uma espécie de conduta do destinatário, ou de um *habitus*, se fôssemos pela via bourdiana.

2º - O pressuposto do cumprimento de uma sentença não apenas traz consigo certezas travestidas de possibilidades adquiridas por meio de ausências de contextualizações, ou da desconsideração de uma série de elementos que formam a trajetória dos sujeitos no conflito envolvidos, mas carrega também o poder de reconhecer e de tornar reconhecível o sujeito que enuncia. Em outros dizeres, o sujeito submetido ao discurso jurídico sentencial face à sua derrota, depara-se com a negação de algo que faz parte de sua existência e que outrora era reconhecido, mas agora, pós-sentença lhe é negado. Trocando em miúdos, sem considerar como os sujeitos “incorporam” ou “subjetivam” as normas, o fato produzido pelo discurso sentencial contrário, por exemplo, à Marta (no acórdão n.05/2005), deslocou-a da condição de mãe ao suprimir seu nome da certidão de nascimento de Ernesto. Assim, se por um lado, cotidianamente a condição de mãe pode extrapolar o que está posto nos documentos reconhecidos pelo Estado

– como a certidão de nascimento, por outro lado, há determinadas atitudes cotidianas que são vigiadas com o intuito de evitar a permanência de menores com adultos não responsáveis legalmente pelos mesmos²⁴. Eis a positividade e a negatividade que podem decorrer do exercício do poder.

3º - Quanto às verdades dos derrotados, refutadas no contexto judicial, uma dupla violência pode ser verificada. É justamente o caráter dialético de uma sentença que produz a exclusão de possíveis realidades não explicitadas nos autos de um processo, e não apenas a negação da verdade à versão perdedora. A gravidade do discurso sentencial reside, então, no fato de que para além da negação de uma verdade nos autos, não subsiste mais nada. A respeito do caráter dialético de uma sentença, transcrevo os esclarecimentos formulados pela filósofa Judith Butler (2004: 24) em entrevista conduzida por Peter Osborne e Lynne Segal (ambos da Radical Philosophy):

R.P. Dans quelle mesure accepteriez-vous de qualifier votre travail de « dialectique » ? La plupart des gens qui s'inspirent de Foucault et Derrida, par exemple, comme vous le faites, répugneraient à recourir à la notion de dialectique. J.B. Je ne sais pas si c'est mon cas. Je pense en revanche qu'il faudrait la compliquer. Ce qui est intéressant dans la construction de toute opposition binaire – par exemple quand nous considérons le masculin et le féminin comme une opposition binaire –, ce n'est pas de remarquer que le masculin présuppose le féminin, (...), ou que le féminin présuppose le masculin, (...), mais d'examiner la façon dont un champ est produit, dans lequel prennent place ces deux possibilités, qui s'excluent et se définissent mutuellement, et seulement elles deux. **Un ensemble d'exclusions intervient dans la production de toute structure binaire, et ces exclusions ne trouvent jamais leur place dans le discours rationnel. C'est là qu'entre en jeu la notion d'abject. J'accepte l'idée dérridienne selon laquelle toute opposition dialectique est produite par le truchement d'un ensemble d'exclusions, et que ce qui est au-dehors de la dialectique – qui c'est pas une négation – ne peut être contenu par la dialectique. Ce qui fournit l'occasion d'une importante réflexion critique sur les limites de l'opposition dialectique. (Negritos meus).**

²⁴ - Um exemplo simplório é a exigência imposta pelas companhias de ônibus rodoviários aos seus motoristas de exigirem os registros de certidões de nascimento ou a permissão judicial de todos os adultos que embarcam com menores de idade, em viagens interestaduais.

Contudo, se me detiver à noção de negação como um dos binômios resultantes de quaisquer discursos dialéticos, bem como, à de abjeção como tudo o que está no campo do indizível porque é inominável ²⁵, desemboco em outros objetos de pesquisa não contemplados na presente tese, e, então a determinadas pontuações:

1º - A peculiaridade do discurso jurídico posta em seu efeito coercitivo não pode ser analisada *per se*, isto é, como tendo o condão efetivo de vir a negligenciar a capacidade de resistência dos sujeitos a ele submetidos. Portanto, uma coisa é a verdade Real (com “R” maiúsculo) produzida pelos processos judiciais, e outra coisa é a verdade real (ou as verdades reais – com “r” minúsculo) que foram refutadas como verdades ao longo dos processos judiciais ou que nem ao menos foram nele expostas.

Quanto a esta verdade real, por mim denominada como tendo “r” minúsculo, resta a indagação: como os diferentes sujeitos concretos vencidos incorporam ou subjetivam os mandamentos sentenciais prescritos pelo discurso jurídico? A consequência direta desta consideração desloca-me para as análises de Foucault (e também para as de Butler), através das quais:

Je crois dans cet *Ordre du discours* avoir mêlé deux conceptions ou, plutôt, à une question que je crois légitime (l’articulation des faits de discours sur les mécanismes de pouvoir) j’ai proposé une réponse inadéquate. C’est un texte que j’ai écrit à un moment de transition. Jusque-là, il me semble que j’acceptais du pouvoir la conception traditionnelle, le pouvoir comme mécanisme essentiellement juridique, ce qui dit la loi, ce qui interdit, ce qui dit non, avec toute une kyrielle d’effets négatifs : exclusion, rejet, barrage, dénégations, occultations...

²⁵ - Ainda quanto à violência das representações outras considerações podem ser feitas. Restringir-me-ei a uma delas. Débora de Carvalho Figueiredo em interessante artigo (2002) referente à sua tese de doutoramento, analisa as “violências de gêneros” que são perpetradas pelos discursos jurídicos de Cortes de Apelação britânicas, em julgamentos de estupro. Além de partir do pressuposto aqui já exposto, de que as sentenças têm impacto sobre as vidas dos sujeitos envolvidos nos litígios processuais, a pesquisadora inferiu como resultado analítico que as representações de gênero reproduzidas a respeito das mulheres (virgem, promíscua, etc.) nesse contexto, também equiparáveis aos mitos sociais, influenciam nas decisões judiciais. Dessa inferência, atenho-me a uma outra pontuação. Essas representações de gênero que para algumas estudiosas da área culminam em violências de gênero e em “estupros duplos”, ambos praticados pelas decisões judiciais, a meu ver, podem ser consideradas como um “gênero” da “espécie” das “violências das representações”. Todavia, mesmo na qualidade de “gênero” da “espécie” violência das representações, há que se cogitar na possibilidade da própria categoria de “gênero” pautada em uma pluralidade de significações que oscilam entre o “masculino” e o “feminino”, vir a se configurar como uma “violência”. Ainda mais, se considerarmos as implicações sugeridas por Butler, de que os discursos dialéticos implicam em negações e, em meio a essas, o indizível ou abjeto, não se torna nem caracterizável como pensável.

Or je crois cette conception inadéquate. Elle m'avait suffi cependant dans l'*Histoire de la folie* (non pas que ce livre soit en lui-même satisfaisant ou suffisant), car la folie est un cas privilégié : pendant la période classique, le pouvoir s'est exercé sur la folie sans doute au moins sous la forme majeure de l'exclusion ; on assiste alors à une grande réaction de rejet où la folie s'est trouvée impliquée. De sorte que, analysant ce fait, j'ai pu utiliser, sans trop de problèmes, une conception purement négative du pouvoir. Il m'a semblé, à partir d'un certain moment, que c'était insuffisant, et cela au cours d'une expérience concrète que j'ai pu faire, à partir des années 1971-1972, à propos des prisons. Le cas de la pénalité m'a convaincu que ce n'était pas tellement en termes de droit mais en termes de technologie, en termes de tactique et de stratégie, et c'est cette substitution d'une grille technique et stratégique à une grille juridique et négative que j'ai essayé de mettre en place dans *Surveiller et Punir*, puis d'utiliser dans l'*Histoire de la sexualité*. De sorte que j'abandonnerais assez volontiers tout ce qui dans l'ordre du discours peut présenter les rapports du pouvoir au discours comme mécanismes négatifs de raréfaction. (FOUCAULT, 2001b: 228-229).

Para Foucault, o aspecto positivo do poder advém tanto de sua capacidade de produzir sujeitos ou corpos dóceis, quanto da capacidade desses mesmos sujeitos virem a se tornar indóceis.

2º - Ainda quanto ao efeito da coisa julgada para os sujeitos perdedores e do caráter dialético que dele advém, vê-se tanto a negação das realidades vencidas, como a possibilidade de se conjecturar realidades que não são nem nomeadas, isto é, aquelas que envolvem sujeitos tidos como inumanos. Ilustro a abjeção antes mencionada com um exemplo simplório, pois advindo de uma não menos simplória pesquisa. Ao digitar a palavra-chave "travesti" no site do Tribunal de Justiça de Santa Catarina – mesmo lugar onde parte da pesquisa objeto desta tese foi elaborada, os resultados obtidos foram os seguintes:

Pesquisa Avançada

Pesquisar:	<input type="text" value="travesti"/>	<input type="button" value="Ok"/>	Pesquisa Simples		
Coincidir:	<input type="text" value="Todas"/>	Resultados por página:	<input type="text" value="10"/>	Tipo de Resultado:	<input type="text" value="Detalhado"/>
Buscar por:	<input type="text" value="Palavra inteira"/>	Formação da palavra:	<input type="text" value="Qualquer"/>	Usar sinônimos:	<input type="text" value="Sim"/>
Em:	<input type="text" value="Documento inteiro"/>	Tipos de documento:	<input type="text" value="Todos"/>	<input type="text" value="listagem normal"/>	
Coincidir URL:	<input type="text"/>	ex: http://www.tj.sc.gov.br/ /institucional/ , index.html			

Pesquisando por travesti. Resultados obtidos: travesti : 0

Desculpe, sua pesquisa por travesti não retornou nenhum resultado. Não foi encontrado nenhum documento contendo "travesti".

Sugestões:

- Verifique se todas as palavras foram digitadas corretamente.
- Tente palavras-chave diferentes.
- Tente palavras-chave mais abrangentes.

Nenhum. Ponto e pronto. Ante a inexistência de sujeitos travestis em litígios julgados pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, por essa via institucional não há nem o que se cogitar em formulação de problemas, à medida que não há o que se pesquisar. Afinal: o que não se nomeia não existe para aqueles que são os portadores do poder de nomeação. Estejam esses últimos no contexto jurídico ou em outro.

Assim, mesmo frente às análises foucaultianas que me esclarecem acerca do caráter produtor de corpos dóceis e indóceis, resultante dos exercícios de poder nas mais diversas relações sociais, infelizmente persistem aquelas que me desafiam com uma pergunta que não quer cala: como viver uma vida vivível fora das classificações e das nomeações, bem como, dos binarismos e das exclusões que delas emergem?

Afinal, se for valorar comparativamente, as situações de “abjeção” talvez sejam piores do que as violências de representação perpetradas pelo Judiciário, pois o que é indizível não adentra nem no universo jurídico. Como bem coloca Otoni de Barros em sua perspectiva psicanalítica:

A responsabilidade é a condição da humanidade que nos habita. Quando K. ao final do processo grita: “- como um cão”, sabemos que no fim, o sujeito foi subtraído da história, não foi dada a ele a chance de responder pela sua posição.

Em todo e qualquer sistema de justiça, encontraremos vivo “O processo” kafkaniano, pois não existe “O processo” em condições de calcular o impensável que causa o sujeito em seu ato. Então, esta é a angústia que este processo produz. Contudo, se existe uma moral lacaniana, é aquela que orienta nunca deixar se levar sem o sujeito. (OTONI DE BARROS, 2007:186).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nas conclusões procurarei sublinhar um dos possíveis fios condutores que perpassa a tese. Para tanto, retomo aquelas reflexões realizadas em cada um dos quatro capítulos que considero como sendo as principais.

Em “Os caminhos trilhados rumos às aldeias-arquivos”, tratei o “segredo de justiça” como um dos elementos constitutivos das redes de forças que sustentam as práticas e os discursos jurídicos, enquanto poderes-saberes. Assim, por intermédio da não publicização dos processos judiciais àqueles que deles não participa(ra)m, o Direito representado por seus operadores exerce um duplo controle-vigilância. Por um lado, ao autorizar o acesso dos antropólogos aos processos que tramitam sob o segredo de justiça, o Direito mantém o poder de ingerência sobre a escritura etnográfica do antropólogo. Por outro lado, ao proibir o acesso à pesquisa de processos secretos a estes últimos, de imediato o controle exercido pelo Direito perfaz-se sem a necessidade de quaisquer outras vigilâncias.

Em “Uma questão de moralidade a ser provada: do nascimento à morte do pátrio poder/poder familiar”, sugeri ser o Estado-juiz quem gesta e quem pare os rebentos de nossa sociedade brasileira.

No capítulo subsequente, “*Quod non est in actis, non est in mundo – o que não está nos autos do processo, não existe no mundo dos fatos: tecendo a produção de provas e de verdades em processos judiciais*”, voltei os holofotes para as ações praticadas pelos defensores de Naum, de Madalena e de Agnes, nas batalhas que viveram e vivem entre si (Madalena *versus* Naum; Naum *versus* Madalena; Agnes *versus* Naum; Naum *versus* Madalena). Observou-se que os documentos produzidos pelos operadores do direito e denominados de “petições iniciais”, “contestações”, “recursos de apelação”, dentre outros, necessitaram do suporte de telegramas, recibos, contratos, testemunhos e recibos. Esses tiveram a capacidade de conceder coerência às histórias descritas pelos defensores de minhas interlocutoras e meus informantes. Todo cuidado é pouco, pois um passo em falso dado pelos procuradores dos sujeitos litigantes, que não falam por si, pode tornar coerente o argumento elaborado pelos procuradores adversários. Assim como a ausência dos representantes ou de seus litigantes nas audiências,

e/ou a prática de qualquer ato que fuja das regras rituais processuais impostas pelas verdades morais abstratas legais, pode colocar em xeque a pretensão dos defensores de convencer os juízes de que suas versões são as verdadeiras.

Jamais esqueçamos: o Direito não socorre aqueles que dormem! Aqui, os sonolentos se referem mais àqueles que são legitimados institucionalmente pelo Direito a falar, isto é, aos meus informantes advogados e promotores, e não necessariamente às “partes litigantes”. Em meio a este jogo de xadrez, sublinhei como a advogada de Madalena, Dra. Eutanásia, muniu o defensor adversário, acarretando à sua cliente o custo sem benefícios de ser estigmatizada de “abandonadora”, com conseqüente perda da guarda das filhas. Ao longo de mais de duas décadas de batalhas processuais envolvendo Madalena, depreende-se dos estigmas a ela colados que determinados acontecimentos, por mais reais que sejam para os sujeitos litigantes que os viveram, no contexto judicial processual não podem ser expressos sem evidências. Um dos exemplos marcantes convergiu para a acusação dos abusos sexuais praticados por Naum contra suas filhas, incluindo Agnes, feita pela Dra. Eutanásia, representando a voz de Madalena. Assim o fez como se fossem palavras ao vento, sem coerência com outros elementos levados aos processos. No caso dos processos que Madalena viveu contra Naum, vimos que o veredicto, sob tais raciocínios não surpreendeu o leitor, tal qual provavelmente o faz e o fez a obra de Franz Kafka. A desconsideração de Madalena enquanto sujeito traduziu-se com a derrota nas dez batalhas empreendidas contra Naum e, em especial, com a implícita mensagem dela decorrente de que o que Dra. Eutanásia levou aos autos dos processos não condizia com a realidade que a sentença irrecorrível determinou ter existido no mundo dos fatos.

E, afinal, “Onde está a verdade?” Eis o último capítulo que talvez possa ser reduzido à seguinte assertiva foucaultiana: “como uma verdade matemática, a verdade do crime só poderá ser admitida uma vez inteiramente comprovada” (FOUCAULT, 1983:88). Parti da figura do Estado-juiz que autoriza e que desautoriza o manuseio dos processos sob segredo de justiça, e cheguei àquela mesma que media e que valora as trocas lingüísticas constitutivas dos processos por mim estudados. Mas, não apenas, pois:

Percorrei os locais onde se julga, se prende, se mata (...). Um fato nos chama a atenção sempre; em toda parte vedes duas classes bem distintas de homens, dos quais uns se encontram sempre nos assentos dos acusadores e dos juizes, e os outros nos bancos dos réus e dos acusados. (idem: 243).

Neste sentido, se a verdade eleita enquanto tal pela sentença, e produzida nos processos judiciais depende do cumprimento das regras rituais impostas pelas verdades morais legais, e da coerência e correspondência em termos de evidências, entre as narrativas elaboradas pelos operadores do direito e quaisquer materialidades por eles ou por seus adversários levadas aos autos, pergunto: há possibilidades de resistências em relação aos discursos sentenciados por parte dos sujeitos vencidos ou vencedores, imersos nestes percursos processuais? A partir do material analisado tendo a desacreditar em suas existências. Porém, se por um lado não podemos esquecer que me restringi às aldeias-arquivos, e então as reticências, os silêncios e outras formas de expressões não “reduzidas a termo”, escaparam-me, por outro lado o universo processual se reduz a documentos ou a atos que são reduzidos a termo.

Portanto, acredito que um dos fios condutores da tese pendeu para a polarização entre os discursos legitimados e os não legitimados (ou excluídos e capturados), entre os discursos determinantes e os submissos, entre os dominantes e os dominados, ou outras correlações possíveis frente ao inexorável poder do Estado-juiz, levando-se em consideração o poder da dita “coisa julgada irrecorrível” decorrente das muitas sentenças judiciais. No final das contas, talvez ainda vivamos em uma “sociedade de vigilância”, na qual ainda imperam as pontuações foucaultianas em relação à engenharia dos modelos prisionais como formas de punição que não se esgotam neles mesmos, mas em outras tantas instituições (...):

Estamos na sociedade do professor-juiz, do médico-juiz, do educador-juiz, do “assistente-social”-juiz; todos fazem reinar a universalidade do normativo; e cada um no ponto em que se encontra, aí submete o corpo, os gestos, os comportamentos, as condutas, as aptidões, os desempenhos. A rede carcerária, em suas formas concentradas ou disseminadas, com seus sistemas de inserção, distribuição, vigilância, observação, foi o grande apoio, na sociedade moderna, do poder normalizador. (ibidem: 266).

Todavia, antes de simplesmente concluirmos que a eficácia sentencial inerente ao “Estado-juiz” exerce seus mandos e desmandos sobre os reles mortais litigantes, talvez devamos nos lembrar da importância que personagens como os conselheiros tutelares, as assistentes sociais, os vizinhos e outros sujeitos apresentam no contexto processual judicial, envolvendo disputas como o pátrio poder e o poder familiar. Ainda que despidos da força da coisa julgada, eles são os que cotidianamente vigiam, controlam e encaminham os pais, as mães ou os maiores responsáveis legalmente pelos seus filhos ou crianças menores, às portas do Judiciário. Em suma, parece-me que eles não cochilam.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABREU, Martha (2000). Meninas Perdidas. *In: DEL PRIORE, Mary (Org). HISTÓRIA DAS CRIANÇAS NO BRASIL. 2ª edição. São Paulo: Contexto, pp. 289-316.*
- AZEVEDO, Álvaro Villaça (2004). A união estável no novo Código Civil. *JUS NAVIGANDI*, Teresina, ano 8, n.191. Disponível em: <jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4580>. Acessado em setembro de 2006.
- BAKHTIN, Mikhail – Volochínov. (1981). *Marxismo e filosofia da linguagem*. São Paulo: Hucitec.
- BATESON, Gregory (1989). *Metadiálogos*. Lisboa: Gradiva.
- BECCARIA, Cesare (1995). *Dos delitos e das penas*. São Paulo: HEMUS EDITORA.
- BECKER, Simone (2002). Honras & Estratégias: formas de ser mulher no bairro das Flores. Dissertação de mestrado. Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social/ UFPR.
- BECKER, Simone (2005). Breves reflexões sobre *intervenção e ética* nos laudos antropológicos. *In: LEITE, Ilka Boaventura (Org.). Laudos Periciais ANTROPOLÓGICOS em debate*. Florianópolis: Co-edição NUER/ABA, pp.249-264.
- BECKER, Simone (2005a). Violência(s), Mulher(es) e Direito(s) Humano(s): algumas reflexões sobre os discursos jurídico, legal e médico. Palestra realizada em novembro de 2005 junto à Programação municipal de Blumenau na semana voltada à discussão da erradicação da violência contra as mulheres. Mimeo.
- BEVILAQUA, Ciméa (2002). O consumidor e seus direitos: um estudo sobre conflitos no mercado de consumo. Tese de doutorado. Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social/FFLCH/USP.
- BEVILAQUA, Ciméa (2003). Etnografia do Estado: algumas questões metodológicas e éticas. *Revista Campos*, n.03. Curitiba: UFPR, pp.51-64.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz (2007). As primeiras súmulas vinculantes. *Jornal a Folha de São Paulo*, publicado em 04 de junho de 2007.
- BOURDIEU, Pierre (1996). *Razões práticas: sobre a teoria da ação*. Campinas, SP: Papius Editora.
- BOURDIEU, Pierre (1998). *A Economia das trocas lingüísticas. O que falar quer dizer*. São Paulo: Edusp.

- BOURDIEU, Pierre (2001). *Meditações pascalianas*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil.
- BRAGAGLIA, Mônica (2003). Auto-organização: um caminho promissor para o Conselho Tutelar. Tese de doutorado. Programa de Pós-Graduação em Serviço Social/PUC-RS.
- BUTLER, Judith (1998). Fundamentos contingentes: o feminismo e a questão do pós-modernismo. *CADERNOS PAGU*, n.11. Campinas: UNICAMP, pp. 11-42.
- BUTLER, Judith (2004). *Le pouvoir des mots. Politique du performatif*. Paris : Éditions Amsterdam.
- BUTLER, Judith (2005). *Humain, Inhumain. Le travail critique des normes. Entretiens*. Paris : Éditions Amsterdam.
- CADORET, Anne (1999). La filiation des anthropologues face à l'homoparentalité. *In : Daniel Borrillo et Eric Fassin (Org.). Au-delà du PACS. L'expertise familiale à l'épreuve de l'homosexualité*. Paris: PRESSES UNIVERSITAIRES DE FRANCE, pp. 209-228.
- CARDOSO DE OLIVEIRA, Luis Roberto (2002). *Direito e Insulto Moral: dilemas da cidadania no Brasil, Quebec e EUA*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará.
- CARDOSO DE OLIVEIRA, Luis Roberto (2005). DIREITOS, INSULTO E CIDADANIA (Existe violência sem agressão moral?). *Série Antropologia*. Brasília: UnB.
- CARDOSO DE OLIVEIRA, Roberto (1995). Antropologia e a crise dos modelos explicativos. *Estudos Avançados*, vol. 9, n. 25. São Paulo: USP, Instituto de Estudos Avançados, pp. 213-228.
- CARDOSO, Ruth (1986). Aventuras de antropólogos em campo ou como escapar das armadilhas do método. *In: CARDOSO, Ruth (Org.). Aventura antropológica. Teoria e pesquisa*. Rio de Janeiro: Paz e terra, pp.95-106.
- CARRARA, Sérgio (1998). *CRIME E LOUCURA. O aparecimento do manicômio judiciário na passagem do século*. Rio de Janeiro: Eduerj e Edusp.
- CAVALLIERI, Alyrio (1993). O Código e o Estatuto. *In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Org.). Direitos de Família e do Menor*. Belo Horizonte: EDITORA DEL REY, pp. 277-284.
- CCB (1991). *Código Civil*. 6ª edição. São Paulo: Saraiva.
- CCB (2005). *Código Civil*. 56ª edição. São Paulo: Saraiva.
- CCB (2005a). *Código Civil*. 11ª edição. São Paulo: Saraiva.

- CF (2007). *Constituição Federal*. Disponível em: www.presidencia.gov.br. Acessado em fevereiro de 2007.
- CHAUI, Marilena (1982). *Cultura e democracia: o discurso competente e outras falas*. 3ª edição. São Paulo: Editora Moderna.
- CODATO, Adriano Nervo (2005). Uma história política da transição brasileira: da ditadura militar à democracia. *Revista de Sociologia Política*, n.25. Curitiba: UFPR, pp.83-106.
- CÓDIGO DE ÉTICA DOS ANTROPÓLOGOS (2007). Disponível em: www.abant.org.br. Acessado em fevereiro de 2007.
- CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL (1986). *CF/88*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.
- CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL (1991). *Quadro Comparativo/Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas*. Brasília: Senado Federal.
- CORRÊA, Mariza (1994). Repensando a família patriarcal brasileira. *In: ARANTES, Antonio Augusto (Org). Colcha de retalhos: estudos sobre a família no Brasil*. 3ª edição. Campinas: Editora Unicamp, pp.15-42.
- COSTA, Jurandir Freire (1999). *Ordem Médica e Norma Familiar*. 4ª Edição. Rio de Janeiro. Edições Graal.
- COULANGES, Fustel (1987). *A cidade antiga*. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes.
- CPB (2005). *Código Penal Brasileiro*. 11ª edição. São Paulo: Saraiva.
- CPC (2005). *Código de Processo Civil*. 11ª edição. São Paulo: Saraiva.
- CPC (2007). *Código de Processo Civil*. Disponível em: www.presidencia.gov.br. Acessado em fevereiro de 2007.
- CPP (2005). *Código de Processo Penal*. 11ª edição. São Paulo: Saraiva.
- CPP (2007). *Código de Processo Penal*. Disponível em: www.presidencia.gov.br. Acessado em fevereiro de 2007.
- DA MATTA, Roberto (1982). O ofício de etnólogo, ou como ter “anthropological blues”. *In: NUNES, Edson de O. (Org.). A aventura sociológica*. Rio de Janeiro: Zahar, pp. 23-35.
- DE PLÁCIDO E SILVA (1967). *VOCABULÁRIO JURÍDICO*. Volume I. Rio de Janeiro e São Paulo: Editora Forense.
- DELMANTO, Celso (1991). *Código Penal Comentado*. Rio de Janeiro: Renovar.

- DIGIOVANNI, Rosângela (2003). RASURAS NOS ÁLBUNS DE FAMÍLIA: Um estudo sobre separações conjugais em processos jurídicos. Tese de doutorado. Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais/UNICAMP.
- DINIZ, Débora (2003). Quem autoriza o aborto seletivo no Brasil? Médicos, promotores e juízes em cena. In: TAMANINI, Marlene; PORTO, Rozeli Maria et al. (Org.). *Novas tecnologias reprodutivas e contraceptivas: questões e desafios*. Brasília: Letras Livres, pp.139-154.
- DUARTE, Luis Fernando Dias (2004). Ética de pesquisa e “correção política” em antropologia. In: VICTORA, Ceres; OLIVEN, Ruben George et al. (Org.). *Antropologia e Ética. O debate atual no Brasil*. Niterói: EdUFF, pp.125-130.
- DUMONT, Louis (1975). *Introducción a dos teorías de la antropología social*. Barcelona: Editorial Anagrama.
- DUMONT, Louis (1985). *O Individualismo: uma perspectiva antropológica da ideologia moderna*. Rio de Janeiro: Rocco.
- DUMONT, Louis (1997). *HOMO HIERARCHICUS. O sistema das castas e suas implicações*. São Paulo: Edusp.
- ESTEVEVES, Martha Abreu (1989). *Meninas perdidas: os populares e o cotidiano do amor no Rio de Janeiro da Belle Époque*. Rio de Janeiro: Paz e Terra.
- FACHIN, Luiz Edson (2000). *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar.
- FARACO, Carlos Alberto (1996). O dialogismo como chave de uma antropologia filosófica. In: FARACO, Carlos Alberto et al. (Org.). *DIÁLOGOS COM BAKHTIN*. Curitiba: Editora da UFPR, pp.113-126.
- FASSIN, Eric (2002). La nature de la maternité. Pour une anthropologie de la reproduction. *Journal des anthropologues*, n.88/89, pp.103-121.
- FAVRET-SAADA, Jeanne (1977). *Les mots, la mort, les sorts*. Paris : Gallimard.
- FAVRET-SAADA, Jeanne (2006). La sorcellerie dan le bocage . *Sciences Humaines*, Numéro Spécial 167S, Janvier, pp. 54-57.
- FERRAZ, Elisabeth Anhel et al. (2003). *Análise de Demanda por Ações de Prevenção de HIV/Aids no Sul do Brasil: Profissionais do Sexo*. Rio de Janeiro: BEMFAM.
- FIGUEIREDO, Débora de Carvalho (2002). Vítimas e vilas, “monstros” e “desesperados”. Como o discurso judicial representa os participantes de um crime de estupro. In: *Linguagem em (Dis)curso*, v. 3, n.1. Tubarão: Editora Unisul, pp.135-156.
- FONSECA, Cláudia (1995). *Caminhos da Adoção*. São Paulo: Editora Cortez.

- FONSECA, Cláudia (2000). *Família, fofoca e honra: etnografia de relações de gênero e violência em grupos populares*. Porto Alegre: Editora da UFRGS.
- FONSECA, Cláudia (2004). A certeza que pariu a dúvida: paternidade e DNA. *REVISTA DE ESTUDOS FEMINISTAS*, 12(2). Florianópolis: UFSC, pp.13-34.
- FONSECA, Cláudia (2004a). Os direitos da criança – dialogando com o ECA. In: FONSECA, Cláudia; TERTO JR, Veriano e ALVES, Caleb Faria (Orgs.). *ANTROPOLOGIA, DIVERSIDADE E DIREITOS HUMANOS. Diálogos Interdisciplinares*. Porto Alegre: Editora da UFRGS, pp.103-116.
- FONSECA, Ricardo Marcelo (2006). Michel Foucault e o discurso histórico-jurídico: encontros e desencontros entre Estado e Poder. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). *DIREITO E DISCURSO: discursos do direito*. Curitiba: Editora UFPR, pp. 139-160.
- FOUCAULT, Michel (1980). *O Nascimento da Clínica*. 2ª edição. Rio de Janeiro: EDITORA FORENSE- UNIVERSITÁRIA.
- FOUCAULT, Michel (1983). *Vigiar e Punir. Nascimento da Prisão*. Petrópolis/RJ: VOZES.
- FOUCAULT, Michel (1996). *A Ordem do Discurso*. São Paulo: Edições Loyola.
- FOUCAULT, Michel (1999). *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau Editora.
- FOUCAULT, Michel (1999a). *Em defesa da sociedade. Curso no Collège de France (1975-1976)*. São Paulo: Martins Fontes.
- FOUCAULT, Michel (2001). *História da Sexualidade 1. A vontade de saber*. 14ª Edição. Rio de Janeiro: Edições Graal.
- FOUCAULT, Michel (2001a). *MICROFÍSICA DO PODER*. 16ª Edição. Rio de Janeiro: Graal.
- FOUCAULT, Michel (2001b). Les rapports de pouvoir passent à l'intérieur des corps. In: FOUCAULT. *Dits et écrits II, 1976-1988*. Paris: QUARTO GALLIMARD, pp. 228-236.
- FOX, Robin (1986). *PARENTESCO E CASAMENTO. Uma perspectiva antropológica*. Lisboa: Veja.
- FREITAS, Maria Teresa de Assunção (1996). Bakhtin e a psicologia In: FARACO, Carlos Alberto et al. (Org.). *DIÁLOGOS COM BAKHTIN*. Curitiba: Editora da UFPR, pp.165-188.

- FREYRE, Gilberto (1984). *Casa-Grande & Senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal*. 23ª edição. Rio de Janeiro: Livraria Olympio Editora.
- FRIZZO, Kátia Regina (2004). Conselho Tutelar e Comunidade: O impacto do conselho nas práticas sociais com crianças e adolescentes. Tese de doutorado. Programa de Pós-Graduação em Psicologia/PUC-RS.
- GEERTZ, Clifford (1978). *A interpretação das culturas*. Rio de Janeiro: Zahar Editores.
- GEERTZ, Clifford (1991). *NEGARA. O ESTADO TEATRO NO SÉCULO XIX*. Portugal: DIFEL.
- GEERTZ, Clifford (2003). *O SABER LOCAL. Novos ensaios em antropologia interpretativa*. 6ª edição. Petrópolis/RJ: Editora Vozes.
- GINZBURG, Carlo (1987). *O queijo e os vermes: o cotidiano e as idéias de um moleiro perseguido pela Inquisição*. São Paulo: Companhia das Letras.
- GINZBURG, Carlo (1989). *Mitos, Emblemas e Sinais: morfologia e história*. São Paulo: Companhia das letras.
- GINZBURG, Carlo (1989a). Provas e possibilidades à margem de “Il ritorno de Martin Guerre”, de Natalie Zemon Davis. *In: A micro-história e outros ensaios*. Lisboa: Difel, pp. 179-202.
- GINZBURG, Carlo (1993). *El juez y el historiador. Consideraciones al margen del proceso Sofri*. Madrid: ANAYA & Mario Muchnik.
- GINZBURG, Carlo (2006). O extermínio dos judeus e o princípio da realidade. *In: MALERBA, Jurandir (Org.). A HISTÓRIA ESCRITA. Teoria e história da historiografia*. São Paulo: Editora Contexto, pp.211-231.
- GOLDIM, José Roberto (2004). Ética e pesquisa em Antropologia. *In: VICTORA, Ceres; OLIVEN, Ruben George et al. (Org.). ANTROPOLOGIA E ÉTICA. O debate atual no Brasil*. Niterói: EdUFF, pp.163-168.
- GOLDMAN, Márcio (1999). O que fazer com selvagens, bárbaros e civilizados? *In: Alguma Antropologia*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, pp.77-82.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel e CINTRA, Antônio Carlos de Araújo (2004). *Teoria Geral do Processo*. 20ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores Ltda.
- HAVILAND, John Beard (2003). Ideologies of Language: Some Reflections on Language and U.S. Law. *American Anthropologist*. 105(4), pp.764-774.
- HÉRITIER, Françoise (1989). Família. *In: Enciclopédia Einaudi*, vol.20. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, pp. 81-94.

- HOUSEMAN, Michael, (1984). La relation hiérarchique: idéologie particulière ou modèle général? In: *Différences, valeurs hiérarchie*. Textes offerts à Louis Dumont. Paris: Éd. EHESS, pp.299-318.
- IACUB, Marcela (2004). *L'Empire du Ventre. Pour une autre histoire de la maternité*. Paris: Fayard.
- LANNA, Marcos P. D (1995). *A dívida divina: troca e patronagem no Nordeste brasileiro*. Campinas: Editora da Unicamp.
- LEACH, Edmund Ronald (1983). Nascimento Virgem. In: DA MATTA, Roberto (Org.). *Edmund Leach: antropologia*. São Paulo, Ática, pp. 116-138.
- LEACH, Edmund Ronald (1996). *Sistemas Políticos da Alta Birmânia. Um estudo da estrutura social kachin*. São Paulo: Edusp.
- LEI 9296/96 (2007). Disponível em: www.presidencia.gov.br. Acessado em fevereiro de 2007.
- LEIRNER, Piero de Camargo (2003). *Hierarquia e individualismo em Louis Dumont*. Rio de Janeiro: Editora Zahar.
- LEITE, Ilka Boaventura (1996). *Antropologia da viagem: escravos e libertos em Minas Gerais no século XIX*. Belo Horizonte: Editora UFMG.
- LEITE, Ilka Boaventura (2002). *O legado do testamento. A comunidade de Casca em perícia. Florianópolis: UFSC/NUER*.
- LÉVI-STRAUSS, Claude (1975). *Antropologia Estrutural*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro.
- LÉVI-STRAUSS, Claude (1982). *Estruturas elementares do parentesco*. Petrópolis: Vozes.
- LÉVI-STRAUSS, Claude (1982a). A família. In: SHAPIRO, Harry L. (Org.). *Homem, cultura e sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, pp. 355-380.
- LISPECTOR, Clarice (1999). *Para não esquecer: crônicas*. Rio de Janeiro: Rocco.
- MALINOWSKI, Bronislaw (1978 [1922]). *Os Argonautas do Pacífico Ocidental*. São Paulo: Editora Abril.
- MALINOWSKI, Bronislaw (1986). DURHAM, Eunice Ribeiro (Org.). *Bronislaw Malinowski: antropologia*. São Paulo: Editora Ática.
- MALUCELLI, Dayse Stoklos (2007). O Absurdo e Inefável Processo... de uma Análise. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Direito e Psicanálise – Interseções a partir de “O Processo” de Kafka*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, pp. 249-254.

- MARINONI, Luiz Guilherme (2004). A questão do convencimento judicial. *JUS NAVIGANDI*, Teresina, ano 9, n.503, publicado em 22 de novembro de 2004. Disponível em: <jus2.uol.br/doutrina/texto.asp?id=8845>. Acessado em 04 junho de 2007.
- MARINONI, Luiz Guilherme (2006). Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo peculiaridades do caso concreto. *JUS NAVIGANDI*, Teresina, ano 10, n.1.168, publicado em 12 de setembro de 2006. Disponível em: <jus2.uol.br/doutrina/texto.asp?id=8845>. Acessado em 04 junho de 2007.
- MARQUES, José Frederico (1976). *Manual de Direito Processual Civil*. 4ª edição. São Paulo: Saraiva.
- MARTINI, Ivana (2001). Estatuto da Criança e do Adolescente: uma cidadania jurídica? Tese de doutorado. Programa de Pós-Graduação em Sociologia/Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho.
- MAUSS, Marcel (1981 [1921]). A expressão obrigatória dos sentimentos (ritos orais funerários australianos). In: *Ensaios de Sociologia*. São Paulo: Editora Perspectiva, pp. 325-335.
- MAUSS, Marcel (2003). Ensaio sobre a dádiva. Forma e razão da troca nas sociedades arcaicas. In: *Sociologia e Antropologia*. São Paulo: Cosac & Naify, pp.185-318.
- MATHIAS DE SOUZA, Carlos Fernando (2007). Evolução histórica do direito brasileiro (XX): o século XIX. Disponível em: www.unb.br/fd/colunas_Prof/carlos_mathias/anterior_21htm. Acessado em 01 de abril de 2007.
- MEAD, Margaret (1966). *L'un et l'autre sexe*. Paris, Éditions Denoël/Gothier.
- MELLO, Luiz (2005). *NOVAS FAMÍLIAS. Conjugalidade homossexual no Brasil contemporâneo*. Rio de Janeiro: GARAMOND Universitária.
- MENEZES, Rachel Aisengart (s/d). Observação etnográfica em hospital. *COMUNIDADE VIRTUAL DE ANTROPOLOGIA*, edição n.23. Disponível em: www.antropologia.com.br. Acessado em fevereiro de 2007.
- MIRABETE, Julio Fabbrini (1994). *Código de Processo Penal Brasileiro Interpretado: referências doutrinárias, indicações legais, resenha jurisprudencial*. 2ª edição. São Paulo: Atlas.
- MOURA, Margarida Maria (1978). *Os herdeiros da terra: parentesco e herança numa área rural*. São Paulo: HUCITEC.
- OTONI DE BARROS, Fernanda (2007). Atravessar as fronteiras, sem todo o Processo. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Direito e*

- Psicanálise – Interseções a partir de “O Processo” de Kafka*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, pp. 179-188.
- PASSETTI, Edson (2000). Crianças carentes e políticas públicas. *In: DEL PRIORE, Mary (Org.). História das crianças no Brasil*. 2ª edição. São Paulo: Contexto, pp.347-375.
- PEIRANO, Mariza (1992). *Uma antropologia no Plural. Três perspectivas contemporâneas*. Brasília: Editora UnB.
- PEIRANO, Mariza (2002). A análise antropológica de rituais. *In: PEIRANO, Mariza (Org.). O Dito e o Feito. Ensaios de antropologia dos rituais*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, pp. 17-42.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva (1993). *Instituições de direito civil*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense.
- PETEFFI DA SILVA, Rafael (2002). Teoria do adimplemento e modalidades de inadimplemento, atualizado pelo Código Civil. *Revista do Advogado*, vol.68. São Paulo: Editora OAB/SP, pp.135-153.
- PINTO, Dagmar Silva (2002). Construção de um saber e responsabilidade social na psicologia. O Conselho Tutelar em foro. Tese de doutorado. Programa de Pós-Graduação em Psicologia/USP.
- PROST, Antoine (1992). Fronteiras e espaços do privado. *In: PROST, Antoine e VINCENT, Gerard. História da vida privada, 5: da Primeira Guerra a nossos dias*. São Paulo: Companhia das Letras, pp. 13-154.
- RABINOW, Paul & DREYFUS, Hubert (1995). *“Michel Foucault”. Uma trajetória filosófica. Para além do estruturalismo e da hermenêutica*. Rio de Janeiro: Forense Universitária.
- REALE, Miguel (1991). *Lições preliminares de Direito*. 18ª edição. São Paulo: Saraiva.
- RIVERS, William H.R. (1975). Derecho materno. *In: Introducción a dos teorías de la antropología social*. Barcelona: Editorial Anagrama, pp.166-169.
- RIBEIRO, Fernanda Bittencourt (1996). A inserção do Conselho Tutelar na construção do problema social da infância e da adolescência: um estudo de caso a partir do Conselho Tutelar da microrregião 3 de Porto Alegre. Dissertação de mestrado. Programa de Pós-Graduação em Sociologia/UFRGS.
- ROCHA, José Manuel de Sacadura (2005). *Fundamentos e fronteiras da Sociologia Jurídica*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira.
- ROSALDO, Michelle (1995). O uso e o abuso da antropologia: reflexões sobre o feminismo e entendimento intercultural. *HORIZONTES*

- ANTROPOLÓGICOS*, n. 01, ano 01. Porto Alegre: Editora da UFRGS, pp. 11-36.
- SADEK, Maria Tereza (2004). Judiciário: mudanças e reformas. *Estudos Avançados*. 18 (51), pp. 79-101.
- SADEK, Maria Tereza (2006). Magistrados: uma imagem em movimento. In: SADEK, Maria Tereza et al. (Org.). *Magistrados: uma imagem em movimento*. Rio de Janeiro: Editora FGV, pp. 11-98.
- SAHLINS, Marshall (2004). *Esperando Foucault, ainda*. São Paulo: Cosac Naify.
- SANTIN, Myriam. 2006. Projeto de Lei de Parceria Civil: Posições laicas e religiosas. *30º Encontro Anual ANPOCS*. Caxambu: CD Room.
- SANTOS, BOAVENTURA SOUZA (1996). *PELA MÃO DE ALICE. O social e o político na pós-modernidade*. 2ª edição. São Paulo: Editora Cortez.
- SANTOS, BOAVENTURA SOUZA (1996a). *Os tribunais nas sociedades contemporâneas: o caso português*. Porto: Edições Afrontamento.
- SARTI, Cynthia (1996). *A família como espelho: um estudo sobre a moral dos pobres*. São Paulo: Autores Associados.
- SCHNEIDER, David. (1975). La natureza del parentesco. In: *Introducción a dos teorías de la antropología social*. Barcelona: Editorial Anagrama, pp.162-165.
- SCHNEIDER, David (1980). *American Kinship, a cultural account*. 2ª edição. Estados Unidos: The University of Chicago Press.
- SCHNEIDER, David (2005). La parenté américaine. Un compte rendu culturel. Chapitre II, "les parents". *INCIDENCE (Qu'est-ce que la parente? Autour de l'oeuvre de David M. Schneider)*. Paris: Michel de Maule, pp.224-228.
- SEEGER, Anthony (1980). *Os índios e nós: estudos sobre sociedades tribais brasileiras*. Rio de Janeiro: Campus.
- SITYA, Celestina Vitória Moraes (1995). *A lingüística textual e a análise do discurso: uma abordagem interdisciplinar*. FREDERICO WESTPHALEN/RS: Editora da URI.
- SILVA, Orivalda Lima & MACHADO, Gilberto (2003). Tópicos da história do judiciário em Santa Catarina. *APOSTILA DA ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO ESTADO DE SANTA CATARINA – ESMESC*.
- STRATHERN, Marilyn (1995). Necessidade de pais, necessidade de mães. *REVISTA DE ESTUDOS FEMINISTAS*, vol.3, n.2. Florianópolis: UFSC, pp. 303-330.

- TARNOVSKI, Flávio (2001). Pais assumidos: adoção e paternidade homossexual no Brasil contemporâneo. Dissertação de mestrado. Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social/UFSC.
- TYLER, Stephen (1991). Etnografia postmoderna: desde el documento de lo oculto al oculto documento. In: MARCUS, George e CLIFFORD, James (Orgs.). *Retóricas de la Antropología*. Barcelona: JUCAR UNIVERSIDAD, pp.183-204.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa (1984). *Processo Penal*, vol.1. São Paulo: Editora Saraiva.
- UZIEL, ANNA PAULA (2002). Família e homossexualidade: velhas questões, novos problemas. Tese de doutorado. Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais/UNICAMP.
- VEYNE, Paul (1987). *Acreditaram os gregos nos seus mitos?* Lisboa: Edições 70.
- VEYNE, Paul (1990). O Império Romano. In: VEYNE, Paul (Org.). *História da vida privada*. São Paulo: Companhia das Letras, pp. 19-224.
- VEYNE, Paul Marie (1998). *Como se escreve a história; Foucault revoluciona a história*. 4ª edição. Brasília: Editora UnB.
- VERNIER, Bernard (1991). *La gènesese sociale des sentiments: âinés et cadets dans l'île grecque de Karpathos*. Paris : Éditions de L'École des Hautes Études en Sciences Sociales.
- VIANNA, Adriana (2002). Limites da menoridade: tutela, família e autoridade em julgamento. Tese de doutorado. Pós-Graduação em Antropologia Social/ Museu Nacional/UFRJ.
- VIANNA, Luiz Wernneck et al. (1997). *Corpo e Alma da Magistratura Brasileira*. Rio de Janeiro: Editora Revan.
- VIVEIROS DE CASTRO, Eduardo & BENZAQUEN DE ARAÚJO, Ricardo (1977). Romeu e Julieta e a Origem do Estado. In: VELHO, Gilberto. *ARTE E SOCIEDADE. Ensaio de Sociologia da Arte*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, pp.130-169.
- WOORTMANN, Klaas (1987). *A família das mulheres*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro.
- WOORTMANN, Klaas (2002). A idéia de família em Malinowski. *CAMPOS. REVISTA DE ANTROPOLOGIA SOCIAL*, n.02. Curitiba: UFPR, pp. 07-32.
- ZAMBRANO, Elizabeth (2006). Parentalidades "impensáveis": pais/mães homossexuais, travestis e transexuais. *Horizontes Antropológicos*, ano 12, n.26. Porto Alegre: Editora UFRGS, pp.123-147.