Introdução

Todas as famílias felizes se parecem, cada família infeliz é infeliz à sua maneira.[1] Este o pórtico de famosa obra da literatura universal que teve a virtude profética de constatar o óbvio. Se os dramas vivenciais a são recorrentes, a forma de reagir a eles é única, tanto do indivíduo como da família, esta realidade seminal da sociabilidade humana. Daí, num tempo em que a dignidade da pessoa humana foi alçada à condição de valor fonte (Reale), fica evidente a necessidade de um novo olhar. Um olhar atento às nuances.

Isto implica uma evidente sofisticação das relações e dos direitos, sobretudo na família, que já vem de grande transformação deste século XX que se foi. Transformação pelo urbanismo acelerado e pela progressiva independência da mulher, forçando o homem a rever seu próprio papel no âmbito doméstico; a exponencial afirmação teórica dos direitos humanos, o que também acaba por catapultar o próprio estudo dos direitos de personalidade no segmento civilístico: tudo agora a exigir sua verdadeira eficácia. Enfim, um leque variadíssimo de concausas leva à complexidade da família hoje, do que dá prova a crescente produção bibliográfica na matéria.

Verdade seja dita, o próprio avanço teórico do Direito deságua na questão do método, cuja discussão pressupõe uma maturação toda própria para tornar profícuo o debate.[2]

Mencionada maturação compreende, decerto, uma já implantada noção de sistema. Ora, discussões metodológicas pressupõem sistema. [3]

---

[1] TOLSTÓI, Liev. **Anna Kariênina.** São Paulo: Cosac Naify, 2005, p. 17.

[2] Aliás, *"a aparição de problemáticas puramente ou dominantemente metodológicas representa, na evolução do pensamento, uma espécie de saturação. Uma espécie de plenificação do trabalho da razão, que passa a fletir sobre si mesma."* SALDANHA, Nelson. *In.:* **Enciclopédia Saraiva do Direito.** Vol. 47. Coord. R. Limongi França. São Paulo: Saraiva, 1977, pp. 479-480. Lembrando, como exemplo, que o povo romano não foi – como anota a literatura especializada – afeito a grandes sistematizações. Seu gênio era, sobretudo, prático, *"avesso às grandes sistematizações teóricas, preferindo raciocinar à medida que as espécies surgem; a* concretude, *ou seja, uma propensão a compreender melhor o que lhe cai sob os sentidos e, pois, certa dificuldade em abstrair e generalizar."* CRETELLA JR, José. **Curso de Direito Romano:** o direito romano e o direito civil brasileiro. 21 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 31. A afirmação tem que ser posta em perspectiva, já que o Direito Romano evoluiu, partindo de fase marcada *"por uma monarquia patriarcal de fundo religioso, em que o rei é assistido pelos* patres conscripti *(pais reunidos), em que não existe um direito escrito (*ius non scriptum), *mas, como regras, aplicam-se os costumes dos antepassados* mores maiorum", chegou até Justiniano que compilou e sistematizou treze séculos de vivência jurídica, sob a coordenação de Triboniano, entre 530 e 533 d.C.. AZEVEDO, Álvaro Villaça. A Codificação Civil. O processo brasileiro. *In.* **Rev. de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem.** 21. Ano 6 – jul/set. 2003. (coord.) Arnoldo Wald. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 71-72.

Some-se a isso, no Brasil, o advento do novo Código Civil, sem embargo das críticas, representa evidente incentivo para uma nova onda de produção crítica na matéria, a qual vem enriquecida pelos direitos da criança, direitos homoafetivos, bioética naquilo que tangencia o direito civil dentre outros. Tudo, secundado por um texto constitucional sobre o qual se poderia dizer, aproveitando-se da doutrina de Joaquim Carlos Salgado, que o direito hoje é mais um *maximum* ético, propicia uma acessão de valores sem paralelo na história jurídica nacional. Nas suas palavras, o que se tem com o Estado Democrático de Direito é o ponto de chegada, de convergência entre a ordem da lei formal e a substância ética de que as sociedades tanto são sequiosas.[4]

No entanto, todo este caudal de mudanças exige dos poderes instituídos uma sofisticação da qual, conforme a experiência atual demonstra, eles não têm sido capazes, o que, na órbita do direito de família, vem sendo respondido com o avanço gradativo da participação decisiva de outros saberes e outros profissionais para auxiliar na cognição judicial, bem como por via da mediação, mecanismo que dentre suas virtudes várias tem a não invasividade como central.[5]

O discurso do direito de família ganhou volume ao ponto de um projeto de lei – P.L. 2285/2007 – pretender revogar todo o Livro IV - Do direito de família. Mais ainda, a idéia de uma ciência das famílias[6] cresce, exatamente por conta, primeiro, desse reconhecimento das dificuldades de um setor do direito positivo que nunca foi

---

[3] A expressão método entendida como *"uma técnica particular de pesquisa"*, sendo de observar ainda que *"não há doutrina ou teoria, quer científica, quer filosófica, que não possa ser considerada e chamada de método."* ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia.** Edição Revista e Ampliada. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 780.

[4] *"A Constituição do Estado Democrático de Direito realiza a um só tempo a legitimidade do poder (a vontade do povo) e a justiça da boa lei (a razão da lei) ou da constituição. Nela encontra o Estado ou a comunidade política a unidade da legitimidade formal do poder e da justiça da lei, no direito, vale dizer: a unidade do político como forma e procedimentos estatuídos pela razão instrumental e postos pela vontade, e do ético laborado em direito como conteúdo valorativo posto refletidamente pela razão. Quer isso ainda dizer:* procedimento, *como legitimidade formal do poder;* processo, *como movimento racional da cultura na produção do conteúdo axiológico do direito."* SALGADO, Joaquim Carlos. **A idéia de justiça no mundo contemporâneo:** fundamentação e aplicação do direito como *maximum* ético. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 256.

[5] *"O enquadre da mediação é a comunicação e a compreensão do conflito, para que os mediandos recuperem a capacidade de tomar a vida nas próprias mãos."* BARBOSA, Águida Arruda. Entrevista. **Boletim do Instituto Brasileiro de Direito de Família.** n. 67. Ano 11. março/abril de 2011.

[6] *"A Ciência da Família se coloca como uma disciplina que, a partir de seu objeto de pesquisa, é especializada na família (nas suas mais diversas formas de manifestação condicionada histórica e culturalmente) e se caracteriza, na sua forma de aproximar-se desse objeto, por uma conexão acentuadamente interdisciplinar de conteúdos gnósticos e princípios metódicos específicos da disciplina e relativos à família."* WIGEN, Max. **A caminho de uma ciência da família?** Considerações preliminares para a fundamentação de uma disciplina ancorada na interdisciplinaridade. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 26.

fácil porque sua dimensão dramática atinge níveis diferenciados, como qualquer advogado militante bem sabe; segundo, por conta da crescente incapacidade do Poder Judiciário, pela sua própria natureza de solução reativa, forte na parêmia *narra mihi factum dabo tibi ius*, em resolver ao invés de agudizar os conflitos familiares, o que acaba por exigir uma capacidade adicional do juiz de direito, sobretudo, quando frente aos abusos do exercício do poder familiar, o máximo de ascendência que um ser humano pode pretender sobre outro.

Ora, se o abuso do direito já é por si uma sofisticação do mero ilícito civil, já que não rompe a capa aparente da legalidade, embora corroa-lhe as bases valorativas e teleológicas, imagine-se no recôndito da família, protegido pelo princípio da não intervenção estatal. Igualmente, muito embora a grande ênfase do projeto de Estatuto das Famílias recaia sobre os aspectos existenciais, não se pode perder de perspectiva que os aspectos patrimoniais são de relevo, sobretudo, em termos de assegurar um futuro para a descendência que necessita de recursos materiais para seu porvir.

Conclui-se: as questões patrimoniais são subalternas sim, ou seja, sua racionalidade não pode submeter direitos fundamentais. Por outro lado, o próprio patrimônio constitui um direito e sua asseguração em níveis mínimos já é objeto de profunda análise, com o que se diz: sem recursos materiais não pode haver dignidade humana.

Logo a dissertação foca a evolução da família brasileira no contexto histórico, a repercussão dessa evolução no próprio exercício do poder familiar, cuja discussão sobre sua própria nomenclatura já dá bom indicativo. Depois, observa a paulatina evolução do abuso do direito, figura de invulgar importância, porque representa, junto com a boa fé objetiva, a dimensão operativa da eticidade. A seguir, trabalha com a intervenção judicial no exercício dessa potestade no âmbito patrimonial, sempre com foco no melhor interesse da criança e depois, tratando da intervenção judicial no poder familiar no que concerne aos aspectos pessoais, acompanhando estas duas dimensões do instituto: ascendência sobre os filhos e sobre os seus bens.

CAPÍTULO I. PODER FAMILIAR

1.1. Relações familiares – ontem e hoje

As singularidades do Brasil, muito ligadas ao seu tipo de colonização, repercutiram na intersecção do privado com o público. Repercutiram também no arranjo social e institucional, como não poderia deixar de ser. Nesse quesito, entram no cômputo avaliações de caráter histórico para, traçando um panorama geral da evolução das relações e do direito de família nacional, identificar causas, apontar caminhos e, talvez, prognosticar alguma tendência.

O signo do provisório perpassa durante muito tempo o tipo de colonização efetuado em solo brasileiro. A este respeito, aponta Emanuel Araújo[7] que tal visão das coisas se refletiu no urbanismo[8], na falta de saneamento[9], na alimentação precária[10] e numa existência que qualifica de promíscua.[11] Assim, a *mancebia* ou

---

[7] *"Em 1768 o marquês do Lavradio notava que 'os magistrados aqui estabelecidos procuram só acabar o seu tempo para, aproveitando-se da graduação com que a generosidade dos príncipes [os] pôs [n]estes lugares, iram tranquilamente cheios de honra gozar o descanso nas suas pátrias.' Dez anos mais tarde sua convicção era a mesma: 'Os ministros de ordinário que vêm para estes lugares, segundo o que a experiência tem me mostrado, em nada mais cuidam que em vencer o tempo porque foram mandados, (...) e no tempo que residem nos mesmos lugares vêem como os podem fazer mais lucrosos, de sorte que, quando se recolham, possam levar com que fazer benefício às suas famílias.' Ele mesmo, de resto, não cansava de 'contar os meses, dias e horas que me faltam para concluir o tempo deste meu emprego', choramingando que ainda teria de penar 'mais três ou quatro anos de degredo na América', pois que 'há muito tempo estou com os olhos longos na barra esperando ansiosamente pelos primeiros navios com os quais me espero livrar de toda esta inquietação.'"* **O teatro dos vícios:** transgressão e transigência na sociedade urbana colonial. 3ª edição. Rio de Janeiro: José Olympio, 2008, p. 32.

[8] *"O sentido do provisório e do fugaz que dominava os colonos revela-se no desleixo da urbanização; até na falta de urbanização como denunciava o frei Vicente Salvador."* **O teatro dos vícios:** transgressão e transigência na sociedade urbana colonial. 3ª edição. Rio de Janeiro: José Olympio, 2008, p. 36.

[9] *"No terceiro decênio do século XIX, já alcançada a Independência, Rugendas surpreendeu-se com o aspecto da capital do Brasil. Parecia-lhe então (erradamente) que inexistiam epidemias no Rio de Janeiro, o que, segundo ele mesmo, era 'tanto mais espantoso quanto, nas quanto, nas vizinhanças da cidade, os pântanos do Saco do Alferes ocupam grande extensão de terreno e, em geral, a limpeza das ruas deixa muito a desejar, a ponto de se verem, nos lugares freqüentados, às vezes durante dias inteiros, cães, gatos e mesmo outros animais mortos.'"* **O teatro dos vícios:** transgressão e transigência na sociedade urbana colonial. 3ª edição. Rio de Janeiro: José Olympio, 2008, p. 38.

[10] **O teatro dos vícios:** transgressão e transigência na sociedade urbana colonial. 3ª edição. Rio de Janeiro: José Olympio, 2008, p. 60.

[11] *"As casas amontoadas, para usar a expressão de Vauthier, coladas umas nas outras em ruas estreitas, ensejavam a fatal e incômoda bisbilhotice dos vizinhos com a qual se preocupava o legislador. Nos papéis do Santo Ofício vemos de alguns moradores a declaração franca desse tipo de proximidade e de invasão à intimidade alheia. Uma senhora disse que 'junto com ela, parede de permeio, mora Maria Lopes, (...) e ela denunciante viu (...) do seu quintal no quintal da dita Maria Lopes', e seguiu com a intriga. As paredes não deviam ser grossas e de fato 'tinham ouvidos', porquanto se escutava claramente o que se conversava na casa pegada (...)"* **O teatro dos vícios:**

amancebamento eram bastante comuns para não dizer generalizados, até porque os casamentos eram caros e a população em sua maioria pobre. Exigiam-se grandes somas para a cerimônia e havia uma dificuldade imensa na obtenção das certidões necessárias, além da grande escassez de mulheres brancas.[12] Nem é preciso dizer que esse pormenor era de fundamental importância, sob pena de morte social. Ninguém casaria com uma nativa, claro. Portanto, pode-se dizer que a bastardia é elemento constante e encravado no centro das relações domésticas ao longo da história do país. A clandestinidade dos desejos, fazendo da severidade postiça um traço próximo do ridículo, era a tônica.

Há mais duas considerações de relevo que se impõem: a força da religião no período colonial com antecedente no medievo, o que perdurou como um traço da nacionalidade brasileira, e a força da atividade agrária como base da economia nacional.

A afirmação de que o Brasil se fez à custa de extrativismo e monoculturas é fora de dúvida. Pau-brasil, cana-de-açúcar, café. Sobre este último, que durante grande tempo constituiu a força motriz da economia, diga-se que a própria presença dos grandes latifundiários no núcleo do poder nacional foi influência decisiva na compostura da arquitetura civil. Essa elite mantinha o subdesenvolvimento do país como garantia dos privilégios, secundada numa intelectualidade que transplantava para o país *"instituições alienígenas, que nessas regiões começavam a murchar."*[13]

---

transgressão e transigência na sociedade urbana colonial. 3ª edição. Rio de Janeiro: José Olympio, 2008, p. 65.

[12] *"Todo esse rigor legislativo em relação ao concubinato não passou de letra morta, ou quase isso, na imensa colônia brasileira. Durante o primeiro século a colonização foi uma verdadeira farra não só para os solteiros como para os casados que deixaram a família no outro lado do oceano. Os jesuítas, vigilantes e severos, angustiavam-se com o que se passava ante seus olhos. Como havia poucas mulheres brancas, o reinol, mal desembarcava em solo brasileiro começava a exercitar-se na mais facilitada transgressão dessa colônia: seduzir uma índia e com ela copular ou até coabitar. Era fácil: de tão ingênuas até já se mostravam nuas... O padre Manuel da Nóbrega foi bastante explícito sobre o assunto. Em carta de 1549 asseverava que 'nesta terra há um grande pecado, que é terem os homens quase todos suas negras [i.e., índias] por mancebas' e, pior, 'estes deixam-nas quando lhes apraz.' Mas os colonos alegavam aos padres que 'não têm mulheres [brancas] com que casem, e conheço eu que casariam se achassem com quem.' A solução, de acordo com o jesuíta, seria o rei mandar de Portugal 'algumas mulheres, que lá têm pouco remédio de casamento, a estas partes, ainda que fossem erradas, porque casariam todas mui bem, contanto que não sejam tais que de todo tenham perdido a vergonha a Deus e ao mundo.'"* **O teatro dos vícios:** transgressão e transigência na sociedade urbana colonial. 3ª edição. Rio de Janeiro: José Olympio, 2008, p. 236.

[13] GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro.** 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 27. Ainda alega que havia um renhido privatismo doméstico, a ponto da proscrição absoluta do divórcio, embora na sua exposição de motivos ao seu projeto de código civil, Coelho Rodrigues declarasse que teve a idéia de autorizar a dissolução do vínculo em caso de adultério, mas que recuou porque *"no dia da exeqüibilidade da lei, que o fizer, noventa por cento, pelo menos das senhoras casadas da nossa sociedade poderão propor a dissolução de seu casamento,*

Ilustra-se o papel da economia agrária com a atividade cafeeira que chegou em pouco tempo, só no Vale do Paraíba, à produção superior a outras partes do mundo cafeicultor: Java, Sumatra, Índia, Arábia e outros.[14] Sobre a influência dos grandes barões do café (que ilustra muito bem o poder dos grandes latifundiários em geral, ao longo da história brasileira): foram grandes financiadores da guerra contra o Paraguai, envidando esforços no recrutamento e nos recursos de intendência e logística.[15] Mais ainda, sua influência ia ao aparelho do Estado Monárquico, passando pelas Câmaras Municipais das cidades vale-paraibanas.[16]

Tudo a confirmar o acerto de Orlando Gomes nas críticas relativas ao interesse na mantença do atraso pelos detentores do poder, até porque a manutenção do escravismo era de bom grado, já que do elemento imigrante não se conseguia extrair a mesma produtividade. Também Rosana Amara Girardi Fachin, em monografia específica sobre a evolução da doutrina de família no país, forte em autores de sociologia e história, afirmou que com a proibição do tráfico negreiro[17], isto só fez aumentar o comércio interno de escravos, ocasionando desagregação e drama na família escrava, cujos membros poderiam ver laços rompidos do dia para a noite.[18]

A religião, católica, deriva das evidentes raízes ibéricas do país. Concernente à sua influência observe-se que a administração da coroa portuguesa era pontuada, no século XV, por elementos religiosos, a ponto do infante D. Henrique de Sagres ter sido nomeado dirigente da Ordem de Cristo (titular dos bens da Ordem dos Templários em Portugal) por bula papal, primeiro, provisoriamente, e depois, sendo confirmado por toda sua vida no cargo[19]. Disso advieram recursos para a exploração do oceano Atlântico, ou seja, a expansão marítima teve dinheiro da Ordem de Cristo.

---

o que equivaleria à dissolução da própria sociedade." In. GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro.** 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 15. Outro exemplo que dá como claro, do conservadorismo, que reputa como de traços berrantes, seria a pretensa preservação dos filhos da adversidade ou da *"estroinice",* por via da substituição fideicomissária considerada obsoleta e do direito incondicionado de gravar bens dos herdeiros, mesmo aqueles da legítima, com cláusula de inalienabilidade vitalícia. GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro.** 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 17.

[14] MOTTA SOBRINHO, Alves. **A civilização do café (1820-1920).** Pref. Caio Prado Jr. São Paulo: Brasiliense, 1967, p. 11.

[15] MOTTA SOBRINHO, Alves. **A civilização do café (1820-1920).** Pref. Caio Prado Jr. São Paulo: Brasiliense, 1967, p 65-70.

[16] MOTTA SOBRINHO, Alves. **A civilização do café (1820-1920).** Pref. Caio Prado Jr. São Paulo: Brasiliense, 1967, p. 82-83.

[17] Lei Eusébio de Queirós, de 04 de setembro de 1.850.

[18] **Em busca da família do novo milênio:** uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 49.

[19] NORONHA, Ibsen José Casas. **Aspectos do direito no Brasil quinhentista:** consonâncias do espiritual e do temporal. Coimbra: Almedina, 2008, p. 27.

Não sem razão, o nome de Terra de Santa Cruz. Naturalmente, as finalidades – senão de todo ao menos em parte – tinham a expansão da fé cristã como mote, ademais, da natural imiscuição medieval entre o poder secular e o poder religioso.[20] Isto, aliás, a exemplo da legislação conciliar que tratava de questões como matrimônio, estatuto jurídico da mulher. Na península Ibérica, a influência dessa legislação não é desprezível, pelo contrário, diversos aspectos foram normados. No período visigótico, anota-se a necessidade de **(i)** regrar os matrimônios mistos (romanos & godos); **(ii)** as relações com os judeus; **(iii)** o adultério; **(iv)** o aborto e o infanticídio; **(v)** as relações com pessoas religiosas.[21] A mulher na legislação conciliar foi referida em temas tão díspares como a maternidade e a bruxaria, tudo a demonstrar o amplo raio de ação normativo dessa referida legislação.[22]

A fé católica e sua penetração nos mecanismos institucionais têm, como se vê, antecedentes que remontam à Baixa Idade Média. Lembre-se, por fim, que, no Brasil, a secularização completa do Estado ocorreu apenas em 1890 com o Decreto 119-A, de 17 de janeiro, e depois, com a Constituição da República de 24 de fevereiro de 1891, que, no artigo 11, consagrou a separação estado & igreja.

Tudo isso redundou numa sociedade bastante apegada aos formalismos.[23] Ora, se formalismos há, se convenções há, as mais diversas, isso só pode representar

---

[20] Aponta Ibsen José Casas NORONHA que o poder sobre a Ordem de Cristo outorgado à D. Henrique *"é uma pista para a compreensão acerca do padroado e a jurisdição espiritual nas terras descobertas pelas suas expedições."* **Aspectos do direito no Brasil quinhentista:** consonâncias do espiritual e do temporal. Coimbra: Almedina, 2008, p. 28.

[21] IRIBAR, Mª Rosa Ayerbe. La mujer y su proyeccion familiar em la sociedad visigoda a traves de los concílios. **Las mujeres medievales y su âmbito jurídico.** Actas de las Segundas Jornadas de Investigación Interdisciplinaria, Seminario de Estudios de la Mujer. Univ. Autónoma de Madrid: Madrid, 1983, p. 11-31.

[22] GUZMAN, Ana Arranz. Imagenes de la mujer en la legislacion conciliar (siglos XI-XV). **Las mujeres medievales y su âmbito jurídico.** Actas de las Segundas Jornadas de Investigación Interdisciplinaria, Seminario de Estudios de la Mujer. Univ. Autónoma de Madrid: Madrid, 1983, p. 33.

[23] A etiqueta contrastava com a informalidade dos ambientes interditos às visitas, como os quartos e a varanda, ambientes familiares. Já nas ocasiões sociais, vigia a rígida divisão por sexo e idade. Diversos relatos de estrangeiros demonstram que essa era uma característica comum tanto aos pobres como aos ricos, sendo o interior das casas, bem como a cozinha, reservados a mulher, seus domínios. Estrangeiros da época, em relatos, classificaram o brasileiro como, de fato, muito hospitaleiro, mas formalista e *"enfatuado de etiqueta e cerimônias."* DAMATTA, Roberto. **A casa & a rua:** espaço, cidadania, mulher e morte no Brasil. São Paulo: Brasiliense, 1985, p. 44. Também: *"Um Brasil cioso da solenidade (daí a importância do bacharelismo), da formalidade (o que reflete a celebração matrimonial profundamente influenciada pela Igreja Católica) e temente da autoridade judicial (no que avulta o papel central do Judiciário, desde o Brasil Colônia)."* FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da família do novo milênio:** uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 29. Ainda sobre a influência decisiva da Igreja: *"Como questão preliminar, ainda, é necessário esclarecer, para situar as discussões na área do Direito Civil, a proeminência real da Igreja no campo das instituições civis. Até a proclamação da República ela controlava com mãos de ferro os*

limitação para a livre expansão das personalidades. Ou melhor, entre a livre expansão dos desejos e a verdadeira dinâmica da vida, corria, em paralelo, a dinâmica institucionalmente entronizada. O achatamento da individualidade provém, exatamente, da necessidade de criar mecanismos para a manutenção de um estado de coisas que não reflete a realidade.

A própria importância que os ritos assumiam, a exemplo do matrimônio e todos os demais sacramentos, bem demonstram que o aspecto institucional era o adorno e a defesa ideal para a aceitação e a vivência social. Logo, a atenção às convenções era um item de sobrevivência, ontem mais do que hoje. Ademais, a própria permanência e estabilização da ordem pelas autoridades era baseada na aparência e nos *standards* europeus que, se sofriam alguma alteração, não perdiam o caráter emulativo e absolutamente formal. No entanto, à custa da imiscuição do privado com o público e contando com certo relaxamento de costumes, surgia uma como que pusilanimidade (bem colocadas as coisas) para com o que, pretensamente, se dizia acreditar.[24]

O papel da mulher foi definido por Mary del Priore (a autora centrou-se no período colonial) como fruto de um processo de *"adestramento"* para se chegar na acabada figura da santa-mãezinha. Em tal processo agiram dois *"musculosos instrumentos de ação*[25]: o discurso sobre padrões morais importados do Velho Mundo, cujos sermões dominicais tinham especial "*sabor normativo"*[26], e o discurso normativo médico. Vale o parêntese sobre esse segundo pelo que dava *"caução ao religioso na medida em que asseverava cientificamente que a função natural da*

---

registros civis de nascimentos, casamentos e óbitos. A 'Religião Católica Apostólica Romana' era a oficial do Império e fora dela não era possível nascer, casar ou morrer em termos documentais. Portanto, durante todo o século XIX, até a República, as matérias jurídicas relativas ao casamento e à constituição da família participavam essencialmente da área eclesiástica." ALMEIDA, Angela Mendes de. **Família e modernidade:** o pensamento jurídico brasileiro no século XIX. São Paulo: Porto Calendário, 1999, p. 55-56.

[24] Na verdade, o trecho é reducionista, havendo muito mais a este respeito que escapa ao limite da dissertação. As regras, sendo o discurso da legalidade e "da rua", aplicam-se àqueles que não possuem relação privilegiada com autoridades ou instituições. Para estes, vale o discurso da inclusão, da "casa". A própria vontade de mimetizar as sociedades européias em diversos pontos, ao que parece, poderia estabelecer uma clivagem entre bem representar e estar à vontade. Representa-se em sociedade, no teatro, no *vernissage*, nos bailes, mas se retira o espartilho, se afrouxa a gravata em casa ou, quando é possível, com seus iguais e amigos, ainda que num gabinete, ministério, etc. O espaço, se formal ou informal, acaba sendo definido pelo tipo de relações que se mantêm com o seu controlador . DAMATTA, Roberto. **A casa & a rua:** espaço, cidadania, mulher e morte no Brasil. São Paulo: Brasiliense, 1985, p. 68.

[25] **Ao sul do corpo.** Condição feminina, maternidades e mentalidades no Brasil Colônia. 2ª ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1995, p. 26.

[26] **Ao sul do corpo.** Condição feminina, maternidades e mentalidades no Brasil Colônia. 2ª ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1995, p. 26.

mulher era a procriação."[27] Assim, *"fora do manso território da maternidade, alastrava-se a melancolia, vicejava a luxúria, e por tudo isso a mulher estava condenada à exclusão."*[28] Ao demais, o esforço dos doutores da época colonial ao procurar estabelecer critérios de normalidade fisiológica da mulher, sutilmente, punha em pauta o destino biológico da mesma, o que vinha pontuado de um conteúdo moral subjacente.

Ao estatuto biológico da mulher, procurava-se associar outro: moral e metafísico.[29] No entanto, aponta referida autora que, mesmo dentro dos limites estreitos do espaço que se lhe reservou, a mulher fez da própria adesão às regras uma forma muda de resistência, porquanto a maternidade era uma vingança, uma excelência e uma missão confiada somente a si. Senhora do lar, senhora da educação dos filhos, o centro da vida doméstica privada passou a ser ela e não o marido. Este se ocupava de aspectos diretivos, econômicos, mas o elemento imaterial afetivo constituía seu monopólio. A ponto de incrustar-se no coletivo a figura santificada da mãe. Não a figura santificada do pai. A figura do pai era ordem, era norma. A figura da mãe era ternura, era compaixão. Essas as posições que durante longo tempo perduraram e, só agora, se esmaecem no imaginário nacional (de todas as classessociais, diga-se de passagem).

Nas exatas palavras de Mary del Priore, se a mãe foi o canal condutor dos propósitos de adestramento da mulher, na nascente sociedade colonial, ao passar os valores institucionais aos filhos, ela, mulher, os introjetava. Assim, escreve:

> *Mas crucial, mesmo, foi compreender que se as mulheres interiorizavam os preconceitos e estereótipos de uma sociedade machista e androcêntrica, o fizeram porque nesse projeto encontraram benefícios e compensações. Sua revanche traduziu-se numa forte rede de micropoderes em relação aos filhos e num arsenal de saberes e fazeres sobre o corpo, o parto, a sexualidade e a maternidade.*
>
> *A comunhão entre o desejo institucional de adestramento da mulher (que a transformou em prisioneira da vida doméstica e senhora de uma sexualidade*

---

[27] **Ao sul do corpo.** Condição feminina, maternidades e mentalidades no Brasil Colônia. 2ª ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1995, p. 27.
[28] **Ao sul do corpo.** Condição feminina, maternidades e mentalidades no Brasil Colônia. 2ª ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1995, p.27.
[29] **Ao sul do corpo.** Condição feminina, maternidades e mentalidades no Brasil Colônia. 2ª ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1995, p. 30.

reprimida) e o uso que as populações femininas fizeram desse projeto (aliança com os filhos, autoridade no interior do fogo doméstico, etc.) deram grande longevidade ao estereótipo da santa-mãezinha.[30]

Mais ainda, especificamente com relação à já mencionada família patriarcal, agrária, ela era uma unidade de produção. Ora, nesse aspecto, o convívio e a afetividade seriam luxos que a perfeita hierarquia daquela não poderia aceitar. A urbanização acelerada, a emancipação da mulher, a conquista de níveis de vida – nas sociedades ocidentais capitalistas – nunca antes alcançados, tudo aponta para uma sofisticação dos desejos, inclusive, com o desejo de realização pessoal e, para muitos, de um direito à felicidade. Felicidade, aliás, palavra nova na gramática das relações humanas, imemorial e atávica só a sobrevivência mesmo, pura e simples.

Assim, as relações familiares mudaram, todo mundo sabe. A perspectiva do papel do indivíduo dentro do seio familiar também mudou. E, sobretudo, o trato dispensado à infância igualmente sofreu um câmbio imenso. A tutela jurídica dos fragilizados, dentro do campo familiar, é demonstrativa da presença forte de ingrediente moral.

Na verdade, a idéia de infância é uma conquista cultural, um dado que surge como índice evolutivo de um povo, da humanidade como um todo.[31] A posição dos membros da família, como decorrência, é revisitada. Daí, as relações de hierarquia têm sido postas em perspectiva, assim como a própria razão de ser do *ente família.* Ao questionar o elemento hierarquia, acaba-se por questionar o elemento finalidade. Aqui vale uma observação: se o exercício da pátria potestade e a chefia familiar passaram por uma inversão de polaridade, diga-se assim, a visão sobre a criança e o adolescente também.

---

[30] **Ao sul do corpo.** Condição feminina, maternidades e mentalidades no Brasil Colônia. 2ª ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1995, p. 335-336.

[31] *"O século XIX ratifica a descoberta humanista da especificidade da infância e da adolescência como idades da vida. Os termos criança, adolescente e menino, já aparecem em dicionários da década de 1830. Menina surge primeiro como tratamento carinhoso e, só mais tarde, também como designativo de 'creança ou pessoa do sexo feminino que está no período da meninice'. Criança, neste momento, é a cria da mulher, da mesma foram que os animais e plantas também possuem as suas crianças. Tal significado provém da associação de criança ao ato de criação, onde criar significa amamentar, ou, como as plantas não amamentam, alimentar com sua própria seiva. Somente com a utilização generalizada do termo pelo senso comum, já nas primeiras décadas do século XIX, que os dicionários assumiram o uso reservado da palavra 'criança' para a espécie humana."* MAUAD, Ana Maria. A vida das crianças de elite durante o império. *In.* **História das crianças no Brasil.** Mary del Priore (Org.) 7. ed. São Paulo: Contexto, 2010, p. 140.

A maior participação feminina, verdadeira emancipação, acabou como a grande precursora da mudança nestas relações, evidentemente. Aliás, a mencionada mudança teve como primeira manifestação a paulatina emancipação feminina. O reequilíbrio das autoridades dentro da família foi o pontapé inicial para todo o resto. Até porque, se reequilibro autoridades, permito que novas visões sejam alçadas à mesma categoria daquela masculina. Logo, a lógica da negociação dos pontos de vista toma a frente. As decisões ao serem propostas e não impostas por um marido hipotético mudam completamente o eixo de gravidade da família. Acerca do assunto, Juan Carlos Rébora observou, na sociedade argentina da década de 20, que a emancipação feminina, muito fruto da paulatina emancipação econômica, forçando mudanças de costume, repercutiu na relação moral entre os cônjuges bem como na relação patrimonial. Adiciona ainda que, em tema de perda do pátrio poder pela viúva que se casa novamente, houve alteração legislativa na Argentina em 1926, fruto da lei n. 11.357 que estipulou que a mulher que contraía segundas núpcias não perdia o pátrio poder.[32] Ou seja, aqui discutindo uma questão pontual, a bínuba, no Brasil, só veio ter reconhecido os seus poderes com relação aos filhos do leito anterior, com o Estatuto da Mulher Casada (Lei n. 4.121, de 27 de agosto de 1962, que alterou o artigo 393 do Código Civil de 1916).

Ainda havia uma confusão entre as relações de conjugalidade e parentalidade, sendo sua separação o mais adequado. Até porque, a parentalidade e seus atributos são, sobretudo, para os filhos. Tal pensar só pode vir a reboque de novos paradigmas.

Tratando da chefia da família, *jefatura familiar*, assere José Castán Tobeñas, em análise comparatística, sobre legislações do grupo que denomina *"hispano-luso-americano-filipino": "es en este grupo donde más fielmente aparece conservada la tradición de la autoridad marital y conseguiente limitación de la capacidad jurídica de la mujer casada."*[33]

Constata-se ainda que a própria Segunda Grande Guerra, ao seu término, levou a todo um repensar dos direitos e, sobretudo, em direitos inatos ao ser humano. Derivou daí campo fecundo para a proteção da mulher, da criança. Acerca da mulher, anota Luiz Carlos de Azevedo que a partir daí se afirmou cada vez mais a

---

[32] **La emancipación de la mujer.** (el aporte de la jurisprudencia). Buenos Aires: Libreria y Editorial 'LA FACULTAD' de Juan Roldan y Cia., 1929, p. 33. A questão de direito intertemporal foi resolvida, conforme dá conta RÉBORA, pela aplicação imediata da novel legislação.

[33] **La condicion social y juridica de la mujer.** Madrid: Editorial Reus, 1955, p. 133. Grupo no qual o autor elencou Portugal, Brasil, Argentina, Cuba, México, Colômbia, Peru, Venezuela, Uruguai e Filipinas.

participação da mulher e no âmbito internacional se passou a predicar a igualdade de direitos. Cita a Convenção de Bogotá de 02 de maio de 1948 e, sobretudo, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamando a igualdade de direitos para contrair matrimônio, constituir família, com iguais direitos durante o casamento.[34] Sobre a criança, anota Caio Mário da Silva Pereira, que nunca se preocupou tanto com a infância como atualmente, rememorando a operação *"pied piper"* de retirada das crianças inglesas de suas casas para salvaguardá-las dos bombardeios da *Luftwaffe* (força área alemã).[35] A proteção da infância como fenômeno mundial assume, em países totalitários um cariz de doutrinação e nas nações democráticas *"de carinho paternal do Estado"*.[36]

A ideia de espaço da autorrealização é recém adquirida no conceito de família. Ideia que muito mérito carrega porque inverte polaridades de antanho, onde o aspecto da mantença da instituição era levado às últimas consequências com resultados desastrosos para as individualidades. Em contraparte, a ideia de autorrealização nunca poderá ser levada ao paroxismo, sob pena de também ela fulminar de vez a família, qualquer que seja esta: monoparental, reconstituída, etc.

O convívio pressupõe deixar algo de sua idiossincrasia de lado. O convívio pressupõe sempre limitação em algum nível.

Logo, a liberdade dos filhos e dos genitores deve ser fruto de um exercício que leve o outro em conta. E isto, esta maturidade, o Estado não pode dar, sob pena de uma usurpação, de uma interferência próxima do autoritarismo que acabará por destruir os mesmos valores que alega defender.

No entanto, se o pêndulo da história demonstra certa festividade com certas expressões, sobretudo, com um mal compreendido "*direito à felicidade"*, a lapidação dos excessos deve ser feita com o cuidado de não lanhar também gratas conquistas que esse novo modo de ver trouxe. A perspectiva da família, de seus institutos, é mais próxima do direito constitucional na medida em que este estabelece direitos e

---

[34] **Estudo histórico sobre a condição jurídica da mulher no direito luso-brasileiro desde os anos mil até o terceiro milênio.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 69. Aliás, anota Juan Carlos RÉBORA que em França, com o precedente da Primeira Grande Guerra (1914-1918), se legalizou em 1927 a atividade militar feminina expressamente para casos de guerra, para permitir de modo mais intenso o recrutamento dos homens para as frentes de batalha, sem perda nas atividades de apoio também necessárias. **La emancipación de la mujer.** (el aporte de la jurisprudencia). Buenos Aires: Libreria y Editorial 'LA FACULTAD' de Juan Roldan y Cia., 1929, p. 18.

[35] **Reconhecimento de paternidade e seus efeitos.** 5ª edição. 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 192.

[36] **Reconhecimento de paternidade e seus efeitos.** 5ª edição. 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 192. Com todos os senões que esse "carinho paternal", eufemística expressão, traz.

garantias individuais expressas do que outros institutos de direito civil meramente embebidos pela autonomia da vontade de corte clássico. Esta, caudatária do desenvolvimento do negócio jurídico enquanto tal e dos reclamos de liberdade que constituem mérito do próprio liberalismo individualista.

Destarte, o direito de família parece muito propício aos argumentos de ordem constitucional, embora integre o direito civil e seja fruto de sua longa e histórica evolução. A grande maioria de seus temas toca mais ou menos diretamente a principiologia constitucional. Tal deve acontecer, no entanto, na exata medida da proteção da dignidade da pessoa humana, daquela sua cidadela irredutível, o objetivo constitucional. Uma completa publicização do direito de família leva de outro bordo a um inafastável viés autoritário, aliás, negando mesmo uma norma constitucional, aquela do artigo 226, §7º, roborada pelo artigo 1.513 do Código Civil.

Um direito de família regido maiormente pelo estado só um regime totalitário pode pretender.

1.2. Pátrio poder, poder familiar e autoridade parental

A natureza tuitiva do ancestral instituto do pátrio poder foi paulatinamente reconhecida pela doutrina. Já Lafayette dizia indispensável que alguém tomasse o infante sob sua proteção, o alimentasse, cultivasse os germens que lhe brotariam no espírito. Para tudo isso, essa missão confiada pela natureza, deu-se o conjunto de direitos sobre a pessoa e os bens do filho.[37] Também Eduardo Espínola lhe vislumbrou a dupla face, poder e dever.[38] Atenção ainda para o fato, pouco lembrado, de que o Decreto n. 17.943-A, de 12 de outubro de 1927, que consolidou as leis de assistência e proteção aos menores (Código de Menores de 1927), previa textualmente, no seu Capítulo V *"DA INHIBIÇÃO DO PATRIO PODER E DA REMOÇÃO DA TUTELA",* o seguinte:

> *Art. 31. Nos casos em que provada a negligencia, a incapacidade, o abuso de poder, os mãos exemplos, a crueldade, a exploração, á perversidade, ou o crime do pae, mãe ou tutor podem comprometera saude, segurança ou*

[37] PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direitos de família.** Annotações e adaptações ao código civil por José Bonifacio de Andrada e Silva. Rio de Janeiro: Typ. Baptista de Souza, 1930, p. 267.
[38] **A família no direito civil brasileiro.** Rio de Janeiro: Conquista, 1957, p. 556.

moralidade do filho ou pupillo, a autoridade competente decretará a suspensão ou a perda do pátrio poder ou a destituição da tutela, como no caso couber.

Art. 33. A decretação da perda do pátrio poder é obrigatoria, extende-se a todos os filhos, e abrange todos os direitos que a lei confere ao pae ou á mãe sobre a pessoa ou os bens do filho.

Se da leitura do artigo 33 acima se constata que a concepção do legislador da época era mesmo a de que o genitor possui direitos sobre os bens e a pessoa do filho, da leitura do artigo 31 já se vê, ainda que nas entrelinhas, o caráter desse rol de direitos. Não se poderia comprometer a saúde ou moralidade dos filhos, inclusive a expressão abuso de poder é utilizada, ou seja, há um princípio de funcionalização desse plexo de atributos, diga-se, assim, do pai ou mãe. Noutra passagem, verifica-se na classificação de menor abandonado (artigo 26) mais do que meramente a criança de rua. O decreto considerava abandonado também os menores de dezoito anos que *"devido à crueldade, abuso de autoridade, negligencia ou exploração dos paes, tutor ou encarregado de sua guarda"* fossem vítimas de maus tratos físicos habituais ou castigos imoderados, fossem privados de alimentos ou cuidados indispensáveis à saúde, empregados em ocupações incompatíveis ou imorais ou, por fim, *"excitados habitualmente para a gatunice, mendicidade ou libertinagem".*[39] O abandono, então, não era somente a falta de um adulto exercendo poder sobre o menor, mas também exercendo-o de maneira desviada. É pela via aberta, por uma conceituação legal indireta de abandono, portanto, que certos abrandamentos ao pátrio poder chegariam a redundar na proibição de abusos.

A chave, então, é que a idéia de proteção, de cuidado à criança e ao adolescente, hoje, é muito mais alargada. A tutela evoluiu porque evoluiu a forma de encarar essa fase da vida e, mais ainda, porque hoje ter filhos não é uma imposição social. Se antes matrimônio era sinônimo de constituição da prole e, ainda que não fosse juridicamente, o era socialmente, hoje, não é. Cada vez mais, a progênie acaba

[39] A questão dos castigos físicos para corrigir, hoje retornado à baila, sempre foi submetida à moderação. Não constituindo mérito nenhum da atualidade esse particular cuidado. Veja-se, o artigo 1.513, 1º e 1.518, 2º de TEIXEIRA DE FREITAS. **Esboço do Código Civil.** Brasília: Min. da Justiça, Fundação Univ. de Brasília, 1983, p. 312.

sendo uma opção de qualidade, dentro de um planejamento do próprio casal. Planejamento, aliás, que incumbe ao Estado assessorar.

Adicione-se que o pátrio poder, já no direito luso-brasileiro, não tinha paralelo com aquele poder dito *vitae et necis.* Note-se que Lafayette era anterior à codificação de 1916. A própria influência do cristianismo[40] já havia mitigado um tanto sua perspectiva e o radical poder de vida e de morte de há muito desaparecido, diga-se de passagem, sempre teve lá suas limitações – mesmo no direito romano[41] – e, embora formado a talhos brutos, não chegava a ser noção que encampasse todo e qualquer desmando, até por conta dum elementar componente biológico de proteção da descendência. Exemplo disso, o *mundium* germânico (equivalente ao pátrio poder) já guardava um caráter assistencial e protetivo.[42] Não bastasse isso, a estrutura, o complexo hierárquico do poder instituído, sempre, em alguma medida, acabou por influenciar no exercício do pátrio poder.[43]

É possível, deixando de lado grandes digressões, observar o pátrio poder (poder familiar) em quatro fases: **(i)** com o Código Civil de 1916; **(ii)** com o Estatuto

---

[40] *"Pode-se dizer que trazer o conceito de dever paternal para o primeiro plano e deixar o direito, num segundo, foi uma das transformações a que o Cristianismo submeteu a humanidade. Depois de realizar-se essa transformação, o conceito que possui o pátrio poder é outro; não o julga mais uma* auctoritas, *considera-o um* munus, *encargo, dever, função; é esse o modo pelo qual a consciência moderna conceitua o pátrio poder."* DANTAS, San Tiago. **Direito de família e das sucessões.** 2ª edição. Rev. e atual. por José Gomes Bezerra Câmara e Jair Barros. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 399.

[41] PERELLÓ, Carlos Felipe Amunátegui. **Origen de los poderes del *pater familias.*** El pater familias y la patria potestad. Madrid: Dykinson, 2009, p. 132. Ainda sobre o tema, tratando do *ius vendendi*, consistente no direito de vender os filhos: *"Gaston May observa que, a partir do segundo século, o poder de vida e morte foi retirado do pai, restando apenas um direito de correção, sendo que uma constituição de Justiniano libera o filho do poder paternal. Ademais, a venda de filhos foi proibida por Diocleciano. Sílvio Meira ressalta o abrandamento do referido poder, especialmente com Constantino, que fulminou com as penas do parricídio aquele que fosse responsável pelo assassinato do filho, notando-se, na medida, a influência do Cristianismo."* ELIAS, Roberto João. **Pátrio poder:** guarda dos filhos e direito de visita. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 11.

[42] SANTOS NETO, José Antonio de Paula. **Do pátrio poder.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 35.

[43] *"La* patria potestas *ya tiene dentro del período arcaico sus características fundamentales bien delineadas. Es um poder absoluto que encuentra como limite a la sociedad romana como tal. Confiere amplios derechos a su titular, pero las decisiones que tome em ejercicio de tales prerrogativas son revisables por la comunidad, especialmente a tráves del censor y el tribuno, que ejercen uma labor de íntima fiscalización de las actividades del* pater.*"* PERELLÓ, Carlos Felipe Amunátegui. **Origen de los poderes del *pater familias.*** El pater familias y la patria potestad. Madrid: Dykinson, 2009, p. 377. A atuação do censor se dava através da *"nota censoria"*, como admoestação ao *pater familias. "Tinha o 'paterfamilias' o direito de eliminar o filho ('jus vitae et necis'), entretanto, há evidências de que esse direito não era exercido arbitrariamente, ocorrendo em casos excepcionalíssimos e para tanto consultava um 'consilium domesticums', formado dos 'adgnati' mais idosos e, se houvesse abuso, o censor punia o 'paterfamilias', com a 'nota censoria'. Amenizando, ainda, esse poder, no período imperial já se encontrava limitado e com o cristianismo se transformou no 'jus domesticae emendationis', ou seja, o poder de guiar e corrigir os filhos."* DUARTE, Nestor. **Proteção jurídica dos bens de incapazes.** Tese (doutorado). São Paulo: Fac. de Direito da Univ. de São Paulo, 1988, p. 46.

da Mulher Casada (Lei n. 4.121/62); **(iii)** com o Código de Menores (Lei n. 6.697/79); **(iv)** com o Estatuto da Criança e do Adolescente e, finalmente, **(v)** com o Código Civil de 2002. Entretanto, *de lege ferenda*, convém também analisar a compostura do instituto à luz do P. L. n. 2285/2007. As distinções mais sutilmente nuançadas são aquelas exatamente entre o atual código civil e o referido projeto.

No Código Civil de 1916, o elemento hierárquico no pátrio poder era muito presente já pelas razões alinhadas. Possuindo dois ângulos, um, relativo à pessoa dos filhos e, outro, aos seus bens, veja-se:

Sobre a pessoa dos filhos, primeiro, nos termos do artigo 358 não se podiam reconhecer os filhos adulterinos e o incestuosos. A dicotomia essencial entre relação matrimonial e filiação estava por acontecer. Igualmente, o artigo 364, com base no princípio *mater semper certa est*, vedava a investigação da maternidade quando tivesse por fim atribuir prole ilegítima à mulher casada.

A hierarquia muito demarcada tinha o homem como chefe da família e o pátrio poder era evidentemente por ele exercido. Neste sentido, o artigo 380 do código estabelecia que o pátrio poder fosse exercido pelo homem, e, em sua ausência ou impedimento, pela mulher. Igualmente, o artigo 360 estabelecia que o filho reconhecido ficaria sob o poder do genitor que o reconheceu ou, se ambos o reconheceram, sob o do pai. Explícita a preferência legal, portanto.

Sobre este último artigo, embora inaceitável hoje, fazia sentido para os padrões da época. Se a atividade profissional era atributo do homem, com acesso muito restrito às mulheres ao mercado de trabalho; se ao homem cabia o sustento material da prole, num certo sentido, – guardadas as proporções – realmente a ele deveria estar submetido o filho. Mais chance teria com o pai do que com a mãe, esta já estigmatizada pela sociedade, muitas vezes sem domínio de nenhuma atividade remunerada, somente sabendo das atividades domésticas. Além disso, se não fosse solteira, nos termos do artigo 359, o filho ilegítimo reconhecido não poderia residir com ela no lar conjugal sem o consentimento (improvável) de seu consorte. Assim, malgrado a injustiça e desigualdade patente do dispositivo para o padrão atual, talvez na época, em diversos casos, tenha sido esta a melhor solução.

Aliás, com relação ao artigo 380, apesar da desigualdade que hoje ninguém se atreve a sustentar, ele, por si só, já era um avanço. Consoante Lafayette, antes a viúva não possuía sequer o poder em relação à pessoa e aos bens do filho, muito embora remanescessem alguns direitos e obrigações como o de pedir alimentos, de

sucessão recíproca de requerer a posse em nome do ventre, ou seja, articular interesses possessórios em nome do nascituro.[44] Assim, embora mantivesse a relação maternal, nomeava-se tutor. Só depois, sob o Decreto n. 181 de 1890, passou a mulher a poder exercer o pátrio poder enquanto viúva. O artigo 393 do Código Civil confirmou esse entendimento pelo que a mãe viúva, casando novamente, perdia o pátrio poder dos filhos do leito anterior, entretanto, poderia recuperá-lo se enviuvasse do segundo casamento, uma verdadeira repristinação.[45]

O Estatuto da Mulher Casada representou evolução alterando, como já se observou alhures, este artigo. A redação do artigo 393 passou a ser a seguinte: *"A mãe que contrai novas núpcias não perde, quanto aos filhos de leito anterior os direitos ao pátrio poder, exercendo-os sem qualquer interferência do marido."* Em pequeno parêntese, justiça se faça ao Anteprojeto de Código Civil da lavra do prof. Orlando Gomes que já previa esta mudança (artigo 255, p.u.). Dizia: *"A viúva que contrair novas núpcias continuará no exercício do pátrio poder, permanecendo na administração dos bens, que exercerá com inteira independência do novo cônjuge."* No entanto, a expressão *viúva* era utilizada porque não se trabalhava, na época, com a hipótese do divórcio, logo a extinção do matrimônio era só pelo falecimento de um dos cônjuges mesmo.[46]

E, se essa lei foi um avanço, retirando a mulher casada do rol dos relativamente incapazes (artigo 6º do Código Civil), a questão hierárquica arrefeceu, mas ainda estava lá. Eufemismos tratavam do tema, mas a diferença ainda existia. Era o quanto constava dos artigos 233 e 380 com a redação nova que lhe deu tal lei. A mulher agora era *colaboradora* do homem na gestão da família. Como colaboradora, a sua possibilidade de ser administradora dos bens do filho era meramente residual, suprindo a ausência do pai, conforme dispunha o artigo 385.

---

[44] PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direitos de família.** Annotações e adaptações ao código civil por José Bonifacio de Andrada e Silva. Rio de Janeiro: Typ. Baptista de Souza, 1930, p. 287.

[45] SANTOS NETO, José Antonio de Paula. **Do pátrio poder.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p.80.

[46] GOMES, Orlando. **Anteprojeto de código civil.** Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1963. Aliás, o autor realmente tinha ainda superado, já na época, o que constitui inafastável mérito, a chefia familiar do marido. Explicava ele: *"Aceito o princípio igualitário, impõe-se a admissão de todas as suas consequências, sem o receio, evidentemente infundado, de que a abolição do poder marital, deixando a família sem um chefe com poderes discricionários, acarretará a sua desagregação. Dado que não se confere a qualquer dos cônjuges uma posição hierarquicamente superior à do outro, suprimem-se todas as disposições legais que atribuíam ao marido a autoridade compreendida no chamado poder marital, quer na órbita das relações pessoais, quer na esfera das relações patrimoniais."* GOMES, Orlando. **Memória justificativa do anteprojeto de reforma do código civil.** Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1963, p. 48.

Já o Código de Menores, Lei n. 6.697 de 10 de outubro de 1979, embora não tenha trazido nada de novo para essa questão da hierarquia familiar, porque voltada especificamente para a infância e juventude, trouxe a idéia da situação irregular, ou seja, de criança ou adolescente em situação de risco. Disso derivou o seguinte: **(i)** estabeleceu de modo razoável as situações de risco passíveis de suceder ao menor, para sua incidência;[47] **(ii)** de maneira textual colocou no seu artigo 5º que *"na aplicação desta Lei, a proteção aos interesses do menor sobrelevará qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado"*; **(iii)** estabeleceu no artigo 15 que a autoridade judiciária, a qualquer tempo, por provocação ou de ofício, poderá cumular ou substituir as medidas de proteção aplicadas ao menor**,** estabelecendo uma atuação preventiva diferenciada; **(iv)** classificou as modalidades de colocação em lar substituto**,** inclusive criando a figura da delegação do pátrio poder e a guarda provisória que pode ser estabelecida de ofício.

A respeito da natureza e extensão do direito do menor enquanto ramo do saber jurídico verifica Walter Moraes, na doutrina existente, a possibilidade de duas posições: uma, vendo no direito do menor o conjunto de normas que disciplinam relações de seu interesse e, outra, circunscrita à questão do menor em situação irregular. Nas suas palavras, limitando *"sua área de incidência a quadros de anomalia jurídico-pessoal envolvendo menores, o que vem a dar num sistema destinado a disciplinar irregularidades."*[48] A primeira visualização, no entanto, seria de muito menor importância porque já comportada no conjunto geral do sistema jurídico, já que a menoridade não afeta a personalidade, podendo o seu titular ser sujeito de direitos e obrigações em todos os níveis da vida civil. Sua caracterização seria, portanto, uma inutilidade.

Todavia, parece que a evolução das relações e a ingente tentativa de especializar o trato das relações jurídicas afinando as sutilezas técnicas para fins de proteção dos fragilizados, a criança e o adolescente evidentemente aí inclusos, poderão levar a um direito da infância completamente sistematizado para além da situação irregular. O problema é que isso implicaria um esvaziamento do poder

---

[47] O Código de Menores de 1979 representou evolução em relação ao Código de Menores de 1927, Decreto n. 17.943-A, de 12 de outubro de 1927. Este último apenas previa no seu artigo 1º: *"O menor, de um ou outro sexo, abandonado ou delinquente, que tiver menos de 18 annos de idade, será submettido, pela autoridade competente ás medidas de assistencia e protecção contidas neste Codigo."* Muito embora, com base no próprio Capítulo V tratando da perda e suspensão do pátrio poder, se constata que o objeto da lei era um tanto mais amplo.

[48] **Programa de direito do menor.** São Paulo: Cultural Paulista, 1984, p. 01.

familiar enquanto eixo central do direito de família, o que o autor anota, mas sobretudo numa estatização das relações absolutamente imprópria para um estado democrático. O problema dessa primeira visão, menos do que uma questão técnica de sistematização, se houvesse ou não um ramo autônomo de direito do menor, amplo para além das situações de risco, fica por conta dessa insustentável invasão que solaparia a democracia familiar. Assim, a legislação menorista (expressão ultrapassada), a legislação de infância e juventude deve ter seu âmbito bem posto para não implicar uma ingerência indevida no seio familiar, na linha de anterior argumentação já tecida.

Dito isto, realmente a legislação da infância e juventude tem campo delimitado. Sem embargo , a noção de proteção integral como está na Constituição Federal acaba por exigir visão um tanto diferente, para além do fato-causa da situação irregular como predicava o Código de Menores.[49]

Acontece que se o Código de Menores era reativo, já que só incidia na situação irregular, o Estatuto da Criança e do Adolescente é muito mais que isso. Ora, sua incidência tem por mira a *"proteção integral da criança e do adolescente"* (art. 1º). E proteção integral acaba por ter inclusive uma feição preventiva que não é desprezível.

Corroboram a afirmação acima as constatações de que, primeiro, o Estatuto é muito mais do que um diploma tratando do menor de rua, embora alcance também este; segundo, tanto isso é verdade que no Capítulo I, elenca direitos fundamentais da criança e do adolescente, minudenciando aquilo que dispõe a Constituição; terceiro,

---

[49] *"Como disciplina jurídica especial, caracteriza-se o direito do menor por um fato que lhe motiva a existência: a situação irregular; por seu objeto: uma tutela jurídica assistencial; pelos seus sujeitos: o menor e o responsável, com participação do Estado. Daí decorre a singularidade desse direito. (...) Em geral, é irregular a situação de um menor privado da assistência a que ele faz jus. A assistência a que tem direito o incapaz menor é a que lhe assegura a ordem jurídica através, principalmente, do instituto jurídico do pátrio poder e de seu sucedâneo, a tutela civil: assistência material (sustento, criação, guarda), moral e cultural (companhia, educação, instrução), jurídica (representação, assistência* stricto sensu, *administração de bens). Não há situação irregular enquanto tal assistência é prestada de modo plenamente eficiente."* **Programa de direito do menor.** São Paulo: Cultural Paulista, 1984, p. 11. No que concerne à superação da teoria da situação irregular como eixo central da atuação estatal, veja-se: *"Notar que o velho Direito da Situação Irregular (também conhecido como Direito do Menor) induzia a se considerarem crianças e adolescentes como estando em situação irregular. Esse conceito de criança em situação de risco foi rechaçado no novo Direito. Crianças agora, perante a* Convenção *(e de forma muito clara na lei brasileira), podem se encontrar em três possíveis situações: 1. atendidas em seus direitos (nesse caso não estão em situação de risco algum, no que se refere a direitos); 2. ameaçadas em um ou mais de seus direitos (também não sofrem risco de serem ameaçadas: já estão ameaçadas); 3. Violadas (igualmente não correm risco, já estão violadas em um ou mais de seus direitos; ver Estatuto brasileiro em seu artigo 98)."* SÊDA, Edson. **A proteção integral:** um relato sobre o cumprimento do novo direito da criança e do adolescente na América Latina. 3. ed. ampl. Campinas, SP: Editora Ades, 1995, p. 49.

no Capítulo IV, estabelece o direito à educação, cultura e lazer, máxime com o direito subjetivo público a autorizar a atuação do Ministério Público, consistente no acesso ao ensino obrigatório (art. 54, §1º). Logo, a legislação de infância e juventude não incidirá só nas hipóteses limite de maus tratos, violência sexual, etc. Claro que incidirá nessas situações, mas também naquela da família bem estruturada, de classe baixa, que não consegue vagas no ensino público para seus filhos ou, então, no caso do concurso de crianças em que por algum modo os organizadores exponham de maneira inadequada as crianças concorrentes. Os exemplos podem ser diversos: nos colégios, na mídia, nos clubes, dentre outros. O fato é que a situação irregular guarda em relação ao princípio da proteção integral um raio de ação muito mais restrito, logo, apesar do cuidado da publicização absoluta das relações de infância e adolescência, o ECA tem e deve ter mesmo um campo muito mais abrangente do que o Código de Menores. Até porque, ele estabelece diversos deveres ao ente estatal.

Argumento derradeiro desse alargamento da legislação especial tem-se com o artigo 210 do ECA que estabelece expressamente a possibilidade de ação fundada em interesses coletivos ou difusos na matéria de que trata, inclusive com competência das Varas de Infância e Juventude.[50] Ainda sobre os direitos difusos em tema de infância e juventude, a propriedade de uma análise coletivística com solução de largo alcance acaba por influenciar nos itens da agenda estatal. Particular importante reside na constatação de que, o cerne de diversos temas do direito atual, focalizados na dignidade da pessoa humana, no desdobramento das condições para essa dignidade, passa para muito além do instrumento legislativo. As demandas na dimensão crítica, diversas vezes, não são um problema de leis, mas um problema essencialmente de atuação do Poder Executivo. De tal sorte, vê-se que o Estatuto da Criança e do

---

[50] A jurisprudência terminou por consagrar o vasto campo de incidência do ECA:
"Menor – Mandado de segurança visando garantir direito de matrícula de criança menor de 7 anos em estabelecimento escolar oficial – Competência da Vara da Infância e Juventude – Expressa previsão da competência pelo art. 209 do ECA – Recurso provido." TJSP, Apel. Cível n. 47.551-0/8, rel. Alves Braga, j.em 24.09.98. *In.* CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DAS PROMOTORIAS DE JUSTIÇA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE. **Infância e juventude. Interpretação jurisprudencial.** São Paulo: Imprensa Oficial, 2002, p. 224.
"Apelação em Mandado de Segurança – Matrícula de menor com seis anos de idade no primeiro ano do ensino fundamental, havendo vaga na escola, depois de atendidas as crianças com sete anos de idade – Petição inicial indeferida pelo Juízo da Infância e Juventude, que se afirmou incompetente para conhecer a demanda – A competência, no caso, não é das Varas da Fazenda Pública e sim das Varas de Infância e Juventude, por expressa disposição do ECA (artigos 209 e 212, §2º) – Apelação provida para determinar o prosseguimento do processo no Juízo de origem." TJSP, Apel. Cível n. 46.521-0/4, rel. Álvaro Lazzarini, j. em 30.07.98. *In.* CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DAS PROMOTORIAS DE JUSTIÇA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE. **Infância e juventude. Interpretação jurisprudencial.** São Paulo: Imprensa Oficial, 2002, p. 225.

Adolescente tem forte implicação com o direito administrativo, capítulo que, ao estabelecer normas programáticas, e sobretudo deveres, interfere na discricionariedade administrativa.[51] No entanto, esta interferência nada mais é do que um esforço dos dias atuais pela efetividade dos direitos e da dignidade da pessoa humana. A fase da afirmação dos direitos, como se nota nas sociedades ocidentais capitalistas, já passou. A fase e o desafio consistem na sedimentação do arcabouço teórico e na efetiva conquista dos ganhos existenciais que esses direitos implicam.

Até aí, não há censura, pelo contrário. No entanto, determinadas situações típicas de comarcas interioranas parecem abusivas. Trata-se do caso do *"toque de recolher"* emanado de portarias dos juízes locais. Tais portarias estão sendo aceitas a pretexto de que como não possuem capacidade total, até por conta da singularidade da fase de desenvolvimento, os adolescentes (sobretudo) não teriam direito oponível a tais medidas.[52]

Além disso, o artigo 149 do Estatuto da Criança e do Adolescente deve ser usado com parcimônia. As medidas administrativas em geral, os alvarás, as portarias, devem atuar supletivamente ao poder familiar. Há, portanto, uma necessidade de ajuste equilibrado da interferência concretizadora de direitos, daquela invasão que revela nada além de uma intrujice estatal.

Feita a observação acima, vale notar ainda a inestimável contribuição do estatuto para a igualdade de gêneros por conta do artigo 21 que dispôs – na esteira dos desígnios constitucionais – sobre a igualdade no exercício do poder familiar. Interessa observar que para alguns, o teor do artigo 21 deste estatuto teria derrogado o artigo 385 do Código Civil na parte em que admite apenas residualmente a

---

[51] *"Ação Civil Pública – Adolescente infrator – Art. 227, caput, da constituição federal – Obrigação de o estado – membro instalar e manter programas de internação e semiliberdade para adolescentes infratores. 1. Descabimento de denunciação da lide à União e ao Município. 2. Obrigação de o Estado-Membro instalar (fazer as obras necessárias) e manter programas de internação e semiliberdade para adolescentes infratores, para o que deve incluir a respectiva verba orçamentária. Sentença que corretamente condenou o Estado a assim agir, sob pena de multa diária, em ação civil pública proposta pelo Ministério Público. Norma constitucional expressa sobre a matéria e de linguagem por demais clara e forte, a afastar a alegação estatal de que o Judiciário estaria invadindo critérios administrativos de conveniência e oportunidade e ferindo regras atinentes à vida e à vida digna dos menores. Discricionariedade, conveniência e oportunidade não permitem ao administrador se afaste dos parâmetros principiológicos e normativos da Constituição Federal e de todo o sistema legal. 3. Provimento em parte, para aumentar o prazo de conclusão das obras e programas e para reduzir a multa diária."*TJRS, Apel. Cível n. 596.017.897, rel. Sérgio Gischkow Pereira, j. em 12.03.97. *In.* CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DAS PROMOTORIAS DE JUSTIÇA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE. **Infância e juventude. Interpretação jurisprudencial.** São Paulo: Imprensa Oficial, 2002, p. 239.

[52] TJSP, Apel. Cível n. 0003015-61.2010.8.26.0572, Câmara Especial, rel. Maria Olívia Alves, j. em 11.04.2011.

administração dos bens do filho pela esposa.[53] Assim, haveria igualdade dos gêneros também na administração dos bens dos filhos.

Outrossim, o artigo 23 retirou a elitista causa de situação irregular consistente na *"manifesta incapacidade"* dos pais de prover as condições básicas de saúde e subsistência do menor.

A pobreza não pode ser considerada situação irregular, claro. No entanto, a falta de recursos culposamente causada poderá ensejar reprimendas e, no limite, perda do poder familiar.[54]

O Código Civil de 2002, no que toca ao poder familiar, implicou antes de tudo o câmbio de nomenclatura. No entanto, mais do que isso, houve um câmbio de disposições já que a temática patrimonial inerente ao poder familiar passou a ser tratada em tópico denominado *"Do Usufruto e da Administração dos Bens dos Filhos Menores"* (subtítulo II, do título II, Do Direito Patrimonial, do Livro de Família). Anteriormente, abordava-se uma seção III dentro do instituto do pátrio poder relativamente aos bens dos filhos.

Outras duas questões importantes ainda concernentes à sistematização são:

A opção de inserir todo um capítulo – Capítulo XI – *Da proteção da pessoa dos filhos,* no Subtítulo I – *Do casamento.* Ora, não é o poder familiar um instituto de proteção da pessoa dos filhos? Não seria melhor insistir na dicotomia entre conjugalidade e parentalidade, colocando o temário juntamente com o poder familiar? As vicissitudes conjugais não desnaturam o instituto e a guarda é uma projeção dele. A outra, na observação feita por Nestor Duarte, já há duas décadas, a respeito da representação legal. Referido autor diz que, à exceção do poder familiar, os demais casos de representação legal deveriam constar da Parte Geral. Assim, para ele, tutela e curatela não deveriam estar no Livro de Família.[55] Razão parece lhe assistir porque no Brasil não há previsão legal de um conselho de família.[56] Não

---

[53] SANTOS NETO, José Antonio de Paula. **Do pátrio poder.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 150.

[54] *"Enfim, quando a miséria advém do revés e do infortúnio, tem plena aplicação a norma citada. Quando, porém, decorre de falha condenável dos pais, evidenciando falta de cuidado ou consideração para com a prole, é de rigor a intervenção judicial."* SANTOS NETO, José Antonio de Paula. **Do pátrio poder.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p.109. Também: ELIAS, Roberto João. **Pátrio poder:** guarda dos filhos e direito de visita. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 86.

[55] **Proteção jurídica dos bens de incapazes.** Tese (doutorado). São Paulo: Fac. de Direito da Univ. de São Paulo, 1988, p. 45.

[56] Na legislação comparada há dois tipos de tutela; tutela de família e tutela de Estado. Na primeira, existiria, por força de lei, a composição de um conselho de família, variando as legislações sobre o número de membros e composição. Este conselho limitará o raio de ação do tutor, podendo até exigir

bastando, a curatela é instituto de intervenção estatal, embora possa ser deflagrada também por familiares (art. 1.769). A explicação histórica é dada por Eduardo Espínola para quem os institutos de proteção às pessoas incapazes embora pertencendo ao direito das pessoas, por uma tradição escolástica, foram considerados por diversos ordenamentos como direito de família.[57] No início, continua Espínola, a tutela foi organizada como uma potestade em favor da família, não do incapaz. Logo, daquele ramo passou a fazer parte mesmo que depois se tenha tornado um instituto protetivo do incapaz, e, *"pela analogia de finalidade e atribuições",*[58] o mesmo aconteceu com a curatela, *"embora esta não se prenda à organização familiar."*[59]

Já o artigo 1.631, a reboque das novas possibilidades de família, estabelece que, durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade. Bom, a possibilidade de exercício individual do poder familiar e a ausência de hierarquia, neste contexto, nada possuem de novo. E vincular o tema poder familiar a duas espécies do gênero família, na verdade, pode muito bem ser interpretado como um ranço conservador. O próprio código, no artigo 1.632, estabelece que a separação judicial, o divórcio ou a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos. Bom, se não alteram, a definição que se pretendeu no artigo 1.631 está equivocada. O Estatuto das Famílias, neste item, apresenta um salto de qualidade com a redação do seu artigo 87 que, em nenhum momento, se refere ao tipo de união que mantêm ou mantinham os pais.

O fato é: a definição legal de poder familiar, autoridade parental ou qualquer outra nomenclatura que se dê não pode valer-se da espécie de família como um elemento seu.

Insista-se: a definição de poder familiar dialoga diretamente com o gênero família, não com essa ou aquela espécie (matrimonial, monoparental, reconstituída, etc.).[60]

No artigo 1.634, referindo ao exercício do poder familiar propriamente dito, às suas competências, a ausência sentida fica por conta da própria expressão *melhor*

---

nomeação de protutor para fiscalização. ELIAS, Roberto João. **Tutela civil.** Regimes legais e realização prática. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 07.

[57] **A família no direito civil brasileiro.** Rio de Janeiro: Conquista, 1957, p. 589.

[58] **A família no direito civil brasileiro.** Rio de Janeiro: Conquista, 1957, p. 589, nota 1.

[59] **A família no direito civil brasileiro.** Rio de Janeiro: Conquista, 1957, p. 589, nota 1.

[60] Em termos de definição de poder familiar/pátrio poder, melhor estão os códigos civis argentino, artigo 264, espanhol, artigo 154 e português, nos artigos 1.877 e 1.878.

interesse que muito bem poderia constar do *caput*, do dispositivo ou até do inciso I. Mesmo assim, é claro que o melhor interesse, como princípio, banha todas as relações parentais. Já o artigo 1.637 trata do abuso de autoridade e da ruína na administração dos bens do filho como causa de suspensão do poder familiar. No entanto, o regramento inerente à administração de bens consta dos artigos 1.689 a 1.693. Anote-se que o tema da hipoteca legal, constante do artigo 827, II da codificação de 1916 – item sabidamente protetivo dos bens dos incapazes – dos bens do genitor que administra a fazenda do filho menor, foi suprimido.

Isto porque com a nova redação só haverá hipoteca legal aos filhos, *"sobre imóveis do pai ou da mãe que passar a outras núpcias, antes de fazer o inventário do casal anterior."* (artigo 1.489, II).

Todavia, o Estatuto das Famílias nada traz em termos dos aspectos patrimoniais do poder familiar que denomine autoridade parental. Talvez a ênfase nos aspectos existenciais que, se de fato são constitucionalmente sobranceiros, no entanto, não são os únicos a merecer grave tutela, tenha feito perder algo da perspectiva de uma faceta que não é desprezível, a faceta patrimonial, para a qual restaram apenas os artigos 92 e 93.

Conforme o artigo 92, o usufruto dos bens dos filhos deixa de existir, havendo apenas a gestão do patrimônio destes, aproveitando os artigos 861 e seguintes do Código Civil, vez que derrogado todo o livro de família (artigo 274 do Estatuto das Famílias), caem por terra os regramentos próprios do direito patrimonial e do usufruto, e a administração dos bens dos filhos.

Mas simplesmente trabalhar com o instituto da gestão, considerando que a gestão dos bens do filho é uma gestão diferenciada, parece um reducionismo, até porque, por mais lata que seja a figura da gestão de negócios, ela não foi pensada originalmente para a administração dos bens dos filhos.

Mesmo as legislações espanhola[61] e portuguesa[62] para as quais o manejo do patrimônio dos descendentes deriva de mera administração, sem mencionar usufruto, não deixaram de apresentar determinadas particularizações nesse setor.

Não será de se repensar o tratamento dispensado aos aspectos patrimoniais? O tempo o dirá.

---

[61] Capítulo III – De los bienes de los hijos y de su administración. Artigo 164 e seguintes.

[62] Subsecção III – Responsabilidades parentais relativamente aos bens dos filhos. Artigo 1888 e seguintes.

1.3. Natureza jurídica do poder familiar

Natureza jurídica importa em situar o instituto analisando dentro da técnica jurídica e, mais que tudo, dentro dos múltiplos elementos de teoria geral que compõem o arcabouço do saber jurídico. A importância disso é o tratamento que o instituto e as questões práticas a surgir receberão. Logo, não é bizantino discutir natureza jurídica porque é a partir disso que se estabelecerá o regramento que será aplicado.

A expressão *natureza jurídica*, portanto, se não pode ser objeto de fetiche, sua discussão, importando mais que os dramas e conteúdos vivenciais subjacentes, também não há de ser posta de lado como um requinte da teoria que a prática pode perfeitamente dispensar. Só a má prática dispensa os fundamentos teóricos que articulam o direito como um sistema.

Diversas nomenclaturas e nuances são postas referindo a natureza jurídica do pátrio poder, hoje, poder familiar. A opção aqui, na esteira de João de Castro Mendes, referenciado por Roberto João Elias ao tratar do direito português, é de que se trata de situação jurídica complexa integrada por faculdades e deveres.[63] A situação jurídica engloba o aspecto tuitivo do poder familiar exatamente porquanto existem os deveres e, mesmo as eventuais faculdades ligando-se por um evidente conteúdo finalístico, uma meta a atingir, o melhor interesse.

Falar em poder-dever,[64] em *munus*,[65] em instituto de direito do menor,[66] em conjunto de direitos de deveres,[67] nada disso possui o alcance técnico que a situação

---

[63] **Pátrio poder:** guarda dos filhos e direito de visita. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 16.

[64] Para José Antonio de Paula SANTOS NETO, seria instituto bifronte: poder-dever em relação aos filhos e direito subjetivo perante terceiros. Na verdade, parece que, malgrado a perspicácia do autor para os ângulos que o instituto assume, eles são exatamente isso, ângulos de um mesmo objeto de estudo. Então, pelo princípio lógico da identidade, não definem a coisa. São momentos do mesmo fenômeno em sua movimentação no cotidiano das relações civis, mas não capturam a *coisa em si.* Melhor então, abarcando essa dualidade muito bem, entender tratar-se de situação jurídica complexa. Ver: SANTOS NETO, José Antonio de Paula. **Do pátrio poder.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 201. Em abono do autor e do alto valor de tal abordagem fragmentária, ainda que não focalize o instituto no todo, veja-se: *"A construção dogmática da patria potestade, aceita pela doutrina prevalente, distingue no instituto o aspecto da função daquele do direito subjetivo. No que diz respeito ao filho a patria potestade se consideraria como 'officium', 'função', ou seja, como dever, para a realização do que ao pai seria 'faculdade de agir que... não é direito subjetivo, mas potere, potestade'. No que diz respeito a terceiro a patria potestade seria, em vez disso, direito subjetivo, ou seja, 'direito à função e direito de exercitá-la".* (tradução livre). *"La construzione dogmática della patria potestà, accolta dalla prevalente dottrina, distingue nell'istituto l'aspetto della funzione da quello del diritto soggettivo. Nei riguardi del figlio la patria potestà verrebbe in considerazione come 'officium', 'funzione', cioè come dovere, per l'adimpimento del quale il genitore avrebbe 'facoltà di agire che ... non è diritto soggettivo, ma potere, potestà'. Nei riguardi dei terzi la patria potestà sarebbe invece diritto soggettivo, cioè 'diritto alla funzione e diritto di esercitarla'."* PELOSI, Angelo

jurídica permite entrever. Sobretudo a posição que ressalta o aspecto protetivo do instituto focaliza-o do ponto de vista semântico, ou seja, de sua relação com a realidade normada com o seu objeto (*rectius:* sujeito) tutelado.

Já falar em situação jurídica complexa focaliza o instituto do ponto de vista lógico-estrutural mesmo. E o fato jurídico paternidade (sanguínea, socioafetiva, jurídica) cria situação jurídica. Precisando, com ampla invocação de Marcos Bernardes de Mello, constata-se por fases que, primeiramente, a situação jurídica básica é o mínimo efeito do fato jurídico, assim, *"a partir da situação jurídica básica são irradiados os outros efeitos do fato jurídico, quando possível."*[68] Continua: *"A situação jurídica básica, de regra, tem seus efeitos variáveis conforme a natureza do fato jurídico a que se refere".*[69] Ora, o fato jurídico da paternidade pode não estar acompanhado do poder familiar na hipótese de suspensão ou destituição. No entanto, a obrigação de alimentos permanece, inclusive neste tocante *de lege ferenda*, com expressa previsão do Estatuto das Famílias, no artigo 94, §1º.[70]

Porém, na hipótese de o genitor estar investido no poder familiar, a situação jurídica será aquela dita complexa, com repercussões perante os pais, perante os filhos e perante terceiros. Esclarece-se: haverá relação jurídica, o que equivale à situação jurídica complexa multilateral, quando houver intersubjetividade jurídica, relacionamento entre dois ou mais sujeitos de direito com correspectividade.[71]

Carlo. *Patria Potestà (diritto vigente).* **Novissimo Digesto Italiano.** XII. a cura di Antonio Azara e Ernesto Eula. Torino: UTET, 1957, p. 582.

[65] RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil: direito de família.** vol. 6. 27 ed. atual. por Francisco José Cahali, com anotações ao novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 398.

[66] *"Para poder desentrañar la esencia jurídica de la patria potestad hay que comenzar por tipificarla em su condición de institución protectoria de la minoridad y, como tal, pertenciente al âmbito de la protección jurídica del menor, es decir, al derecho de menores."* D'ANTONIO, Daniel Hugo. **Derecho de menores.** 3ª ed. atual. ampl. Buenos Aires: Astrea, 1986, p. 179. *"Más que um derecho subjetivo, la patria potestad, como su propio nombre indica, es una potestad tuitiva general concedida a los padres, un derecho deber, un derecho funcionalizado que implica um officium más que um beneficium."* GONZÁLEZ, Juana María del Vas. **Instituciones jurídicas de protección del menor en el derecho civil español.** Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios, 2009, p. 163.

[67] ELIAS, Roberto João. **Pátrio poder:** guarda dos filhos e direito de visita. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 105.

[68] MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do fato jurídico.** Plano da existência. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 211.

[69] MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do fato jurídico.** Plano da existência. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.211.

[70] No que, aliás, já TEIXEIRA DE FREITAS em seu Esboço assim previa no art. 1.529, 1º. **Esboço do Código Civil.** Brasília: Min. da Justiça, Fundação Univ. de Brasília, 1983, p. 314.

[71] MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do fato jurídico.** Plano da existência. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.216.

Consoante tal pensar, o que se tem é que *"toda a situação jurídica tem um ou mais sujeitos, tem um objecto, exprime-se em poderes e vinculações que são o seu conteúdo, é dinamizada por factos."*[72]

Ora, ser situação jurídica complexa abrange ser direito subjetivo em relação a terceiros, e ser dever em relação aos filhos. Abrange poder (discrição utilizada para bem atingir a finalidade), abrange dever. Raciocínio que nada tem de original e já havia sido muito bem articulado por Ana Carolina Brochado Teixeira para quem *"o enquadramento do poder familiar como situação jurídica é muito mais condizente com os princípios constitucionais."*[73] Logo, é o encaminhamento teórico mais adequado a buscar o elemento irredutível. Claro que as expressões conjunto de direitos e deveres, poder-dever até espelham parcela do fenômeno, mas não sua integralidade. Até porque, especificamente, sobre a hipótese de haver direito subjetivo dos pais a ser exercido em face dos filhos com espeque no poder familiar, tal não parece. Daí, contrariando o magistério de Roberto João Elias para quem os haveria também dos filhos em relação aos pais, não há direito subjetivo dos pais em relação aos filhos por conta do poder familiar.[74] Até porque, não detém nenhuma pretensão exercitável contra estes a tal título.[75]

A tendência legal, conclui-se, parece ser mesmo realçar o aspecto do dever mais do que o aspecto de um pretenso direito; na verdade, uma autoridade para o atingimento de uma finalidade, o melhor interesse do filho, na perspectiva existencial e patrimonial de um só lance. Lembre-se que a autoridade consiste na *"conjugação de um poder e de uma obrigação."*[76] Então, os poderes são atribuídos para a satisfação de um interesse que não é do detentor do poder, a discricionariedade deste é um dever, serve para a exata consecução de uma finalidade que excede – embora

---

[72] ASCENSÃO, José de Oliveira. **O direito:** introdução e teoria geral. 13ª ed. refundida, 4ª reimp. Coimbra: Almedina, 2010, p. 17.

[73] **Família, guarda e autoridade parental.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 102.

[74] *"Há um certo exagero, a nosso ver, quando se afirma que aos pais não resta nenhum direito. Se há interesse do filho, há também o interesse dos pais, não se podendo afirmar que eles têm apenas poder e o interesse é somente da prole."* ELIAS, Roberto João. **Pátrio poder:** guarda dos filhos e direito de visita. São Paulo: Saraiva, 1999, p.07. Já doutrina mais recente sobre a matéria, dá enfoque diferente. Veja-se: *"Nessa linha de raciocínio, repise-se, não se pode dizer que a natureza jurídica do poder familiar seja de direito subjetivo, posto que ainda que seja um poder concedido aos pais pelo Estado, não implica seja exercido livremente, segundo a vontade do titular."* COMEL, Denise Damo. **Do poder familiar.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 63.

[75] Se o filho agride o pai, por exemplo, gerando dano físico e ausência no trabalho, poderá haver direito exercitável. Mas, claramente, tal não defluiu do poder familiar. Também exigir obediência e impor disciplina, tendo os filhos que se submeterem, não constitui um direito por si mesmo, mas sim, um poder funcionalizado, um dever.

[76] LUMIA, Giuseppe. **Elementos de teoria e ideologia do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 114.

possa também envolver interesse do detentor do poder – o círculo de interesses deste. O fato de a discricionariedade dar a impressão de se exercer um direito subjetivo não é exato, tanto assim que sua não utilização poderá gerar responsabilidade. Ora, quando a não utilização de um direito subjetivo gera responsabilidade? Apenas se houver, na consecução deste, outra obrigação assumida por seu titular em relação a um terceiro, no máximo.

E mesmo o dever alimentar que o filho tem com relação aos pais não é fruto do poder familiar, é fruto da relação de parentesco em si mesma, *in rerum natura*. Ora, já se viu que poderá haver uma situação jurídica base, meramente fundada no fato jurídico paternidade, que não equivale em absoluto ao poder familiar.[77] Ilustrando, lembre-se que a colocação em família substituta nos modelos guarda e tutela não eliminam a paternidade, embora iniba o poder familiar.

1.4. Sujeitos do poder familiar

Na sua mais elementar manifestação, são sujeitos do poder familiar, o pai, a mãe, o filho. Não se confundam sujeitos do poder familiar com sujeito ao poder familiar. Este último, o filho, claro.

A figura do pai não possui nenhum privilégio ou postulação hierárquica para além daquela que possui também a mãe, o tema da igualdade de gêneros já tendo sido enfrentado. Apenas lembrando que essa igualdade no comando, na condução da família e dos interesses dos filhos pode levar a fricções internas, e daí pergunta-se até que ponto convém ao Poder Judiciário interferir. Mais, em que circunstâncias e como interferir.

A hierarquia familiar era, por mais odiosa que hoje nos pareça (e de fato é), um redutor de complexidades. Já que, no limite, valia a opinião do pai, o que o evolver da história acabou por, paulatinamente, com a progressiva afirmação da autoridade materna, afastar.[78] A questão do estado civil dos pais também é ociosa porque não repercute no exercício e nas responsabilidades referentes aos filhos.

O polo passivo, com os filhos submetidos ao poder familiar, também colabora para o aumento da complexidade que exige então novos horizontes, novas

---

[77] LUMIA, Giuseppe. **Elementos de teoria e ideologia do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 100.

[78] SÁ PEREIRA, Virgilio de. **Direito de família:** lições do professor cathedrático de direito civil. 3. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ferramentas de solução de litígios. É que o regime mesmo da capacidade civil de fato vem sendo posto em questão pela doutrina. Com base na noção de que se o protegido é sujeito, deve, na medida da possibilidade, participar do processo, da tomada de decisão relativa aos seus interesses.

Frisando a revisão do regime jurídico das incapacidades, nova doutrina percebe como condição para uma efetiva tutela da pessoa menor de idade este repensar do regime das incapacidades: *"para que a proteção não se torne supressão da subjetividade, reprimindo todas as formas de expressão e desenvolvimento da personalidade."* [79] É que a ideia de representação perde força, sentido mesmo, quando se aproxima de situações jurídicas existenciais das quais a vivência de si mesmo e a participação são elementos indissociáveis da concretização do direito.

Na percepção de Pietro Perlingieri, o interesse do sujeito passivo do poder familiar envolveria também a obtenção de autonomia pessoal e de possibilidade de exprimir escolhas e propostas em diversos âmbitos que lhe digam respeito para que seja salvaguardada sua personalidade de maneira globalmente considerada, e a livre expansão de sua personalidade possa acontecer de fato.[80] Insiste em que a rígida separação entre capacidade & incapacidade, maioridade & minoridade deve ceder passo a outras avaliações mais sutis. Levando em conta a criança e a evolução gradual de sua capacidade ao espelhar o seu desenvolvimento, sua singularidade humana e, enquanto tal, seus direitos fundamentais não são, por definição, transferíveis para terceiro. Portanto, *"não se justificando a presença de obstáculos de direito e de fato que impedem o seu exercício: o gradual processo de maturação do menor leva a um progressivo cumprimento a programática inseparabilidade entre titularidade e exercício nas situações existenciais."*[81]

Como desdobro evidente da multiplicidade de vozes e de personagens hoje com possibilidade de decisão dentro do seio familiar, a intervenção judicial assume uma feição invasiva e limitativa porque resolve questões pontuais, mas evidentemente não harmoniza a família. Exatamente por isso, a figura da mediação deve, nos próximos anos – a cumprir-se esse itinerário da família como um foro de

---

[79] TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado, SALES, Ana Amélia Ribeiro, SOUZA, Maria Aparecida Freitas. Autonomia privada da criança e do adolescente: uma reflexão sobre o regime das incapacidades. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões.** v.0 (out/nov. 2007) Porto Alegre: Magister, 2007, p. 61.

[80] **Perfis do direito civil:** introdução ao direito civil constitucional. Trad. Maria Cristina de Cicco. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 259.

[81] **Perfis do direito civil:** introdução ao direito civil constitucional. Trad. Maria Cristina de Cicco. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 260.

múltiplas vozes e visões de mundo – avolumar-se, seja pela característica não invasiva que ela possui, seja pelo volume de processos tramitando no Poder Judiciário. A verdade é que quanto mais nuançados são os conflitos familiares, mais o juiz vai perdendo a capacidade de dirimir o litígio. Em diversos casos, dirimirá a questão, porém, como a prática demonstra e qualquer advogado militante reconhece, a litigiosidade ficará lá, à espreita. Na nova oportunidade, o espírito de emulação volta à tona, criando um litígio, superdimensionando uma questiúncula qualquer e, nas hipóteses mais radicais, chegando até à alienação parental, às agressões, à degradação vivencial.

Além disso, há uma tendência de expansão do poder familiar que, a consumar-se, irá apresentar novos sujeitos, superando a compostura elementar: pais e filhos. É o caso da previsão do artigo 91 do Estatuto das Famílias, bem como o tema da família extensa[82], que, se aceita a afetividade da criança com outros membros da família, pode muito bem aceitar a colaboração – reduzida claro – de um tio, um irmão mais velho, na educação da criança. Nas famílias ditas reconstituídas, fica muito difícil não aceitar a possibilidade de participação do outro cônjuge/companheiro em relação ao enteado quando se sabe que, na prática, é isso o que acaba por acontecer. Se não para questões de particular importância, pelo menos para as questões da *vida corrente*.[83]

Nesta trilha, ainda com apoio em Perlingieri, sobre a intervenção do Poder Judiciário, o que será objeto de posterior desdobro, a avaliação do juiz e a individuação do interesse posto em tela devem ser muito cuidadas. Diz o reputado autor:

> *Na individuação desse interesse, a avaliação do juiz, vista aqui, como em nenhuma outra hipótese, como um 'juízo de valor', deve ser expressa com prudência e equilíbrio, identificando-se na situação de fato, à luz de valores não-subjetivos e arbitrários, mas sim, emergentes do personalismo constitucional. É indispensável que o interesse do menor se realize não só com*

[82] Independente da nossa Lei n. 12.010/2009, que inseriu p.u. no artigo 25 do ECA, cumpre referir ao artigo 160 do Código Civil Espanhol a apontar que não se poderão impedir, sem justa causa, relações pessoais dos filhos com avós, outros parentes e agregados.

[83] Sobre a distinção *"responsabilidades parentais relativas às questões de particular importância" & "responsabilidades parentais relativas aos actos da vida corrente",* o artigo 1906º do Código Civil Português, sobretudo o n. 4: *"4.O genitor a quem cabe o exercício das responsabilidades parentais relativas aos actos da vida corrente pode exercê-las por si ou delegar o seu exercício."*

a intervenção do juiz, mas sobretudo com uma organização da comunidade, através de instituições pluralisticamente entendidas, idôneas para constituir suportes destinados a realizar uma intensa atividade de colaboração e prevenção que facilite o cumprimento das complexas tarefas familiares e contribua a remover os obstáculos que mesmo de fato impeçam a sua atuação.[84]

Nas observações de Denise Damo Comel, fica ainda a figura do nascituro como suscetível de medidas de cautela, não propriamente sujeito ao poder familiar. Arrimada no conceito de personalidade obtempera que os direitos assegurados a este - direito à vida, direito à saúde, possibilidade de aceitação de herança, receber doação - compõem um espectro limitado, na verdade, à lei disciplinando apenas e tão-somente *"medidas de cautela, e com nítido caráter de provisoriedade e excepcionalidade."*[85] Entretanto, é preciso estabelecer que a questão não se resolve assim tão facilmente, à custa do começo da personalidade, sem destacar a profunda discussão teórica que haveria entre as correntes natalista e concepcionista. Destacando a doutrina de Silmara Juny de A. Chinellato, profunda estudiosa da temática do nascituro, o que se entrevê é: não só o nascituro pode ser reconhecido ainda no ventre materno (art. 1.609, p.u. e art. 26, p.u. do ECA), adotado (art. 1.621), como tem direito à representação pelos pais ou pelo curador, nos termos dos artigos 1.634, V; 1.689, II e 1.779.[86] Titularizar direitos implica personalidade, já que a capacidade de direito é atributo geral e irrestrito do ser pessoa. Se pessoa é, pode também integrar o polo passivo da relação parental.

Aprofundando acerca da lei de alimentos gravídicos, Silmara Juny de A. Chinellato critica-lhe a nomenclatura exatamente porquanto os alimentos não são por conta do estado biológico da mãe. Eles são titularizados pelo nascituro, cujo direito de ação é articulado com representação da mãe.[87]

---

[84] PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil:** introdução ao direito civil constitucional. Trad. Maria Cristina de Cicco. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 259.
[85] COMEL, Denise Damo. **Do poder familiar.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 74.
[86] CHINELLATO, Silmara Juny de A. Alimentos gravídicos e os direitos do nascituro. **Direito de família no novo milênio.** Estudos em homenagem ao Professor Álvaro Villaça Azevedo. José Fernando Simão, Jorge Shiguemitsu Fujita, Silmara Juny de Abreu Chinellato, Maria Cristina Zucchi, organizadores. São Paulo: Atlas, 2010, p. 618,
[87] CHINELLATO, Silmara Juny de A. Alimentos gravídicos e os direitos do nascituro. **Direito de família no novo milênio.** Estudos em homenagem ao Professor Álvaro Villaça Azevedo. José Fernando Simão, Jorge Shiguemitsu Fujita, Silmara Juny de Abreu Chinellato, Maria Cristina Zucchi, organizadores. São Paulo: Atlas, 2010, p. 633.

Então, haveria margem para argumentar a incidência do poder familiar também ao nascituro, como expressão de seu direito ao cuidado, ainda que não incida na sua completa extensão de faculdades e deveres por motivos óbvios. Exatamente daí, surge o problema. Se o nascituro é sujeito passivo do poder familiar, a mulher – mesmo nas hipóteses admitidas de aborto – não poderia tomar qualquer atitude relativa à gravidez daquele submetido à potestade familiar, sem consultar o pai. Cair-se-ia, então, na velha discussão ideológica que o tema possui atrás de si, o que, aliás, a primeira autora, Denise Damo Comel, malgrado a profunda qualidade técnica de sua extensa monografia, já entremostra:

> *Ademais, porque o poder familiar é atribuição tanto do homem quanto da mulher, se assim fosse, a mulher grávida seria obrigada a suportar eventual atuação do pai, no que fosse cabível, com relação ao filho esperado, o que se afigura inadmissível.*[88]

Adotada a tese concepcionista para a qual diversos pontos do sistema parecem indicar[89], a verdade é que a incidência do poder familiar fica como que inescapável.

Não se tem resposta para o problema suscitado, por extenso e profundo, a demandar trabalho específico. No entanto, enfatize-se que, se alguém se abalançar a defender o nascituro como sujeito passivo do poder familiar, terá de defendê-lo em todas as circunstâncias jurídicas que daí advêm, não apenas naquelas que comodamente entende cabíveis, e depois encerrando com a expressão *sui generis*, chave mestra que *"fecha"* questões mal explicadas ou mal acomodadas à categoria jurídica que lhes foi atribuída.

Mesmo assim, um prognóstico vale arriscar: a paternidade hoje – tanto quanto a maternidade – passa a ser encarada de maneira diversa ainda que com algum atraso em relação à emancipação feminina. A descoberta do homem das delícias da vida familiar e de uma paternidade plenamente exercida o levará a defender suas posições de maneira até então inusitada.

---

[88] COMEL, Denise Damo. **Do poder familiar.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 75.

[89] Arrola-se: o nascituro pode ser reconhecido (art. 1.609, p.u., do Código Civil), pode ser donatário (art. 542 do Código Civil), pode ser curatelado (art. 1.779 do Código Civil). Conforme observa Nestor DUARTE: *"A par disto, o nascituro pode ser sujeito de obrigações, a saber como sujeito passivo de obrigação tributária se, aquinhoado por doação de imóvel, está adstrito ao pagamento de imposto de transmissão."* **Proteção jurídica dos bens de incapazes.** Tese (doutorado). São Paulo: Fac. de Direito da Univ. de São Paulo, 1988, p. 20.

O que demandará também uma mudança da mentalidade feminina em relação aos desejos masculinos, tanto quanto o contrário é verdadeiro e desejável. A viger a rapidez do mundo, também nesse caso, e não tardará a celeuma bater às portas do Judiciário.

1.5. Conteúdo do poder familiar

A mudança no equilíbrio de poder entre os sujeitos do poder familiar impacta no seu conteúdo. Também, se a dinâmica social mudou, se a criança e o adolescente de hoje não são nem de longe aqueles de outrora, o conteúdo do poder familiar deve expandir-se. O texto do atual código civil não chega a ser minudente na descrição, porém, recorde-se a distinção entre o texto de lei e a norma. Esta, um ente lógico, criado pela intelecção do intérprete, donde com o mesmo dispositivo, suporte literal, podem-se sacar várias normas.[90] Se é possível sacar várias normas, estas vão variar conforme o intérprete e, mais que isso, conforme o tempo histórico dele.

De tal modo, a ampliação do conteúdo do poder familiar derivaria da acelerada urbanização; da evidente necessidade de mais educação para ascensão social; da mudança da vida corrente, o que enseja atenção para aquilo que o filho consome, os hábitos que ostenta, *sites* acessados, o quanto da vida pessoal e econômica sua e de sua família expõe nas redes sociais, etc.

Se não bastar a afirmação acima, vale o registro de Coelho da Rocha o qual já percebia a óbvia necessidade de aos direitos seguirem-se as possibilidades de sua efetiva atuação prática. Se a lei autoriza um fim, naturalmente autoriza os meios para levá-lo a bom termo, regra hermenêutica de captação até intuitiva.

O discurso prescritivo no que respeita o dever de educação e proteção tende a avolumar-se, na proporção da complexidade das relações sociais atuais. As demandas educativas, de direção, orientação e vigilância ganham novos contornos.

Objeto de amplo debate na atualidade, o *bullying*, em situações limite (com os cuidados que se impõem, para não entronizar a hipersensibilidade), pode gerar responsabilidade civil dos pais do autor da intimidação ou humilhação, por falta de atuação no que concerne ao dever de fiscalização e orientação. Em suma, do dever de

[90] GUASTINI, Riccardo. **Dalle fonti alle norme.** Torino: G. Giappichelli, 1993, p. 16.

educar, conforme aponta a tendência jurisprudencial que, consistentemente, se está a formar.[91]

---

[91] *"Reparação por danos morais – Campanha difamatória pela internet – Blog criado pela colega de escola para prática de* bullying *– Responsabilidade do genitor em razão da falta de fiscalização e orientação – Sentença reformada apenas para reduzir o valor da indenização, considerando a extensão do dano, a época dos fatos e a realidade das partes."* TJSP, Apel. Cível n. 9136878-66.2006.8.26.0000, rel. Miguel Brandi, j. 22.12.2010.

"Indenização por danos morais. Publicação em site de relacionamento Orkut, inclusive com fotografia, denegrindo a imagem de professor. Induvidosos comentários ofensivos que causaram sofrimentos de ordem moral. Sentença que condenou o pai do menor no pagamento de R$ 5.000,00. Recurso dele, provido em parte para diminuir o valor para R$ 2.500,00." TJSP, Apel. Cível n. 994.07.097554-5, rel. Teixeira Leite, j. 11.11.2010.

"APELAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. INTERNET. USO DE IMAGEM PARA FIM DEPRECIATIVO. CRIAÇÃO DE FLOG – PÁGINA PESSOAL PARA FOTOS NA REDE MUNDIAL DE COMPUTADORES. RESPONSABILIDADE DOS GENITORES. PÁTRIO PODER. BULLYING. ATO ILÍCITO. DANO MORAL 'IN RE IPSA'. OFENSAS AOS CHAMADOS DIREITOS DA PERSONALIDADE. MANUTENÇÃO DA INDENIZAÇÃO. PROVEDOR DE INTERNET. SERVIÇO DISPONIBILIZADO. COMPROVAÇÃO DE ZELO. AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE PELO CONTEÚDO. AÇÃO RETIRADA DA PÁGINA EM TEMPO HÁBIL. PRELIMINAR AFASTADA. DENUNCIAÇÃO DA LIDE. AUSENCIA DE ELEMENTOS.

Apelo do autor

Da denunciação da lide

I. Para restar configurada a denunciação da lide, nos moldes do art. 70 do CPC, necessário elementos demonstrado vínculo de admissibilidade. Ausentes provas embasando o pedido realizado, não há falar em denunciação da lide.

Da responsabilidade do provedor de internet

II. Provedores de internet disponibilizam espaço para criação de páginas pessoais na rede mundial de computadores, as quais são utilizadas livremente pelos usuários. Contudo, havendo denúncia de conteúdo impróprio e/ou ofensivo à dignidade da pessoa humana, incumbe ao prestador de serviços averiguar e retirar com brevidade a página se presente elementos de caráter ofensivo.

III. Hipótese em que o provedor excluiu a página denunciada do ar depois de transcorrida semana, uma vez ser analisado o assunto exposto, bem como necessário certo tempo para o rastreamento da origem das ofensas pessoais – PC do ofensor. Ausentes provas de desrespeito aos direitos previstos pelo CDC, não há falar em responsabilidade civil do provedor.

Apelo da ré

Do dano moral

IV. A Doutrina moderna evoluiu para afirmar entendimento acerca da responsabilidade civil do ofensor em relação ao ofendido, haja vista desgaste do instituto proveniente da massificação das demandas judiciais. O dano deve representar ofensa aos chamados direitos de personalidade, como à imagem e à honra, de modo a desestabilizar psicologicamente o ofendido.

V. A prática de Bullying é ato ilícito, haja vista compreender a intenção de desestabilizar psicologicamente o ofendido, o qual resulta em abalo acima do razoável, respondendo o ofensor pela prática ilegal.

VI. Aos pais incumbe o dever de guarda, orientação e zelo pelos filhos menores de idade, respondendo civilmente pelos ilícitos praticados, uma vez ser inerente ao pátrio poder, conforme inteligência do art. 932, do Código Civil. Hipótese em que o filho menor criou página na internet com a finalidade de ofender colega de classe, atrelando fatos e imagens de caráter exclusivamente pejorativo.

VII. Incontroversa ofensa aos chamados direitos de personalidade do autor, como à imagem e à honra, restando, ao responsável, o dever de indenizar o ofendido pelo dano moral causado, o qual, no caso, tem natureza 'in re ipsa'.

VIII. 'Quantum' reparatório serve de meio coercitivo/educativo ao ofensor, de modo a desestimular práticas reiteradas de ilícitos civis. Manutenção do valor reparatório é medida que se impõe, porquanto harmônico com caráter punitivo/pedagógico comumente adotado pela Câmara em situações análogas. APELOS DESPROVIDOS." TJRS, Apel. Cível n. 70031750094, rel. Liége Puricelli Pires, j. 30.06.2010.

"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – PRÁTICA DE BULLYING – AMBIENTE ESCOLAR – PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO E CERCEAMENTO DE DEFESA –

Estabelecido o constante alargamento do poder familiar como tendência, há uma contracorrente para tornar a análise mais complexa por conta do aumento da exigência de autonomia dos filhos, sobretudo nas questões existenciais. Insista-se então na ênfase, na técnica da mediação como instrumento adequado, por não invasivo, para dirimir diversos entrechoques familiares. Ademais, a própria evolução da criança, cuja capacidade cognitiva, cujo trânsito com um sem número de informações, mídias, tecnologias, passa a exigir de todos os membros do grupo familiar uma maturidade maior.

Especificamente, ferindo o conteúdo mesmo do poder familiar, o que se nota é o avanço das faculdades protetivas, ou seja, do ponto de vista semântico, as ferramentas de direitos assumem novo enfoque. Entretanto, o aspecto da pessoa dos filhos tem sido muito mais abordado do que aquele relativo aos seus bens.

a) Da pessoa dos filhos

Obedecendo à divisão tradicional sobre a pessoa dos filhos, embora grande parte do conteúdo trabalhe com a noção de guarda, ou seja, atribuições centradas na figura do genitor guardião, o fato é que isso também vem arrefecendo. Waldyr Grisard Filho obtempera que, em termos de conteúdo, a guarda permite reter o filho

---

REJEITADAS – ART. 933 DO CPC – RESPONSABILIDADE DOS GENITORES DO MENOR – COMPROVAÇÃO DA PRÁTICA DO BULLYING – INDENIZAÇÃO DEVIDA – RECURSO NÃO PROVIDO. Não assiste razão aos apelantes ao atestar a incompetência absoluta do Juízo a quo, uma vez que a presente ação indenizatória, foi promovida pela autora (que, por ser menor, foi devidamente representada por seu genitor), em face do Colégio Santa Dorotéia e dos pais do menor, tendo em vista que o mesmo, à época da distribuição da ação, era inimputável, não havendo que se falar em competência da Justiça da Infância e Juventude. Se o juiz, ante as peculiaridades da espécie, se convence da possibilidade do julgamento da lide e, no estado em que o processo se encontra, profere sentença, desprezando a dilação probatória, não há que se falar em cerceamento de defesa ante a manifesta inutilidade ou o claro intuito protelatório da coleta da prova. A prática do bullying não é um fenômeno do mundo contemporâneo, mas sim algo existente há algumas décadas, sendo indubitável, no entanto, o crescimento das ocorrências relativas a tal prática nos últimos anos, e, consequentemente, de demandas judiciais requerendo indenização pelos danos sofridos pelas vítimas. Tenho que, especialmente pela imaturidade de crianças e adolescentes, é costumeiro o comportamento repressivo contra colegas em razão de sua classe social, de suas características físicas, da sua raça, e até mesmo, pelo seu rendimento escolar. Tratando-se de conduta praticada por menores, como é o caso dos presentes autos, os pais respondem pelo ato ilícito de seus filhos, conforme dispõem o art. 932, I e art. 933 do Código Civil. Na hipótese de indenização a título de danos morais, deve-se obedecer aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Não havendo configuração de valor demasiadamente alto a ponto de se falar em enriquecimento ilícito, não deve haver redução deste sob o risco de tornar-se irrisório. V.v: A fixação da quantia estipulada na r. sentença de R$ 8.000,00 (oito mil reais), não traduz as diretrizes acima expostas devendo, assim, ser reduzida para o montante de R$ 6.000,00 (seis mil reais), valor este que encontra-se em consonância com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade." TJMG, Apel. Cível n. 1.0024.08.199172-1/001, rel. Hilda Teixeira da Costa, j. 15.03.2012.

no lar, conservá-lo junto de si, reger sua conduta, reclamar de quem ilegalmente o detenha, proibir-lhe frequentar determinadas pessoas ou lugares, fixar-lhe o domicílio, mais o dever de velar pela sua saúde, segurança e prover o seu futuro.[92] Anota ainda, acompanhado de diversos monografistas da matéria, que a guarda é da natureza, mas não da essência do poder familiar.[93] Logo, quem não tem a guarda também tem deveres e prerrogativas funcionalizadas (não parece adequado usar a expressão direitos) que pode e deve exercitar sem que se lhe cause embaraços indevidos.

Mas há uma nuance que cumpre anotar: a diferença entre guarda e companhia, captada por José Antonio de Paula Santos Neto e roborada por Denise Damo Comel, para os quais essa distinção se descansaria na possibilidade de, no exercício da guarda, ter a posse garantida do menor – garantida por ação, diga-se – com os correlatos deveres de cuidado e educação. Já a companhia seria a possibilidade do não guardião acompanhar, visitar, ter em pernoites o filho, acompanhando-o no seu desenvolvimento. O direito de visita e o direito de retirada acompanham o direito de companhia. A posse do menor acompanha a guarda.[94]

Como atribuições centrais quanto à pessoa dos filhos, arrolam-se: **(i)** ter a guarda; **(ii)** dever de educar; **(iii)** dever de vigiar; **(iv)** dever de promover sua saúde física e mental; **(v)** dever de proteger; **(vi) de** garantir o provimento material, em termos de vestimenta, alimentação, saúde, dentre outros. O rol nunca será exaustivo porque há a mencionada evolução constante das relações entre pais e filhos. Em suma, o que se pretende é atingir o desiderato da proteção integral. Contudo, nunca se perca de vista que também estes, os sujeitos passivos do poder familiar, possuem deveres, sendo o mais saliente o dever de respeito e obediência porque sua vivência e seus horizontes não permitem a autonomia de que por vezes se julgam senhores.

---

[92] **Guarda compartilhada:** um novo modelo de responsabilidade parental. 5ª ed. São Paulo: RT, 2010, p. 48.

[93] **Guarda compartilhada:** um novo modelo de responsabilidade parental. 5ª ed. São Paulo: RT, 2010, p. 48. Também: ELIAS, Roberto João. **Pátrio poder:** guarda dos filhos e direito de visita. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 53 e 108. COMEL, Denise Damo. **Do poder familiar.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 111. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, guarda e autoridade parental.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 103. CARBONERA, Silvana Maria. **Guarda de filhos:** na família constitucionalizada. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 85. Na doutrina mais antiga, por todos, veja-se: *"A guarda é um dos atributos do pátrio poder, mas, nem sempre pátrio poder e guarda andam juntos. É que, como se tem dito e repetido, a guarda é da natureza, mas não é da essência do pátrio poder (M. Frédéric Mourlon, Carvalho Santos e outros)."* ROCHA, J.V. Castelo Branco. **O pátrio poder.** 2ª ed. São Paulo: Leud, 1978, p. 152.

[94] COMEL, Denise Damo. **Do poder familiar.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 110. SANTOS NETO, José Antonio de Paula. **Do pátrio poder.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 139.

Também, porque não pode a convivência familiar sustentar-se em relacionamentos sem este último atributo, o respeito. Respeito que, sem sufocar a individualidade e a personalidade das crianças e adolescentes, implica alguma submissão a ordens, porque quem respeita obedece, se não totalmente e em todas as ocasiões, mas pelo menos leva em conta a palavra alheia, põe-na no cômputo na hora de agir. Logo, a obediência dos filhos aos pais e o consequente poder de correção são elementos da natureza humana. Ao direito cumpre apenas reconhecer e lapidar aquilo que de patológico lhe surja, nada mais, nada menos.

b) Dos bens dos filhos

Sumariamente, o que se constata é o usufruto dos bens dos filhos como um direito diferenciado, embora real, independentemente de registro e, em paralelo, a administração dos bens dos filhos. Deve-se notar que o usufruto e a administração não são a mesma coisa. Poderiam perfeitamente ser fracionados, sempre de forma a atender ao melhor interesse da criança.

Igualmente, havia garantia de hipoteca legal dos bens do administrador para efeito de preservar os bens do filho de qualquer insucesso. Também, como hipótese de perda do poder familiar, a administração ruinosa de forma a apear da direção da vida do filho com patrimônio o genitor desastroso como administrador, o que merecerá análise mais detida.

c) Novas tendências

Por fim, deixando de lado os temas mais tradicionais de quem versa a matéria em apreço, cabe analisar as seguintes tendências:

Primeiro, a idéia de um poder familiar não monolítico, ou seja, passível de fragmentação máxime por influência dos novos arranjos familiares.

Segundo, a possibilidade de delegação pontual do poder familiar para atos da vida corrente, do que já se deu pequeno vislumbre logo acima.

Acerca do primeiro tema proposto, grande contribuição advém da própria idéia de guarda compartilhada – nossa Lei n. 11.698, de 13 de junho de 2008 – que estabelece e exige uma maturidade diferenciada dos genitores, com o perdão da

insistência.[95] Mas não é só. Oportuno observar que a doutrina estrangeira também já trabalha com uma *patria potestad* com distribuição de funções para a situação anormal de pais que não convivem. Note-se que a este respeito, na doutrina espanhola, há múltiplas referências, até porque sua codificação civil conta com previsões que abordam o tema sob esse enfoque, ou seja, há *de lege lata* esta salutar possibilidade.[96] Fuensanta Rabadán Sánchez-Lafuente analisa o artigo 156 daquele Código Civil e explica, primeiramente, que no parágrafo primeiro se estabelece a situação-padrão de exercício da potestade quando os pais vivem juntos, independentemente do regime (nosso código, no artigo 1.631, faz menção expressa há duas modalidades do gênero família). Em segundo lugar, a autora analisa o art. 156.5[97] donde se extrai a possibilidade de o poder familiar ser exercido conjuntamente com o outro genitor (guardião) ou, o que é mais interessante, poderá haver uma distribuição de funções entre eles.[98]

Mas é importante apontar a distinção que faz ela sobre a *"titularidad de la patria potestad"* e o *"ejercicio de la patria potestad".* Veja-se que a titularidade deriva *ex lege* da atribuição da paternidade; o exercício da pátria potestade, por sua vez, é estabelecido judicialmente conforme os interesses do menor, uma feição operacional sua.[99] Para o direito civil brasileiro, no entanto, referida distinção se

---

[95] TJSP, Agr. Instr. n. 990.10.281578-1, rel. Grava Brazil, j. 06.07.2010.

[96] Art. 156 do Código civil espanhol.

[97] *"Si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien le hijo conviva. Sin embargo, el Juez, a solicitud fundada del outro genitor, podrá, en interés del hijo, atribuir la solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el outro genitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio."*

[98] SÁNCHEZ-LAFUENTE, Fuensanta Rabadán. **Ejercicio de la patria potestad cuando los padres no conviven.** Cizur Menor (Navarra): Editorial Aranzadi y Thomson Reuters, 2011, p. 131.

[99] "*La Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, introdujo la distinción entre titularidad y ejercicio. La titularidad se atribuye una serie de facultades y deberes que conforman el contenido de la patria potestad y que a tenor del artículo 154 del Código Civil son velar por los hijos, tenerlos em su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles uma formación integral, representarlos y administrar sus bienes. Pero la patria potestad estaria vacía de sentido si estas facultades y deberes no pudieran llevarse a la prática del conjunto de facultades y deberes que integran el contenido de la patria potestad. La titularidad de la patria potestad se atribuye siempre en función de la existencia de una filiación determinada legalmente, si bien el Código Civil regula en los artículos 111 y 170 supuestos en los cuales los padres pueden verse excluídos de la patria potestad.*
En virtud del artículo 154 parráfo 1º del Código Civil la titularidad de la patria potestad pertenence a ambos padres y como consecuencia se establece um sistema de ejercicio conjunto em el artículo 156 párrafo 1º del CC, con idêntica participación de los padres. Sin embargo, el ejercicio conjunto plantea inconvenientes en la práctica y por ello encontramos excepciones en el próprio artículo 156 párrafo 1º del CC, que permite la actuación de uno de los padres con el consentimiento expreso o tácito del outro, y reconoce la validez de los actos que uno realice conforme al uso social y las circunstancias o en situaciones de urgência. Asinismo, em el párrafo 2º del artículo 156 del CC, se establece la posibilidad de los padres de acudir al juez en caso de desacuerdo, el cual atribuirá la facultad decisória al padre o la madre, tras audiencia de los padres y del próprio hijo siempre que

afigura inadequada, muito embora até pudesse ser convenientemente defendida como bem observa Denise Damo Comel, já que na Seção II, do Capítulo V – *Do Poder Familiar*, trata-se *Do exercício do poder familiar* e, além disso, poderia se extrair esta interpretação da leitura dos artigos 1.631 e 1.689 do Código Civil Brasileiro. Do primeiro, porque há expressa previsão de atuação de um genitor na falta ou impedimento do outro que todavia não deixou de ser titular. Do segundo, porque justifica que o usufruto e a administração dos bens do filho cabem ao pai e a mãe *"enquanto no exercício do poder familiar."*

No entanto, ela mesma bem se posiciona, tendo amplamente manejado doutrina estrangeira, pelo não cabimento dessa dicotomia. As funções dos pais não seriam, portanto, *propriedades plúrimas*, cada um respondendo por sua parte ideal. Comporiam sim um todo. O exercício parece indissociável da titularidade, o que pode acontecer é um exercício diminuto, mas ainda assim um exercício.

Os níveis eficaciais são moduláveis, mas não se poderá dizer que um genitor com um direito à paternidade válido seja privado de seu exercício. No mínimo, o direito à companhia e à retirada do filho, bem como o de acompanhar-lhe a educação, terá. Bem como terá aquele poder de manifestar seu assentimento quando é de exigência legal, nos termos do artigo 1.634, II.[100] Exercício modulado não significa nenhum exercício, senão poderia haver um retrocesso inclusive de mentalidade para o qual quem tem a *guarda* é o responsável. Não, os dois são responsáveis, tanto assim que o artigo 1.632 estabelece de modo textual: *"A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos."* Ou seja, de um rol legal de sete itens (art. 1.634) somente um é afetado pela descontinuidade da convivência entre os pais, todo o resto permanece, sob pena de se involuir, misturando relação de conjugalidade com relação de parentalidade.

---

demonstrando suficiente juicio así se estime conveniente por el Juez." SÁNCHEZ-LAFUENTE, Fuensanta Rabadán. **Ejercicio de la patria potestad cuando los padres no conviven.** Cizur Menor (Navarra): Editorial Aranzadi y Thomson Reuters, 2011, p. 23-24.

[100] Interessante lembrar que também no direito espanhol há essa previsão, o que não passou despercebido da análise de Fuensanta Rabadán SÁNCHEZ-LAFUENTE: *"Por otro lado, considero que el ejercicio de la patria potestad es una cuestión sobre la que obligatoriamente deberían pronunciarse tanto los padres – el art. 90 del CC incluye el ejercicio em el contenido mínimo del convenio regulador – como el órgano judicial – del mismo modo que se requiere a los padres, no habría razón para excluir de esta exigência al órgano judicial."***Ejercicio de la patria potestad cuando los padres no conviven.** Cizur Menor (Navarra): Editorial Aranzadi y Thomson Reuters, 2011, p. 133.

O que realmente importa da remissão ao direito espanhol é o tratamento inteligente dado à questão das funções – note-se que ambos possuem o exercício do poder familiar – de maneira que atenda as peculiaridades do litígio.[101] Um mecanismo de *case law* que permite ao juiz uma adequada concreção da decisão a tomar para o caso. É nesse particular que está uma riqueza que poderia muito bem ser aproveitada pelo nosso direito.

São estabelecidos os seguintes modelos, a teor da lição de Fuensanta Rabadán Sánchez-Lafuente: o exercício conjunto, o exercício individual ou exclusivo, a atribuição parcial e a distribuição de funções.[102] Este mecanismo poderia ser trabalhado mais enfaticamente pela Lei n. 11.698/2008, inclusive com alteração do artigo 1.689 do Código Civil. Ora, muitas vezes, aquele que melhores condições para a guarda oferece, não será o mais capacitado para a administração dos bens.

No que concerne ao segundo tópico, delegação pontual para atos da vida corrente, vale aportar com trecho do Código Civil Português, a saber, do art. 1.906.: *"**4.** O genitor a quem cabe o exercício das responsabilidades parentais relativas aos actos da vida corrente pode exercê-las por si ou delegar o seu exercício."* Delegação que se refere evidentemente apenas a atos da vida corrente.

Esclarecendo, o dispositivo permite que o companheiro do guardião participe da vida corrente da criança mais intensamente. Se na prática pode haver alguma interferência nociva, esta constatação deve ser sopesada pelo juiz, inclusive com a possibilidade de mudança da guarda. No entanto, é correta esta previsão também agasalhada pelo projeto do Estatuto das Famílias. Do ponto de vista jurídico das atribuições de responsabilidades (art. 1.632), o divórcio, o rompimento do convívio qualquer que seja ele, não afeta o poder familiar, mas, na prática, sabe-se que não é assim. Logo, a previsão é realista e salutar. Maria Clara Sottomayor apresenta, no entanto, opinião negativa sobre a denominada "biparentalidade" em casos de divórcio ou separação judicial porque entende que o contato das crianças com ambos

---

[101] No entanto, é interpretada como uma medida de força que deve ser evitada em casos de desacordo pontual. Nessa linha, veja-se: *"Se observará que en el supuesto de que el desacuerdo sea meramente incidental o episódico, tanto la titularidad cuanto el ejercicio de la patria potestad siguen siendo conjuntos, pero el Juez asume uma postura arbitral, decidiendo cuál de los genitores tiene mejores razones para decidir em una cuestión concreta. No obstante ello, es obvio que semejante via de superar la desavenencia conyugal concreta probablemente agudice em la mayor parte de los casos las diferencias entre los genitores."* LASARTE, Carlos. **Compendio de derecho de familia.** Madrid: Dykinson, 2011, p. 226.

[102] SÁNCHEZ-LAFUENTE, Fuensanta Rabadán. **Ejercicio de la patria potestad cuando los padres no conviven.** Cizur Menor (Navarra): Editorial Aranzadi y Thomson Reuters, 2011, p. 24.

os pais, fomentado pelo art. 1.906, 5 e 7 do Código Civil Português acirra ânimos e acaba por fazer as crianças passarem por conflitos psicológicos e de lealdade, resultando em perturbações comportamentais.[103] Pensando por este ângulo, talvez o incentivo legal à participação do cônjuge/companheiro do guardião sirva apenas para acirrar as relações, muito embora seja uma realidade inescapável.

Paradoxalmente, ao se incentivar a convivência com o companheiro/cônjuge do guardião, ao se fazer presente um contexto de atos de alienação em curso, isto apenas irá reforçar o afastamento do genitor não guardião. São as perplexidades dos tempos atuais em que os mecanismos devem ser usados paralelamente como contrapesos, já que num caso desses, o direito de visita é essencial para que o infante não perca a perspectiva de quem é seu genitor (pai ou mãe) de fato, e qual o papel que este ocupa na sua vida. Porém, a presença e a participação atuante do terceiro poderão, sim, em diversas situações, desequilibrar a equação.

As tentativas de *"desdramatizar"* o divórcio e a separação são a tônica atual. Mas como não há posição imune às críticas, a de Jorge Duarte Pinheiro induz à reflexão ao insistir que nas famílias reconstituídas ou recompostas, onde dois adultos formam um casal após anterior dissolução e mantêm com eles filhos de relações pregressas e, um tanto em contradição com a idéia de que o divórcio não influi nas responsabilidades parentais, no seu exercício cotidiano, a *"tendência para conferir maior peso à ligação entre o filho do genitor residente e o novo companheiro, ou novo cônjuge, deste, do que à relação entre o filho e o genitor não residente"* acaba por agravar quadros de conflitos já deflagrados.[104]

---

[103] SOTTOMAYOR, Maria Clara. **Regulação do exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio.** 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2011, p.257.

[104] *"Nas famílias reconstituídas ou recompostas, dois adultos formam um casal, após a dissolução da união de um deles, ou de ambos, com outrem; e com eles vivem filhos de ligações anteriores. Nestes casos, é preciso ter em conta a possível interferência do novo companheiro do genitor residente13, que, ainda que não esteja formalmente investido na titularidade do exercício das responsabilidades parentais, pode contribuir para criar ou agravar a conflitualidade no lar, ou para dificultar ou quebrar o contacto entre o filho menor e o 'genitor não residente'. Um tanto ou quanto em contradição com a ideia de que o divórcio não influi no exercício das responsabilidades parentais, detecta-se, aliás, uma tendência para conferir maior peso à ligação entre o filho do genitor residente e o novo companheiro, ou novo cônjuge, deste, do que à relação entre o filho e o genitor não residente."* **Ideologias e ilusões no regime jurídico do divórcio e das responsabilidades parentais.** In. http://www.csm.org.pt/ficheiros/eventos/jduartepinheiro_ideologiasilusoes.pdf. Acesso em 23.10.2012.

CAPÍTULO II. ABUSO DO DIREITO

2.1. Noção introdutória: abuso do direito, mecanismo voltado para o concreto

Como chave do capítulo, tenha-se na retentiva a seguinte frase: *o abuso do direito retira a ingenuidade do sistema.* É sobre esta ideia – à parte das necessárias considerações teóricas – que se funda a perspectiva do abuso de direito que o trabalho quer destacar, noção[105] que dialoga intensamente com a prática, embora tenha profundo lastro teórico.

Nesta linha, é inevitável o paralelismo entre o abuso do direito e a expressão do *justo meio*, trabalhada por Ignácio Maria Poveda Velasco. Entrevê o autor, no que respeita a ideia de *justo*, algo próximo de uma proporção. Esclarece, demonstrando marcante influência aristotélica sobre seu discurso, que o estagirita dá dois sentidos de justiça: um sentido geral afinado com o homem justo, ou seja, o homem que *"pratica as virtudes, dentro de uma concepção moral da existência humana"* e, outro, mais particular, segundo o qual é justo aquele que não toma mais do que sua parte. Destaca, daí, a faceta social da justiça, a faceta que poderia ser intitulada *coerência extroversa.*[106]

Ainda mais, estabelece paralelo com a máxima *suum cuique tribuere*, entendendo o direito como uma proporção na divisão dos bens entre membros do grupo. Tal equivalência deve ser bem compreendida – menos uma igualdade aritmética, mais uma manifestação da isonomia – sem esquecer, portanto, que a solução do direito *"refere-se aos bens exteriores e uma desigualdade natural nas coisas é forçoso admitir"*[107]. Deste tirocínio se constata que a justiça, reforçando a linha argumentativa que o trabalho adota, exterioriza-se, manifesta-se sobre

---

[105] Noção sendo operação ou elemento cognitivo de caráter geral, idéia. Já o conceito de abuso do direito, seu esquema mental reduzido ao essencial, como não poderia deixar de ser, advém das teorizações que a literatura especializada elaborou ao longo do tempo. Sobre os termos noção e conceito, remete a ABBAGNANO. **Dicionário de filosofia.** 5ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

[106] *"Voltemos a Aristóteles. Na* Ética a Nicômaco *refere-se ao justo, no sentido estrito, como o homem que tem o hábito* de não tomar mais do que sua parte *dos bens que se disputam em um grupo social, ou menos que sua parte do passivo, dos encargos, do trabalho. Não é mais a justiça identificada ou confundida como a soma de todas as virtudes mas, sim, um aspecto dela. Neste sentido estrito, particular, de Justiça, não se pede ao homem justo que seja corajoso, prudente, piedoso, temperante, honesto, modesto etc., mas que* tome exatamente a sua parte, nada mais, porém, nada menos. *Neste sentido, a justiça "particular" é uma virtude puramente social, é a quintessência da justiça."* Da Lei Injusta. **Revista de Direito Civil**. 44. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p.128.

[107] Da Lei Injusta. **Revista de Direito Civil.** 44. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p.130.

realidades externas. A expressão que Poveda usa é *jus in re*. Esta *predileção* pelo externo não é ideológica, é o limite operacional que separa o verdadeiro direito da tirania, ainda que sub-reptícia, ainda que travestida de intenções as mais nobres, sempre.

Se, então, o direito é social e a parêmia *ubi societas ibi jus* é ensinada, repetida e enfatizada nas aulas de propedêutica jurídica, tal não é sem razão. Acontece – e nunca é demais lembrar esta obviedade – que a convivência não é regrada por conceitos, é pontuada de paixões, desvios e também acertos e grandezas. Mas tudo isso, no miúdo da vida, é de fato a vida. A grandiloquência das intenções e dos discursos afasta os homens de uma perspectiva efetiva de mudança. Também assim, uma doutrina repleta de intenções de cientificismo que abdique de investigar a pequenez humana, menos contribuirá, mais abstrairá as forças reais regentes da vida em sociedade[108].

Os desvãos da convivência e do cotidiano social não são comezinhos, pelo contrário, constituem a matéria prima da distribuição da justiça.

No entanto, em nosso direito, *civil law*, as expressões "casuísmo" e "casuística" são encaradas e valoradas como designativas de algo menor. A casuística é algo de que o verdadeiro jurista não deva se ocupar. Entretanto, foi na faina diária dos casos que muitos preceitos de caráter geral foram criados. Dentre eles, o próprio combate ao ato emulativo, num primeiro momento, bem como sua evolução; o abuso do direito, num segundo momento. A repulsa ao concreto entendido como de horizonte estreito e de menos valia enquanto construção intelectual é de se pôr sob uma perspectiva crítica. Assim como associar o casuísmo a uma absoluta falta de técnica em que as soluções dos casos são as mais diversas porque não há um critério supostamente rigoroso, desvela um preconceito que é preciso combater. Ora, não será a análise de casos uma atividade técnica? Não será a

[108] No entanto, não se trata de meramente desconstruir a *"teoria"* sob a alegação fácil de que abstrai o real. Claro que a abstração sempre será exigível de um sistema. A própria projeção eficaz da segurança jurídica exige conceitos vários. Sem um sistema ordenado, não pode alguém prever os limites da sua e da alheia atuação jurídico-vivencial. Este, *de antemão* exigido pela segurança jurídica, depende muito da estabilidade dos padrões conceituais que o direito usa. Então, não se buscam aqui chavões ou palavras de ordem. O momento histórico que clamava por um maior esquematismo, muito provavelmente, – isto mais uma intuição do que uma afirmação técnico-dedutiva – pavimentou o caminho para, já sedimentados conceitos essenciais, uma crítica que só será válida na exata medida em que não seja ingênua a respeito de seu próprio mérito. Em suma, é da constante sedimentação das experiências que se extrai a evolução. Nenhuma doutrina ou enfoque teórico pode arrogar-se uma originalidade lamarckista. Este cuidado, este zelo na perspectivação do passado é essencial. O autor condena-se, desde já, por alguma linha ou trecho em que tal receio não se tenha feito presente.

análise dos fatores discriminantes e dos fatores análogos dos diversos casos uma atividade técnica da mais alta importância a exigir tremenda acuidade jurídica?

É preciso não confundir. Se há o mau casuísmo no qual os critérios são de uma aleatoriedade criticável, haverá também um bom casuísmo no qual as decisões somando-se demonstram uma corrente evolutiva para um dado grupo de problemas (casos), judicialmente colocados. Isto nada tem de mais. O que não é possível é a relutância de imiscuir-se no concreto por conta de uma alegada inferioridade sua.

Abre-se parêntese para inserir o apoio doutrinal de A. Castanheira Neves, não sem antes lembrar (repetir, na verdade), que todo dispositivo legal tem uma *memória* que assim se explica: deita sua raiz no *quod plerumque fit* intimamente vinculada com a sua eficácia (ou falta dela) social. Já do pensamento do grande teórico português se extrai a idéia de *natureza das coisas* como critério hermenêutico[109].

---

[109] Explica o teórico que a norma não é pré-dada, mas constituída; que o juízo decisório se alimenta também de fatores externos à textualidade do dispositivo normativo. Dentre os fatores, aquele que apela para a "natureza das coisas". Para bem da fidelidade, transcreve-se o longo trecho: *"Conclusão que desde BÜLOW (*Gesetz und Richterant, 1885) *se anunciava e que a compreensão problemático-concreta e prático-normativa da realização do direito tornaria de todo evidente, porquanto a realização do direito com essa índole mostrava que o juízo decisório, invocando embora uma norma positiva como seu critério jurídico, não se cumpria na mera aplicação de uma inteiramente acabada ou de definitiva suficiência, mas se traduzia numa constitutiva 'concretização' dessa norma – como um acto normativo-jurídico de desenvolvimento e integração da norma-critério. O que não poderia fazer-se, sem arbítrio ou puro subjetivismo do decidente, senão por recurso a outros elementos normativos susceptíveis de fundamentarem e de orientarem essa actividade concretizadora e integrante – e elementos sempre efectivamente convocados na prática realização do direito. O que depois da investigação de ESSER, a comprovar isso mesmo, na monografia* Grundsatz und Norm in der richterlicher Fortbildung des Privatrechts, *passou a ser uma verdade adquirida. Em termos de já hoje se poder fazer uma sistematização desses complementares 'factores de concretização' (F.MÜLLER). Assim, podem distinguir-se: 1)* factores ontológicas, *como o apelo, na medida em que seja metodologicamente justificado, à 'natureza das coisas' e, mais geralmente, a todos os argumentos de carácter institucional; 2)* factores sociais, *como os interesses (HECK), as tipificadas situações sociais relevantes (MÜLLER-ERZBACH), a estrutura jurídico-social referida intencionalmente pela norma (*O Normbereich, *na designação de F. MÜLLER), a própria situação social juridicamente problemática, os efeitos jurídico-sociais da decisão, etc.; 3)* factores normativos *em sentido estrito, tais como os critérios ético-jurídicos, normativo-sociais e os* standards *translegais, sejam ou não solicitados pelas 'cláusulas gerais', os 'conceitos de valor', etc.; os modelos normativo-dogmáticos (as 'teorias' dogmáticas de sentido normativo, e não conceitual) e os precedentes (os 'pré-juízos') da casuística jurisprudencial; os princípios normativo-jurídicos e a ordem material dos valores pressuposta pela ordem jurídica; a própria justiça do resultado da decisão (cfr. LARENZ,*ob.cit., *5ª ed., p. 332 ss.), etc. Pluralidade de factores que não deixa também de suscitar o problema de saber se todos se podem aceitar, se algum ou alguns deles merecem preferência ou como se hão-de entre si conjugar, etc, mas de que aqui teremos que abstrair (cfr. A.CASTANHEIRA NEVES,* O Instituto dos 'Assentos', p. 443 ss.; e infra). *E o resultado de tudo isto pode de novo enunciar-se com a formulação já referida de ESSER: 'Cada interpretação representa uma associação de* lex scripta *e* ius non scriptum, *a qual unicamente cria a própria norma positiva'. Com o que, poderá dizer-se, a* interpretatio legis *volta a ser* interpretatio iuris." **Metodologia jurídica**. Problemas fundamentais. STVDIA IVRIDICA I. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito. Coimbra Editora, 1993, p. 124-125. O trecho dialoga com o quanto espelhado em CASTRO, Torquato. **Teoria da situação jurídica em direito privado nacional.** São Paulo: Saraiva, 1985, p. 5. Isto porque, também neste último se constata a valorização, ou melhor, revalorização da ontologia das coisas, como fator incidente na dimensão vivencial do direito aplicado. Veja-se o trecho: *"Não há leis jurídicas na*

Não é só. Pela ordem lógica, desenvolve Castanheira Neves o caminho evolutivo até uma hermenêutica centrada no problema como suposto da criação do direito, este, menos tributário de grandes quadros genéricos e englobantes, mais de soluções circunstanciadas, afetadas à minúcia do caso.

Primeiro, destaca o autor que a letra da lei não possui *"valor hermenêutico autónomo"*[110] daí, insiste em que tal ideia, sobre a qual se fundava a interpretação que via a distinção entre a "letra" e o "espírito" da lei, é ultrapassada. Isto porque, assere que o legislador quando utiliza alguma expressão do vernáculo corriqueiro – coloque-se assim – o faz já com um uso mergulhado de significação jurídica. Diz, então, que há uma verdadeira unidade entre palavra/expressão e sentido, daí retirando duas conclusões: a de que o teor verbal da lei não possui um significado diferente daquele que lhe alcança sua interpretação jurídica e, mais, *"sendo essa significação, ou a sua determinação, um resultado da interpretação, de novo se reconhecerá que não pode ser ela pré-determinativa ou delimitativa dessa mesma interpretação, que afinal a determina – sendo um resultado da interpretação, não pode obter-se* antes *ou* fora *do próprio processo concreto da interpretação."*[111]

---

natureza; mas só leis naturais. Na lei natural, porém, o homem encontra a base da lei jurídica, que é dali sacada, senão 'composta' pela arte do jurista, a modo por que procede o artista diante do mundo." (ob.cit.). Ainda nesta traça, descobrindo a 'natureza das coisas', expressão fugidia, M. A. COELHO DA ROCHA, estabelece, sobre as regras de interpretação: *"2.ª Como as leis positivas assentam nos princípios da Moral e do Direito Natural, com os quaes o legislador presume ter-se querido conformar, devem ser entendidas no sentido mais conforme á equidade (§10)."* Mas, ele mesmo, estabelece a exceção: *"3.ª Mas esta equidade deve ser accommodada ao systema das leis civis, e á natureza do negocio, de que se tracta."* Dá como exemplo para ilustrar a exceção: *"Assim em regra as partes dos coherdeiros, ou collegatarios, que não acceitam, deveriam pela equidade absoluta passar para os herdeiros* ab intestato; *mas admittida pelas leis a faculdade de testar, e portanto, o principio de que se deve cumprir a vontade do testador, vem em consequencia a ser fundando na equidade o direito de accrescer."* **Instituições de direito civil portuguez.** t. I. 6. ed. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1886, p. 24-25. Logo, se há uma natureza das coisas, tal se dá à luz da perspectiva sistemática do direito e da sobreposição de valores à uma dada situação. No exemplo, ao valor de manter o bem legado, tanto quanto possível com os herdeiros legítimos, surge a temática de respeitar a vontade do testador. Se o sistema não ignora a vida, amolda-a em certos casos, o que não se pode desconsiderar. Sobre o problema da escala de critérios, ou a ausência dela, no que respeita à escolhas e padrões interpretandos, dialoga com ANDRADE, Manuel A. Domingues de. **Ensaio sobre a teoria da interpretação das leis.** 4. ed. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1987, págs. 30 e 31. Este último autor, criticando uma escala de preferência *absolutamente infrangível* entre os diversos meios de interpretação, assevera que *"a teoria da interpretação há-de contentar-se com fornecer directivas um pouco mais vagas e plásticas que, sem abandonarem o intérprete a um empirismo incontrolado, alguma coisa peçam todavia à delicadeza e à finura do seu senso jurídico."* Conclusão: juízos assertóricos em tema de interpretação carregam, já de si, um reducionismo que a atividade estudada não comporta. Até por conta – além das idiossincrasias do intérprete – da ambigüidade conatural a qualquer texto.

[110] **Metodologia jurídica.** Problemas fundamentais. STVDIA IVRIDICA I. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito. Coimbra Editora, 1993, p. 118.

[111] **Metodologia jurídica.** Problemas fundamentais. STVDIA IVRIDICA I. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito. Coimbra Editora, 1993, p. 119.

Segundo, frisa que, numa perspectiva evolutiva, houve um acréscimo no sentido prático-teleológico da interpretação. Emerge disso a importância da distinção entre *interpretação dogmática* e *interpretação teleológica*. Encarece que esta dicotomia não é igual àquela *subjetivismo & objetivismo.* Há, neste caso, uma superação de paradigma porque a dicotomia entre interpretação dogmática e interpretação teleológica centra-se numa distinção em que a primeira acentua uma *"racionalidade sintática"*[112] e, a segunda, *"opta claramente por uma intenção prática em sentido próprio"*[113] , animada por uma razão prática, ainda que com espeque teorético. Na verdade, segundo o já citado Castanheira Neves, a distinção subjetivismo & objetivismo é superada por aquela outra, inclusive pelo fato de que o objetivismo incorpora nuances de pensamento prático-teleológico. O exemplo ficaria por conta da invocação de uma *ratio legis* esteada num *"legislador razoável"* (aqui uma intersecção entre objetivismo e subjetivismo, talvez um ponto de tangência em que se analisa a razão da lei, seu espírito, todavia pressupondo-a elaborada por um legislador prudente, figura algo próxima do *bonus pater familiae*), bem como pelo fato de que a libertação da vontade do legislador deu-se para acentuar o evolutivo do contexto jurídico-cultural, o que não deixa de trabalhar com uma racionalidade mais finalista, já que mais rente do dado social.[114]

---

[112] **Metodologia jurídica.** Problemas fundamentais. STVDIA IVRIDICA I. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito. Coimbra Editora, 1993, p. 120.

[113] **Metodologia jurídica.** Problemas fundamentais. STVDIA IVRIDICA I. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito. Coimbra Editora, 1993, p. 121.

[114] Para que o leitor tire suas próprias conclusões, segue o trecho: *"Distinção esta* [interpretação dogmática e interpretação teleológica] *que não se confunde com a anterior, entre 'subjectivismo' e 'objectivismo', posto que, se vemos o objectivismo a ultrapassar os limites puramente exegéticos ou filológico-históricos próprios do subjectivismo e mesmo, na sua maior abertura e autonomia hermenêuticas, a acentuar o factor interpretativo da* ratio legis *(convocando inclusivamente como modelo da sua determinação a 'hipótese' de um 'legislador razoável'), não é todavia isto uma consequência necessária do mesmo objectivismo enquanto tal, mas já o resultado de uma interpretação de sentido teleológico que entretanto se vinha impondo – como o comprova o facto de o objectivismo ter nascido ainda no quadro do racionalismo normativístico-sistemático da* Begriffsjurisprudenz *alemã (v. K. LARENZ,* ob. cit. *6ª ed., p. 32-35; trad. port., p. 30 ss.) e de em si não excluir, e antes ter praticado, uma determinação interpretativa de vincada intenção construtivo-conceitual (v. R. REINHARDT,* Richter und Rechtsfindung, p. 13 s.). *A libertação da 'vontade do legislador' foi nele sobretudo liberdade para acentuar o evolutivo contexto jurídico-cultural sistematicamente significante. Por outro lado, também a interpretação subjectivo-histórica admitirá uma versão teleológica, se nela se relevar menos a averiguação do volitivo-psicológico pensamento do legislador e mais a intenção normativa determinada pelos fins práticos que o moveram – interpretação 'histórico-teleológica', na expressão de HECK. Quer dizer, não só as duas distinções se não confundem, como a polémica subjectivismo-objectivismo pode pensar-se no âmbito apenas da interpretação dogmática. Acresce ainda que a interpretação dogmática não implica a ruptura com uma intenção teorética do pensamento jurídico (tal como de intenção teorética eram o positivismo jurídico exegético e o positivismo jurídico sistemático-conceitual), enquanto a interpretação teleológica opta claramente por uma intenção prática em sentido próprio – a razão daquela interpretação pode ser a 'razão teórica', mas a razão desta última terá de ser a 'razão prática'. Além*

Antes de seguir com o próximo argumento, é de bom alvitre lembrar que o autor não defende um radical teleologismo, já que reconhece a necessidade duma dogmática que lastreie um mínimo de segurança. Além da predeterminação de critérios normativos *"que o prático não dispensa","quer ainda porque a oportunidade dos efeitos político-sociais não pode suprimir a exigência da validade axiológico-normativa, e esta implica fundamentos que normativo-dogmaticamente se invoquem."*[115] Válido, portanto, o aforismo *in medio virtus.*

Terceiro, é o argumento consistente na abordagem que vislumbra um *continuum* entre interpretação e aplicação (o que também é defendido por Eros Grau). Disto resulta uma aproximação ao caso, já que interpreto/aplico com vistas a um caso posto[116]. Daí, o seguinte: o caso surge como um *prius metodológico* o que, aliás, não é difícil deduzir da própria proposta prático-teleológica. Sobre este teleologismo já se desenha, no sistema pátrio, à luz do artigo 5º, da LICC, dispositivo riquíssimo com alta vaguidade, mas que longe de constituir um risco, constitui um elemento de acomodação de situações em que a margem de manobra judicial deve ser necessariamente mais larga, sob pena de a aplicação automática do dispositivo não conduzir para a solução adequada. Ora, a partir do momento em que a adequação prática da solução versada é posta sob a lupa, o que se tem é uma preocupação finalista e uma centralidade do caso, o que já foi observado.

Oportuno destacar que também o Código Civil Espanhol possui dispositivo de viés claramente finalista. Aliás, o referido diploma possui título preliminar intitulado *De las normas jurídicas, su aplicación y eficácia.* Neste, no artigo 3º se verifica clara referência à finalidade e ao espírito da lei aplicanda, o que leva também a um pronunciado enfoque teleológico[117].

---

disso representam tipos antagonicamente diferentes do pensamento jurídico – a interpretação dogmática aproxima-se da tendência 'formalista' desse pensamento e a interpretação teleológica da sua tendência 'finalista' (sobre estas categorias, v. H. KANTAROWICZ, Die Epochen der Rechtswissenschaft, *artigo reproduzido por G. RADBRUCH, na sua* Vorschule der Rechtsphilosophie, 3ª ed., p. 63 ss.)." **Metodologia jurídica.** Problemas fundamentais. STVDIA IVRIDICA I. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito. Coimbra Editora, 1993, p. 120-121. Esclarecemos entre colchetes.

[115] **Metodologia jurídica.** Problemas fundamentais. STVDIA IVRIDICA I. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito. Coimbra Editora, 1993, p. 123.

[116] **Metodologia jurídica.** Problemas fundamentais. STVDIA IVRIDICA I. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito. Coimbra Editora, 1993, p. 125.

[117] *"Art.3º. 1. Las normas se interpretarán según el sentido próprio de sus palabras, en relación com el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas. 2. La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales solo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita."* BERCOVITZ

Quarto, mero desdobro dos demais: a normatividade da norma resulta de sua intencionalidade jurídica, portanto, para interpretar se buscará nessa intencionalidade, tendo como referência a normatividade prática solicitada pelo caso.[118]

Doutro texto do mesmo Castanheira Neves se extrai a profunda vinculação existente entre o justo e a norma de decisão. É nesta, na verdade, que mora o primeiro. E, consequência elementar, a própria aplicação do direito, num momento de mudança de enfoque, irá mudar. Veja-se o quanto o autor valoriza este câmbio, destacando que a mudança no que é direito implica a mudança do raio de ação da jurisdição:

> *Ora, pensar o sentido da jurisdição é pensar a sua relação ao direito* (juris-dictio): *um diferente sentido do direito implicará correlativamente um diferente sentido da jurisdição chamada a realizá-lo. Pelo que é fundamental ter presente a impossibilidade de compreendermos hoje o direito pela perspectiva exclusiva de um estrito legalismo.*[119]

Indo mais ao fundo de seu tirocínio, aponta-se que a chamada *"recuperação da autonomia normativo-intencional do direito perante a legalidade (a mera legalidade)"*[120], ou seja, que a renovada *"distinção"* entre *ius* e *lex* tem base em dois eixos principais.

O primeiro eixo repousa no afastamento dos direitos da mera legalidade contratualista oriunda da revolução de 1789 e da *"Déclaration des droits de l'homme et du citoyen".* Tanto os direitos subjetivos como aqueles objetivados pela lei. Hoje, ao contrário, o que se constata é a projeção dos direitos fundamentais como *direitos do homem*, diz o autor. E continua: *"não é já a lei a dar validade jurídica a direitos, enquanto direitos subjectivos, são os direitos, os reconhecidos como fundamentais, a*

Rodríguez-Cano, R. e ERDOZAIN López, J.C. **Código Civil Español.** 29ª ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2010, p. 91.

[118] **Metodologia jurídica.** Problemas fundamentais. STVDIA IVRIDICA I. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito. Coimbra Editora, 1993, p. 144.

[119] Entre o "Legislador", a "Sociedade" e o "Juiz" ou entre "Sistema", "Função" e "Problema" – os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. **Boletim da Faculdade de Direito.** Univ. de Coimbra. Vol. LXXIV. Coimbra: Fac. de Direito da Univ. de Coimbra, 1998, p. 04.

[120] Entre o "Legislador", a "Sociedade" e o "Juiz" ou entre "Sistema", "Função" e "Problema" – os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. **Boletim da Faculdade de Direito.** Univ. de Coimbra. Vol. LXXIV. Coimbra: Fac. de Direito da Univ. de Coimbra, 1998, p. 05.

imporem-se à lei e a condicionarem a sua validade jurídica (cfr., desde logo, o art. 18º, da Constituição da República Portuguesa).”[121]

O segundo eixo consistente na invasão dos princípios, não como princípios gerais de direito, mas como materializações normativas transcendentes da lei porque muitas vezes não explícitos, mas *“fundamentantes da própria juridicidade.”*[122]

E como terceiro eixo, que o autor não menciona, a existência das próprias cláusulas gerais, se compreendidas como uma delegação do legislador para o aplicador do direito. Ou seja, a ideia de *lex certa* com hipótese de incidência bem definida, em diversos casos, é deixada para trás (nos princípios e nas cláusulas gerais). Sobretudo em temas existenciais, parece que sua incidência – das cláusulas gerais – é bastante salutar porque dá a margem de manobra pela qual, independentemente de um raciocínio equitativo mais ao sabor do arbítrio, se estabelecem as balizas, os marcos, dentro dos quais o órgão judicante poderá efetivamente *criar* direito. Opera-se com conceitos indeterminados, no entanto, não se pode esquecer que esses mesmos conceitos encontram um ponto de limite. Ou seja, afora a *zona de penumbra*[123] natural de sua alta vaguidade, de seu índice de indeterminação, haverá os limites, os polos extremos, em que se poderá facilmente constatar sua incidência ou não. Genaro R. Carrió aponta que tal tipo de impasse não

---

[121] Entre o “Legislador”, a “Sociedade” e o “Juiz” ou entre “Sistema”, “Função” e “Problema” – os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. **Boletim da Faculdade de Direito.**Univ. de Coimbra. Vol. LXXIV. Coimbra: Fac. de Direito da Univ. de Coimbra, 1998, p. 05.

[122] *“Um outro pólo temo-lo no actual reconhecimento de princípios normativos a transcenderem também a lei, a legalidade, convocados como fundamentos normativos da juridicidade e que a própria lei terá de respeitar e cumprir. Princípios estes que se distinguem decisivamente dos ‘princípios gerais de direito’ que o positivismo normativo-sistemático via como axiomas jurídico-racionais do seu sistema jurídico, pois são agora princípios normativamente materiais fundamentantes da própria juridicidade (princípios de justiça), expressões normativas de ‘o direito’ em que o sistema jurídico positivo cobra o seus sentido e não apenas a sua racionalidade. É assim que esses princípios se impõem como um tema generalizado e insistente, e a suscitar uma vasta problemática, no pensamento jurídico contemporâneo.”* Entre o “Legislador”, a “Sociedade” e o “Juiz” ou entre “Sistema”, “Função” e “Problema” – os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. **Boletim da Faculdade de Direito.** Univ. de Coimbra. Vol. LXXIV. Coimbra: Fac. de Direito da Univ. de Coimbra, 1998, p. 06.

[123] A linguagem como instrumento do saber é repleta de vícios, com os quais o utente tem de conviver. Dentre estes vícios consta a vaguidade que é *“o estado de indeterminação da palavra, é sua condição de imprecisão. É a incapacidade de determinarmos se a linguagem da realidade social está abrangida pelo conceito de uma palavra. Por outro giro: é a impossibilidade de aplicarmos determinada palavra à linguagem da realidade social. Dessarte, há circunstâncias em que as palavras possum perfeita aplicabilidade à linguagem constitutiva do real, da mesma forma que há casos em que a inaplicabilidade da palavra é hialina, é a chamada zona de certeza das palavras. Mas existem situações outras nas quais a linguagem da realidade social não se subsome perfeitamente ao conceito da palavra, tornando incerta sua aplicabilidade: é a chamada zona de penumbra.”* MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Fontes do direito tributário.** São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 55.

deriva da falta de informações sobre o caso examinando, o problema é mesmo o campo de aplicação daquela palavra que gera uma incerteza[124].

Assim, pensando na hipótese do artigo 1.638, I, do Código Civil, *"castigar imoderadamente o filho,"* o problema pode repousar não no desconhecimento do fato, mas na interpretação que se lhe dá, à luz do conceito pessoal que o magistrado constrói da imoderação.

Entretanto, esta textura aberta da linguagem[125] e que fica muito destacada nas cláusulas gerais e nos conceitos jurídicos indeterminados, não deve ser empeço para a aplicação de ambos. O que acontece, primeiro, é que a jurisprudência passa a ter um papel elucidativo mais saliente; segundo, o dever de motivar a decisão judicial (art. 97, IX, CF/88) é então muito mais grave, sem o que fica impossibilitado o controle da coerência decisória pelas partes; terceiro, o papel dos *topoi* revelar-se-á como elemento de convencimento bastante importante. Quanto mais indeterminado for o conceito, valem as pré-concepções que dele se têm.

De qualquer sorte, o conceito indeterminado, o *"castigar imoderadamente"* já traz consigo uma memória, um *a priori* sobre o qual o julgador irá construir sua argumentação.

Daí então, que a existência dessas delegações , embora a sua conatural margem de risco, está mais próxima de um ideal de segurança do que o mero relegar-se as questões à equidade pura. Há vantagem, ademais, em termos de sistematicidade.

As citações e paráfrases acima se encaixam no fluxo argumentativo tecido na medida em que apontam, na figura do abuso do direito, para os seguintes itens: **(i)** o abuso do direito não possui valor hermenêutico autônomo, já por conta de que as expressões utilizadas pelo legislador são banhadas de sentido jurídico, mas, também, porque ele, abuso do direito, foge da legalidade contratualista da revolução francesa; **(ii)** além disso, a figura em pauta possui saliente sentido prático-teleológico, lembrando bem que a própria expressão *fim* consta do conceito legal – artigo 187 do

---

[124] **Notas sobre derecho y lenguaje.** Cuarta edicion corregida y aumentada. 1ª reimp. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994, p. 31.

[125] CARRIÓ, Genaro R. **Notas sobre derecho y lenguaje.** Cuarta edicion corregida y aumentada. 1ª reimp. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994, p. 35. Aponta no trecho, que toda palavra, ao menos potencialmente, possui índice de vaguidade, porque as condições de sua aplicação não estão determinadas em todas as direções virtualmente possíveis, ou seja, sempre se poderá imaginar situações novas *"supuestos o circunstancias frente a los cuales el uso no dicta la aplicación ni la no aplicación del término."* **Notas sobre derecho y lenguaje.** Cuarta edicion corregida y aumentada. 1ª reimp. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994, p. 34.

Código Civil[126]; **(iii)** também, grandemente por conta da delegação que as cláusulas gerais representam, o caso é o seu *prius metodológico*; **(iv)** de tal sorte, aqui, como no caso dos princípios, não há hipótese de incidência pré-estabelecida. A figura do abuso do direito, portanto, amolda-se à proposta prático-teleológica.

Com o perdão do paralelo, a norma corretiva do abuso não se apresenta totalmente construída, com antecedente e consequente prefixados. Ela se apresenta, na verdade, *pré-fabricada* apenas, com antecedente constituído por cláusula geral e consequente a definir, com aderência à circunstancialidade do caso. Tudo isso, claro, solicitando muito do aplicador.

Destarte, tenha-se que os grandes padrões sistemáticos somente podem dizer-se bem manejados quando o utente sabe reconhecer o que cabe em sua latitude e o que não cabe. Isto é um exercício de finura jurídica que não se pode desconhecer. E essa finura se adquire com o diuturno cotejo entre o que é o vetor padrão do sistema e aquele excepcional constitutivo de uma quebra sua, inaugurando um novo padrão próprio, por conta de existir uma justificativa que o aparta do anterior. A clivagem constante entre padrões, com o surgimento de novos padrões derivados, é aceitável. Mais, é desejável. Reflete constante aperfeiçoamento.

Além do que, na esteira do primeiro parágrafo deste capítulo, o abuso do direito pressupõe uma autocrítica natural do próprio sistema, reconhecendo a possibilidade de que, no hiato que medeia a previsão do direito subjetivo e o fato jurídico de sua aplicação, há espaço para abuso.

Abuso que deve ser extirpado, já que pensando o exercício dos direitos sob ângulo social, aquilo que o sistema dá a alguém não pode ser utilizado contra seus próprios fundamentos de valor, dentre os quais, a socialidade.[127]

---

[126] A existência de enunciados, da lavra do Conselho da Justiça Federal, como sumas de pensamento jurídico acerca de tais ou quais dispositivos do Código Civil já é ilustrativa da posição que a visão prático-teleológica assume nos dias atuais. Ora, este exercício da feitura destas máximas de aplicação nada mais reflete do que um marcado viés finalista. Sobre o abuso do direito, o Enunciado 347 posiciona: *"Art. 187: a responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico."*

[127] Sem esquecer que o abuso de direito não se restringe ao exercício de direitos subjetivos, mas abrange outras figuras jurídicas, conforme Teresa Ancona LOPEZ, Exercício do direito e suas limitações: abuso do direito. **Revista dos Tribunais,** 885, jul. de 2009, p. 50-68, p. 50.

2.2. Antecedentes históricos

A colocação de tópico com os antecedentes históricos do instituto visa menos a uma análise exauriente própria de um trabalho de historiologia jurídica, mais a um panorama que justifique e explique os resultados conceituais a que atualmente se chegou em doutrina.

2.2.1. Direito Romano

Não sendo este um trabalho de romanista, a invocação do direito romano é efetuada com a parcimônia que a prudência exige. Sobretudo, a invocação serve, aqui, para ressaltar que a percepção da injustiça dos excessos sempre habitou a percepção moral dos povos. Isso, muito antes de o Direito ter descoberto a escassez (constatação que leva a uma série de questões, por exemplo, a função social da propriedade ambiental, etc., Cap. II). Aproveitando igualmente a afirmação de que todo o estabelecimento legal de um direito implica uma prévia solução de conflito de interesses, ou seja, que a *facultas agendi* estabelecida dissipa o conflito de interesses sociológico rotineiramente verificado pelo legislador, pode-se deduzir o seguinte: ora, se o mundo convive, do alto de uma expansão urbana e populacional sem precedentes, com o problema da escassez, o *punctum saliens* passa a ser menos garantir o direito subjetivo, mas fazê-lo desde uma perspectiva coletivística e – aí o desafio – este *coletivismo*, sem ferir a individualidade, exige o respeito à pessoa humana.

Dito isto, anote-se ser a idéia de *summum jus, summa injuria* já refratária aos excessos. O seu germe do pensamento que focaliza a questão da socialidade, lá, descansa, em estado latente.[128]

---

[128] *"Apesar dos brocardos* neminem laedit qui jure suo utitur, *ou do* dura lex, sed lex, *alguns estudiosos vêem sua origem no Direito Romano; porém a matéria continua controversa e o consenso sobre a presença dessa figura no Direito Romano está longe de acontecer, principalmente porque não conheceram os romanos a categoria do direito subjetivo. Há, porém, alguns fragmentos onde existe a condenação do exercício nocivo dos direitos com a intenção de prejudicar terceiros, principalmente com relação ao direito de propriedade e aos direitos de vizinhança (atos emulativos), como também a condenação dos atos fraudulentos e maliciosos. Encontramos citações de máximas em favor dessa existência, como a emblemática* summum jus, summa injuria, *de Cícero, ou* malitiis non est indulgendum *ou* non omne quod licet honestum est, *de Paulo. Essas condenações dos exageros no uso dos direitos justificavam a proteção do escravo contra o dono, do filho contra o pai, a repressão da fraude, a introdução da ação pauliana ou a proibição dos atos emulativos de um proprietário*

Explorando o tema, no que respeita ao direito romano, já de saída é preciso estabelecer que a matéria é inçada de dificuldades, litigando os próprios romanistas a respeito de se o romano teria ou não conhecido e aplicado a teoria do ato emulativo, esta última, antecedente do abuso de direito tal qual se concebe hoje.

Duas correntes disputam a primazia[129]: a primeira, crendo que o gênio romano já tinha introjetado a noção de ato emulativo e, portanto, aplicava-o; a segunda, entendendo referida construção como o fruto tardio das iniciativas anteriores e baseada numa deturpação da leitura do *Corpus Iuris Civilis.*

No entanto, criticando tal dicotomia, Marcos Takaoka, em mais de uma passagem de seu trabalho investigativo da origem romana do ato emulativo, lembra que não é de se desconsiderar a contribuição individual de cada jurista. Há *flashes* que autorizam falar numa muito próxima construção do ato emulativo. Talvez, não como teoria pronta e acabada, fundada em elementos apriorísticos bem estabelecidos, resolvida a questão da natureza jurídica do ato, etc. No entanto, o tema do excesso e a sua intuitiva vedação já eram propagados por importantes jurisconsultos. Anota-os o citado monografista[130], a saber: **(i)** Celso, ao afirmar que *"malitiis non est indulgendum"* ("não se devem permitir os atos maliciosos" – Cels. 3 *dig.*, D. 6, 1, 38); **(ii)** Gaio, com a máxima *"male enim nostro iure uti non debemus"* (Gai. 1, 53,

---

contra o outro." LOPEZ, Teresa Ancona. Exercício do direito e suas limitações: abuso do direito. **Rev. dos Tribunais**, 885, jul. de 2009, p. 50-68, p. 53.

[129] *"Os autores da primeira corrente entendem que os romanos conheceram e aplicaram o princípio do ato emulativo (durante o período clássico, justinianeu, ou em toda a evolução do direito romano, com variações de autor para autor). Os intérpretes modernos apenas teriam descoberto nas fontes romanas os fundamentos de uma teoria preexistente. Os defensores da segunda corrente não consideram a proibição do ato emulativo um princípio tipicamente romano, mas sim uma criação moderna, baseada em uma interpretação deturpada do* Corpus Iuris Civilis. *(...) No entanto, observe-se desde logo que os romanistas não costumam aceitar o meio-termo nessa discussão: ou os romanos (clássicos ou pós-clássicos) aceitaram o exercício absoluto dos direitos ou proibiram o seu 'exercício' emulativo (ou, mais genericamente, o 'exercício' abusivo). Dessa postura inflexível, decorre a desconsideração individual de cada jurisconsulto romano, o que se torna especialmente problemático quando se considera a exigüidade dos fragmentos concernentes à* vexata quaestio *(são poucos os jurisconsultos que teriam 'proibido' o ato emulativo). Além disso, não parece correto generalizar aprioristicamente a discussão de modo a abranger todo tipo de direito subjetivo. É necessário analisar as fontes a fim de verificar o âmbito de aplicação da teoria – se é que foi aplicada – pelos romanos. Em razão disso, a exegese das fontes assume neste estudo um caráter de imprescindibilidade."* TAKAOKA, Marcos. **Do ato emulativo:** a origem romana do §2º do art. 1.228 do Código Civil de 2002. Tese (doutorado). São Paulo: Fac. de Direito da Univ. de São Paulo, 2006, p. 17, nota 38.

[130] **Do ato emulativo:** a origem romana do §2º do art. 1.228 do Código Civil de 2002. Tese (doutorado). São Paulo: Fac. de Direito da Univ. de São Paulo, 2006, p. 25.

"não devemos usar mal o nosso direito"); **(iii)** Ulpiano, com fragmento indicado por Takaoka, a respeito do direito de vizinhança (Ulp. 53 *ad ed.*, D. 39, 3, 1, 12).[131]

Ainda neste ponto, Ebert Chamoun comunga da tese que o romano já operava a teoria do ato emulativo[132]. Max Kaser, em seu *Derecho Romano Privado* (edição espanhola de 1982), é outro que apontou para a limitação do exercício de direitos, também com lastro em fragmentos de Gaio, Celso e Ulpiano[133]. Ainda sobre a contribuição individual dos jurisconsultos, giza Vicente Arangio-Ruiz a existência de um apego bastante forte aos textos precedentes e à tradição. Daí, aponta que as ideias porventura lançadas pelos juristas (refere-se aos clássicos) e que fossem realmente inovações *"no fueron jamás presuntuosamente expuestas como tales por los juristas, sino al contrario, disimuladas com tal recato entre las otras doctrinas, que ni siquiera llegaban a desarrollarlas por completo"*[134]. Assim, toda novidade era trabalhada e inserida com discrição, na verdade, *"era uma semilla que se arrojaba al surco de la ciencia y que fructificaría en el pensamiento del mismo autor o de los juristas posteriores cuando llegase el momento oportuno."*[135]

A conclusão é que o jurista romano mais vocalizava o pensamento de sua época do que o seu pessoal[136]. Na idéia acima – ainda que com algum risco – fica

---

[131] O trecho já traduzido pelo autor: *"Por fim, Marcelo escreve que não se pode intentar nenhuma ação, nem a* actio de dolo *contra aquele que, escavando o seu imóvel, desviou a fonte do vizinho. Realmente não deve ter, se o fez não com a intenção de prejudicar, mas para melhorar seu campo*." **Do ato emulativo:** a origem romana do §2º do art. 1.228 do Código Civil de 2002. Tese (doutorado). São Paulo: Fac. de Direito da Univ. de São Paulo, 2006, p. 145.

[132] **Instituições de Direito Romano.** Rio de Janeiro: Forense, 1951, p. 97. Elencando autores partidários da primeira e da segunda corrente, sobre a aplicação pelo romano da proibição do ato emulativo, remeta-se a Marcos TAKAOKA. **Do ato emulativo:** a origem romana do §2º do art. 1.228 do Código Civil de 2002. Tese (doutorado). São Paulo: Fac. de Direito da Univ. de São Paulo, 2006, p. 24, notas 58 e 59.

[133] **Derecho Privado Romano.** Trad. Jose Santa Cruz Teijero. 2. ed. Madrid: Reus S.A., 1982, p. 37.

[134] **Historia del Derecho Romano**. 4. ed. Trad. Francisco de Pelsmaeker e Ivañez. Madrid: Reus S.A., 1980, p. 334.

[135] **Historia del Derecho Romano**. 4. ed. Trad. Francisco de Pelsmaeker e Ivañez. Madrid: Reus S.A., 1980, p. 334.

[136] A audácia antecipatória de tendências é característica da doutrina moderna, consoante afirma o mesmo Arangio-Ruiz. **Historia del Derecho Romano.** 4. ed. Trad. Francisco de Pelsmaeker e Ivañez. Madrid: Reus S.A., 1980, p. 335. Sempre haverá a vanguarda, mas a influência e o modo de influenciar na evolução do direito eram diferentes. Até mesmo pela característica pragmática do romano, pouco afeita às abstrações e derivações que pusessem a perder a situacionalidade do problema. O exemplo, que fica muito frisante para o não romanista, é o de que as frases, as máximas, donde derivaram diversos princípios derivaram de soluções dadas para casos concretos. Soluções que a evolução do pensamento fez expandir, as quais, passando a alcançar outras situações, alçaram a condição de *consensos argumentativos (topoi)*, diga-se assim. Ainda nesta questão, veja-se que a causa da recepção do direito romano repousa, sobretudo, no valor intrínseco das soluções jurídicas que criou. PANERO, Ricardo. **El Derecho Romano y La Formación del Jurista**. Barcelona: PPU, 1988, p. 81. Outro ponto, reforçando o caractere tópico do direito romano: *"Resumiendo lo expuesto, cabría indicar, com GARCÍA DE ENTERRÍA, que no hay institución sin principio informador, que estos princípios – como la institución misma en la que se insertan y em la que únicamente adquieren*

reforçada pelos trechos citados por Takaoka a opinião de que o gênio romano já aplicava, ainda que pontualmente, raciocínio proibitivo do ato *ad emulationem*. Se não como uma teoria acabada, como uma intuição de justiça, tal como aquela já indicada por Ignácio Maria Poveda Velasco (*supra*), uma justa distribuição implicando não tomar mais do que a sua parte. Ora, o *animus nocendi* e a ausência de utilidade do ato emulativo são exemplos acabados do agir daquele que toma *mais do que sua parte*, na medida em que empresta ao seu raio de ação um alcance tão grande que atinge por emulação, sem nenhuma utilidade, esfera de terceiro.

Assim, a figura do ato emulativo – sua constatação e seu posterior combate – é eminentemente social, em tudo corroborando a pensar no direito, enquanto elaboração humana, como disciplina da convivência (expressão de Goffredo Telles Júnior). A quintessência de socialidade está indelével na proibição do ato emulativo. O elemento convívio é inseparável do direito e já, lá, está na máxima citada do *ubi societas*. Acontece que o convívio entre os seres humanos mudou, a começar pelas mudanças profundas da sociedade. Hoje, mais do que nunca. Mas já antes, o direito foi absorvendo uma série de influências que lhe alterariam o perfil.

Vale a menção a Salvatore Riccobono explicando a influência cristã no *Corpus Iuris Civilis*. Obtempera para além de uma efetiva influência sobre a noção de equidade[137], cuja mundividência cristã remodelou, ao menos parcialmente, diversos

---

sentido – están configurados en orden a círculos problemáticos concretos y que éstos obedecen, a su vez, a uma estructura tópica y no axiomática. En consecuencia, razonar en Derecho no es otra cosa que operar com esos princípios, en torno a los cuales se ordena todo el particularismo de las reglas y actos concretos. Compartimos este criterio y creemos, com GARCÍA DE ENTERRÍA, que el jurista experimentado verá, inmediatamente, su trabajo reconocido en la anterior descripción y, a este respecto, un pensamiento por princípios, así entendidos, fue el gran descubrimiento de los juristas romanos y lo que hace eterna su lección para los juristas de todos los tiempos." PANERO, Ricardo. **El Derecho Romano y La Formación del Jurista.** Barcelona: PPU, 1988, p. 81.

[137] Sobre os novos contornos da noção de equidade, enriquecida pela influência cristã, transcreve-se: *"Pode-se dizer que o triunfo da equidade sobre as formas do direito rigoroso foi concluído, em suas linhas essenciais, no período da jurisprudência clássica. A compilação de Justiniano teve o papel, nada simples a bem da verdade, de resumir e fixar todo o caminho que o direito de Roma tinha percorrido, obtendo sempre novos elementos de fontes diversas. Mas Justiniano não se limitou ao trabalho de resumir: pretendeu mais do que isso infundir um novo espírito à obra, que com obstinado orgulho declarou sua criação.*

A doutrina cristã, que havia difundido uma concepção diferente da vida, com novos ideais de paz e de caridade, inspirou ao legislador novos motivos para regular os interesses e fatos humanos.

Assim no direito codificado por Justiniano destacou-se a tendência à consideração do bem e da vantagem do próximo, à proteção dos fracos, à moderação e à piedade (...)

A equidade clássica é retributiva. Isto condiz perfeitamente com a função do direito, que estabelece normas e limites à conduta humana. A vida é uma batalha áspera; o direito que se forma entre o fluxo da vida cotidiana, entre homens vigorosos em paixões e obras, entre tanta vertigem de comércios, de lutas, de fraudes, deve assumir formas severas, frear prontamente as más ações, proteger a lealdade, os ingênuos, os fracos. A concepção da equidade no direito de Justiniano é bem distinta. Esta que com freqüência se denomina humanitas, pietas, benignitas, *visa trazer ao mundo a paz, dar um maior*

institutos, inclusive reforçando o tema do abuso do direito e dando nova concepção ao direito de propriedade. Diz Riccobono, que a moral cristã apontou com firmeza a questão do limite do exercício do direito e, daí, pensando no *primo dovere* do ser humano de benevolência e caridade para com outro, a consequência irresistível era a consagração mesma da vedação do ato emulativo[138]. Mas, o ponto chave é que o tema da vedação do *animo nocendi* veio matizado de maneira diversa do direito clássico. A mudança se deu exatamente no direito de propriedade e a questão da intenção de prejudicar passa a importar menos. O dano já importa por si só. E se importa, – ainda que de modo tênue, muito distanciado de uma responsabilidade objetiva – é porque certos valores como a piedade e a fraternidade passaram, cada vez mais, a adentrar no cômputo das soluções jurídicas, refletindo um sistema permeado por uma nova tábua de valores.

O exemplo diagrama, solução oposta àquela de Ulpiano, já que o proprietário do prédio pode fazer qualquer inovação, mas lhe é vedado privar o vizinho de ar e de luz. Também na questão da água de que se vê privado o vizinho da gleba inferior, a solução é oposta:

> *Se Il fondo inferiore è gravato dalla servitù di ricevere l'acqua supérflua, si avverte che cotesto diritto deve limitarsi in guisa che non nuoccia* ultra modum.

---

contributo de felicidade, e render os homens melhores com o exercício de todas as virtudes do Evangelho." (tradução livre)

"Il trionfo dell'equità sulle forme del diritto rigoroso può dirsi compiuto, nelle sue linee essenziali, nel período della giurisprudenza classica. La compilazione di Giustiniano ebbe Il compito, non facile in verità, di riassumere e fissare tutto Il cammino che il diritto di Roma aveva percorso, attingendo sempre nuovi elementi da fonti varie. Ma Giustiniano non si limito ad un lavoro riassuntivo; volle piutosto infondere uno spirito nuovo all'opera, che com ostinato orgoglio dichiara di sua creazione.

La dottrina Cristiana che aveva diffuso uma diversa concezione della vita, nuovi ideali di pace, di carità ispirò al legislatore nuovi motivi per regolare gl'interessi e i fatti umani.

Così nel diritto codificato da Giustiniano è spiccata la tendenza alla considerazione del bene e del vantaggio altrui, alla protezione dei deboli, alla mitezza ed alla pietà. (...)

L'equità classica è retributiva. Ciò si addice perfettamente alla funzione del diritto, che pone norma e limitti alla condota umana. La vita è un'aspra battaglia; il diritto che vien formandosi tra il flutto della vita quotidiana, fra uomini alacri di opere e di passioni, fra tanta vertigine di commerci, di lotte, di frodi, deve assumere forme severe, infrenare prontamente le cattive azioni, proteggere la lealtà, gli inesperti, i deboli.

La concezione dell'equità nel diritto di Giustiniano è ben diversa. Essa che spesso si denomina humanitas, pietas, benignitas, *mira a portare nel mondo la pace, il maggior contributo di felicita, e rendere gli uomini migliori con l'esercizio di tutte le virtù evangeliche.*In. Cristianesimo e Diritto Privato. **Riv. di Diritto Civile**. anno III. Milano: Società Editrice Libraria, 1911, pp. 46-47.

[138] Cristianesimo e Diritto Privato. **Riv. di Diritto Civile**. anno III. Milano: Società Editrice Libraria, 1911, p. 51

Chi há la servitù d'acquedotto può collocare tubi per condurre l'acqua, ma tosto si soggiunge una condizione pietosa: ita tamen ut nullum damnum domino fundi ex his detur.

Se o fundo é gravado pela servidão para receber água supérflua, adverte-se que este direito deve ser limitado em guias para que não prejudiquem ultra modum. *Quem possui servidão de aqueduto pode colocar tubos para conduzir água, mas logo acrescenta uma condição piedosa:* ita tamen ut nullum damnum domino fundi ex his detur. (tradução livre). [139]

Aliás, esta mudança de rumos talvez derivasse até do perfil de Justiniano. A este respeito, tratando-se do imperador, de confissão cristã, recolhe-se em P. N. Ure os seguintes pontos, a saber:

Primeiro, lembra que o personagem histórico Justiniano era dotado de um sentido de missão de recuperar as províncias romanas perdidas e de colocá-las em ordem.[140] Recuperar a pujança do império. Segundo, sua posição – que ele mesmo fazia questão de manter – era a de paladino da religião cristã.[141] Terceiro, embora a obra legislativa do imperador fosse tributária das longas tradições romanas, cujas raízes tiveram os bizantinos a sabedoria de preservar, na sua codificação, uma obra marcadamente conservadora, havia um contraponto: *"el Código de Justiniano se redactó para um Imperio que era inequivocamente, e incluso agresivamente, cristiano, de acuerdo con sus creencias"*[142].

---

[139] Cristianesimo e Diritto Privato. **Riv. di Diritto Civile.** anno III. Milano: Società Editrice Libraria, 1911, p. 53.

[140] *"La desintegración del Imperio venía produciéndose a lo largo de más de um siglo cuando em el año 527 d. J. C. Justiniano emprendió la doble tarea de recuperar las províncias perdidas a la comunidad y al mismo tiempo poner ésta em orden. Todo conduce a señalarle como um hombre que creia tener uma misión divina con respecto a estas dos tareas. 'Gobernando bajo la autoridad de Dios nuestro Imperio, que nos há sido entregado por su Celestial Majestad, emprendemos nuestras guerras con êxito, embellecemos la paz, soportamos el peso del Estado y levantamos nuestras mentes em contemplación de la ayuda de la Deidad Omnipontente, y nuestra confianza no la depositamos ni en nuestras armas, ni en nuestros soldados, ni en nuestros generales, ni em nuestra propia habilidad, sino que todas nuestras esperanzas las ponemos tan solo em la Providencia de la Trinidad Suprema, de donde proceden los elementos de todo el Universo y de donde deriva su disposición a través del orbe.' (JUSTINIANO,* Constitutio Deo Auctore, *explicando la extructura del* Digesto*)."* **Justiniano y su epoca.** Trad. Pablo Sela Hoffman. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1963, p. 17.

[141] URE, P. N. **Justiniano y su epoca.** Trad. Pablo Sela Hoffman. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1963, p. 151.

[142] URE, P. N. **Justiniano y su epoca.** Trad. Pablo Sela Hoffman. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1963, p. 165. Daí, embora acumulando a experiência de séculos, nas *Novelas* o conteúdo mais inovador é lançado, naquilo em que os textos antigos não resolviam conforme o novo enfoque (p. 168).

Em suma, não é de se desconsiderar o influxo do pensamento cristão na longa tradição romana. É no trabalho de Justiniano que estes dois, pensamento novo e tradição, se encontram de modo definitivo[143].

2.2.2. Direito Francês

A referência ao direito francês não é sem razão. De sua jurisprudência, notadamente o caso *Clément Bayard*, renasceu o conceito, objeto de amplo debate, cujos frutos são até hoje dignos de nota.

A valorização do dogma da autonomia da vontade e da lei como solução prévia para qualquer conflito era a tônica. A este respeito, com o já citado Jean Cruet, surge uma parcela da explicação possível para tanto.

Historicamente, uma abordagem individualista e liberal constituía a antítese do passado do *Ancien Regime.* A análise, então, se detém primeiro na desconfiança que o legislador tinha do julgador como um traço do direito francês. O seu Tribunal de Cassação foi criado, nessa esteira. Não para fazer descolar, mas para manter o juiz

---

[143] Salvatore Riccobono lembra o seguinte: *"Il diritto giustiniano apparve, invece, in tutta la sua significazione e nella sua vera luce rispetto al divieto dell'abuso del diritto. Il contrasto non manco, qualche volta; ma sempre da parte di romanisti poderosi ed omnivegenti, che potevano incontrarsi com Giustiniano. I codici francese ed italiano, non accolsero il divieto, forse perchè ebbero più squisito e perfetto il senso di armonia e di lógica giuridica. Infatti quella nota definizione della proprietà non poteva, se accolta, ammettere un limite interno, di un cosi vivo colore altruístico. Ebbene, malgrado tutto questo, la giurisprudenza delle due Nazioni ha sempre affermato con grande concordanza, il divieto dell'esercizio doloso del diritto; perchè la forza della realtà storica doveva qui rompere le barriere poste a difesa dello arbítrio del proprietário; barriere elevate sulla base di uma falsa rappresentazione dello stato del diritto nella coscienza del popolo. L'esempio quindi più che mirabile ne appare normale; perchè la legge non ha forza per resistere, tutte Le volte che il precetto legislativo, fondato su deduzioni logiche della teoria, si viene a trovare in aperto contrasto col sentimento sociale. I nouvi codici, il germânico nell'art. 226 e lo svizzero nell'art. 2, hanno sancito la norma, per la quale l'abuso di diritto non há protezione dalla legge. Così il corso ordinário dello svolgimento del diritto si manifesta in forma solenne, nella virtù della parola." "O direito justinianeu apareceu, no entanto, em todo o seu significado e em sua verdadeira luz no que diz respeito à proibição do abuso do direito. O contraste não falha, às vezes, mas sempre da parte de romanistas poderosos e visionários, que penetram nas camadas mais profundas do* corpus juris *onde não poderiam encontrar-se com Justiniano. Os códigos francês e italiano não dão as boas-vindas a proibição, talvez porque tenham o sentido belo e perfeito de harmonia e lógica jurídica. Na verdade, a definição conhecida da propriedade não poderia, se bem sucedida, admitir um limite interior, uma tão vívida cor altruísta. Bem, apesar de tudo isso, a jurisprudência das duas nações sempre manteve com grande consistência, a proibição do exercício doloso do direito, porque a força da realidade histórica rompeu a barreira posta em defesa do arbítrio proprietário; barreira elevada sobre a base de uma falsa representação do estado de direito na consciência do povo. O exemplo, portanto, mais do que admirável, é normal porque a lei não tem força para resistir, sempre que o preceito da legislação, com base em deduções lógicas de teoria, encontra-se em conflito aberto com o sentimento social. Novos códigos, o germânico no artigo 226 e o suíço no artigo 2, sancionaram a norma pela qual o abuso do direito não é protegido pela lei. Destarte, o curso normal do desenvolvimento do direito se manifesta de forma solene, por via da palavra."* (tradução livre) Cristianesimo e Diritto Privato. **Riv. di Diritto Civile.** anno III. Milano: Società Editrice Libraria, 1911, p. 67.

adstrito à lei[144]. Então, *"num Estado que tem uma legislação, exclamava Robespierre, a jurisprudência dos Tribunaes é a lei, não é outra coisa."*[145]

O Código de Napoleão constituiu a codificação liberal por excelência, em que a ênfase na autonomia era viga mestra. Julien Bonnecase, analisando o *Code Napoléon,* aponta para três qualificativos seus: metafísico, individualista e espiritualista. Explica que era metafísico porquanto adotava filosofia para a qual o problema da organização do mundo e sua consequente solução deveriam admitir a existência necessária de elementos imateriais e essenciais desta organização, aos quais não se chega senão por via de um vigoroso esforço da razão sobre a base dos fatos. Uma descoberta da verdade, não uma construção.

O qualificativo individualista, por sua vez, derivaria do evidente quadro de fundo liberal, mas, além disso, essa concepção teria foco nos esforços intelectuais para explicar e regrar a vida social, abstraídas considerações de outras ordens. Em suma, era uma doutrina estritamente jurídica, não informada por outros elementos, vendo no indivíduo a essência da sociedade e o fim do Direito, mas por viés completamente diferente da perspectiva de hoje[146]. E, por fim, o qualificativo espiritualista.

Deste último traço, diz o autor que, primeiro, nada obrigava aos redatores do *Code* a coroar sua filosofia por uma profissão de fé espiritualista. Entretanto, sob a pressão das concepções da época, o indivíduo foi percebido pelos redatores do Código Civil através da doutrina espiritualista. Isto é, podendo seu caráter metafísico refletir-se sob as vestes de um panteísmo ou materialismo, a vertente foi o espiritualismo, redundando em que não se tomou a pessoa na sua inteireza, mas, a vontade humana, como impulso essencial do Direito Civil, por via do ato jurídico. Tudo em oblação da força de uma iniciativa, de um poder demiurgo do indivíduo em seus próprios negócios, desconsiderando as condições circundantes, sobretudo as

---

[144] CRUET, Jean. **A vida do direito e a inutilidade das leis.** Lisboa: Editorial Ibero-Americana, 1938, p. 40.

[145] CRUET, Jean. **A vida do direito e a inutilidade das leis**. Lisboa: Editorial Ibero-Americana, 1938, p. 41.

[146] Cumpre esclarecer que a visão dos redatores do *Code Napoléon* era muito restrita em relação aos aspectos sociais. Não se levava em conta a vida social em que o indivíduo estava inserido, apenas sua individualidade dpor si mesma considerada. Tinha-se, então, uma visão social sob a forma simplista de mera justaposição entre pessoas, nas palavras do próprio BONNECASE. Disso derivou a proclamação solene, no artigo 686, da *"liberté des biens"*. **La Philosophie du Code Napoléon apliquée au droit de famille.** Deuxième édition. Paris: E. De Boccard, Éditeur, 1928, p. 65.

sociais. Uma intangibilidade estatal dos apetites individuais que, depois, foi superada[147].

Então, sob a influência das doutrinas socializantes, arrefeceu o individualismo ou, talvez seja melhor dizer, remodelado foi. Aponta Véronique Ranouil nuances que implicaram o desabrochar de um contraponto, colocando em crise a autonomia da vontade como concebida até então. Destaca ela, primeiro, que a vontade era tida como a única fonte criadora do direito; segundo, aponta que esse exagero foi criticado, pioneiramente, por Ihering. Entende que sua obra, traduzida para o francês, *L'esprit du droit romain*, foi um dos primeiros ataques sérios à doutrina individualista[148].

Passou-se, então, a entender não só a vontade individual como fonte do direito. Diz a autora que a evolução da socialização e da solidariedade social desabrochou e suscitou abundante literatura, entretanto, muito por conta da imprecisão do significado dos termos que serviam para designar as iniciativas mais diversas. Por rigor, transcreve-se:

> *O século XIX foi mais ou menos conscientemente dominado pela doutrina do individualismo jurídico. Ela se resume em três proposições: primeiramente, o homem natural é a-social e possui direitos subjetivos próprios; em seguida, a vontade individual é o fundamento do direito, é o que se designa por teoria da autonomia da vontade; por fim, a coexistência de livres vontades individuais é a finalidade do direito.*
>
> *No entanto, nos anos 1900 os temas que vão ao encontro desses axiomas se propagam. Paralelamente ao sucesso crescente das teorias socialistas propriamente ditas, as ideias de socialização e de solidariedade social desabrocham e suscitam uma abundante literatura. Seu significado muito impreciso, revelado por todos os autores, é uma das razões de sua fortuna: ele*

---

[147] Observa BONNECASE que, já os Códigos Civis, Suíço e Alemão, tinham outra perspectiva, demonstrando terem sido escritos de forma que o todo se reconduz ao sacrifício do indivíduo em proveito da função social. **La Philosophie du Code Napoléon apliquée au droit de famille.** Deuxième édition. Paris: E. De Boccard, Éditeur, 1928, p. 68. Confirmando essa opinião, Véronique Ranouil aponta que a codificação alemã, promulgada em 1900, foi um marco na socialização do direito, ensejando discussões na França sobre a manutenção ou não de seu próprio código. **L'autonomie de la volonté:** naissance d'un concept et evolution. 1re édition. Paris : Presses Universitaires de France, 1980, p. 131.

[148] **L'autonomie de la volonté:** naissance d'un concept et evolution. 1re édition. Paris : Presses Universitaires de France, 1980, p. 129.

as torna aptas a designar as generosidades mais diversas. Mas, estas , ao menos, concordamcom uma moderação do individualismo jurídico absoluto: a vontade individual não é a única fonte dos direitos subjetivos visto que o homem é um ser social; ela não é o único fundamento do direito e sua liberdade não é a única finalidade do direito já que ela deve ser exercida conforme o interesse social e pode mesmo ser exigida pelo legislador em nome da proteção do fraco[149]. (tradução livre)

Surgiram diversas leis de caráter social, como: a lei de 9 de abril de 1898 sobre acidentes do trabalho, a lei de 5 de abril de 1910 insiste num sistema de seguro social obrigatório para os obreiros e contribuintes[150]. Lembrando que, se o conceito de autonomia da vontade em direito civil interno, demorou a ser construído pela doutrina civil, muito mais do que pela doutrina internacionalista, que trabalhava a expressão com escopo bastante restrito, sua discussão e re-análise implicaram a revisão dos fins do Direito em si. Isto porque, para o direito interno a autonomia da vontade tinha um muito maior alcance.[151] Ainda sobre a socialização do Direito, importa frisar que, em sociedades primitivas, o indivíduo era protegido somente na

---

[149] *"Le XIX siécle a été plus ou moins conscientement dominé par la doctrine de l'individualisme juridique. Elle se résume en trois propositions : d'abord l'homme naturel est a-social et possède des droits subjectifs propres ; ensuite, la volonté individuelle est le fondement du droit, ce que l'on désigne par théorie de l'autonomie de la volonté ; enfin, la coexistence des libres volontés individuelles est le but du droit. Or, dans les années 1900 des thémes qui vont à l'encontre de ces axiomes se répandent. Parallèlement au succès grandissant des théories socialistes proprement dites, les idées de socialisation et de solidarité sociale s'épanouissement et suscitent une abondante littérature. Leur signification très imprecise, relevée par tous les auteurs, est une des raisons de leur fortune : elle les rend aptes à désigner les générosités les plus diverses. Mais celles-ci s'accordent au moins sur une modération de l'individualisme juridique absolu: la volonté individuelle n'est pas l'unique source des droits subjectifs puisque l'homme est un être social ; elle n'est pas le seul fondement du droit et sa liberté n'est pas le seul but du droit puisqu'elle doit s'exercer conformément à l'intérêt social e peut même être contrainte par le législateur au nom de la protection du faible. »* **L'autonomie de la volonté:** naissance d'un concept et evolution. 1re édition. Paris : Presses Universitaires de France, 1980, p. 130.

[150] RANOUIL, Véronique. **L'autonomie de la volonté:** naissance d'un concept et evolution. 1re édition. Paris: Presses Universitaires de France, 1980, p. 131.

[151] *"Esta lentidão da doutrina civilista para definir a autonomia da vontade se explica. Em direito internacional essa fórmula designa uma regra bastante precisa: as partes podem escolher a lei do contrato. Na ordem interna, ao contrário, ela traduz a idéia de que a vontade é fundamento do direito: ela é assim um dos aspectos essenciais da filosofia de direito clássico, esta do individualismo jurídico."* (tradução livre) *"Cette lenteur de la doctrine civiliste à definir l'autonomie de la volonté s'explique. En droit international cette formule désigne une régle très precise : les parties peuvent choisir la loi du contrat. Dans l'ordre interne, au contraire, elle traduit l'idée que la volonté est le fondement du droit : elle est ainsi un des aspects essentiels de la philosophie du droit classique, celle de l'individualisme juridique ».* RANOUIL, Véronique. **L'autonomie de la Volonté:** naissance d'un concept et evolution. 1re édition. Paris: Presses Universitaires de France, 1980, p. 132.

sua condição de membro do grupo[152]. Posteriormente, o Estado passa a ingerir no seio do grupo. Exemplo: a influência na família e os pecúlios, como elementos autônomos do patrimônio do filho famílias[153]. Assim, a mudança nas relações de família, desde outrora, implicava uma nova concepção de poder e de justiça. Toda evolução de fatos leva à evolução de ideias, já que *"todo sistema econômico se organiza socialmente falando em torno da ideia de justiça."*[154] Um sistema de legitimação das pretensões.

Ultrapassada a fase do individualismo exagerado, individualismo este que sempre existirá, já que o inverso, supressão completa do sujeito pelo grupo, leva exatamente ao mesmo resultado: o indivíduo defendido por sua *gens*, mas não da sua *gens*. Surge uma noção temperada em que o indivíduo é posto sob novo ângulo porque, até então, a liberdade plena era para muito poucos[155].

Está aberto o caminho para o embate sobre a possibilidade teórica do abuso do direito, já que a pretensão do direito subjetivo, seus efeitos práticos na verdade, poderiam sofrer distorção. A perspectiva coletivística assume, então, a ponta. Interessante observar que essa perspectiva, no plano jurisprudencial, veio a lume em questões de vizinhança. Ou seja, foi no uso da propriedade – direito central para a concepção individualista – que surgiram os primeiros reflexos práticos da vedação do abuso do direito.

O caso *Clément Bayard* tratou da limitação inerente ao direito de propriedade que, note-se, é exercido de maneira próxima ao ato emulativo. O proprietário de um

---

[152] *"Esta é visivelmente a primeira fase; a cidade compreende um certo número de associações naturais ou artificiais, famílias, classes sociais, corporações operárias. A lei determina os direitos e as obrigações dessas associações, suas relações respectivas, a esfera de ação de cada uma delas. Mas ela não se preocupa com o que pode se passar dentro de cada grupo: as relações que seus membros podem ter entre si não são regulamentadas. Assim o indivíduo protegido por sua* gens *ou sua corporação corre o risco de ser oprimido por ela."* (tradução livre)
« C'est là visiblement la première pahse; la cité comprend un certain nombre d'associations naturelles ou artificielles, familles, classes sociales, corporations ouvrières. La loi détermine les droits et les obligations de ces associations, leurs rapports respectifs, la sphère d'action de chacune d'elles. Mais elle ne se préoccupe pas de ce qui peut passer dans chaque groupe: les rapports que leurs membres peuvent avoir entre eux ne sont pas réglementés. Ainsi l'individu protégé par sa gens *ou sa corporation risque d'être opprimé par elle. »*CHARMONT, J. *La socialisation du droit.* **Revue de Métaphysique et de Morale.** Onzième année. Paris: Librairie Armand Colin, 1903, p. 383.

[153] CHARMONT, J. *La socialisation du droit.* **Revue de Métaphysique et de Morale.** Onzième année. Paris: Librairie Armand Colin, 1903, p. 384.

[154] CHARMONT, J. *La socialisation du droit.* **Revue de Métaphysique et de Morale.** Onzième année. Paris: Librairie Armand Colin, 1903, p. 397.

[155] Basta o dado seguinte: para uma eleição em 1818, para ser eleitor devia-se ter trinta anos ou mais e pagar 300 francos de imposto, para ser elegível, devia-se ter quarenta anos ou mais e pagar 1.000 francos de imposto. Na maior parte dos departamentos o número de eleitores não chegava a mil. CHARMONT, J. *La socialisation du droit.* **Revue de Métaphysique et de Morale.** Onzième année. Paris: Librairie Armand Colin, 1903, p. 395.

terreno lindeiro a um campo de pouso de dirigíveis, sem nenhuma justificativa aparente, ergueu torres com lanças de ferro em seu terreno, prejudicando os dirigíveis. A Corte de Amiens julgou o caso e entendeu, na espécie, existir abuso de direito[156].

Da discussão teórica sobre se o abuso de direito constituiria ou não uma *logomaquia*, disto nos dá conta a doutrina[157]. No cenário proposto por Marcel Planiol, a expressão "abuso do direito" constituiria uma contradição em termos porquanto ninguém abusa de um direito e, se abusou, é porque já havia ultrapassado a linha da licitude. Ou se usa o direito e o ato é lícito ou, dele abusando, a figura é a do ato ilícito tal como sempre foi[158]. O abuso pressupõe a ilicitude em sua modalidade normal. É desnecessária outra espécie de ato ilícito.

A vantagem da proposição do opositor de Planiol, Josserand, constitui-se, em breve análise, na recusa de abstrair a dimensão prática, eficacial dos direitos postos em movimento. Sua percepção tem mais acuidade porque entrevê no direito objetivo, o direito subjetivo (ou poder) e no exercício da pretensão (faculdade ou dever) deste direito, momentos distintos. Da distinção, o que se tem é o seguinte: **(i)** na feitura do direito objetivo se estabelece prospectivamente o modo de convivência dos interesses sob tutela; **(ii)** daí, surge a situação jurídica que propicia o direito subjetivo daquele ator específico; note-se que não há fraude à lei, a posição jurídica não foi fraudulentamente induzida; **(iii)** no exercício da pretensão, poderá existir o abuso do direito porque excede manifestamente limites e finalidades que a própria juridicidade quer ver consagrados.

Acerca da objeção de que o ato abusivo nada mais é do que um ato efetuado sem direito, pontua ele, no seu *L'Esprit des Lois et leur relativité:théorie dite de l'abus des droits,* que a conclusão pela contradição em termos é superficial porquanto a palavra "direito" não é unívoca, podendo ter mais de um significado. Deflui disso que a prerrogativa determinada pode ser objeto de abuso. Como se não

---

[156] CARPENA, Heloísa. O abuso do Direito no Código de 2002. Relativização de direitos na ótica civil-constitucional. In: **A Parte Geral do Novo Código Civil:** estudos na perspectiva civil-constitucional. Gustavo Tepedino (Coord.). 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 378. Lembre-se que o caso *Clément Bayard* não é o único paradigmático, embora o mais conhecido. Há também o caso da chaminé de *Colmar*, referido por Louis Josserand, datado de 1855 e aquele da utilização do subsolo, caso das fontes de *Saint-Galmier*, decidido pela Corte de Lyon. **Del Abuso del Derecho y Otros Ensayos.** Bogotá, Colombia: Editoral Temis S.A., 1999, pp. 09-10.

[157] Nesse particular, remete-se ao escorço histórico efetuado por Inácio de CARVALHO NETO. In. **Abuso do Direito.** 5ª edição. 1ª reimpressão. Curitiba: Juruá Editora, 2010.

[158] CARVALHO NETO, Inácio de. **Abuso do Direito.** 5ª edição. 1ª reimpressão. Curitiba: Juruá Editora, 2010, p. 56.

bastasse, dá por perfeitamente distinguíveis entre si o ato ilícito por ausência de direito e o ato ilícito por abuso de direito[159].

Noutra obra, insiste em que simplesmente trabalhando a dicotomia "direito objetivo & direito subjetivo" já se verá que não há contradição alguma na expressão.[160] Assim, classifica a tese da logomaquia como um sofisma banal.[161] Assiste-lhe razão.

Para fugir ao impasse da tese de Planiol, citado por Carvalho Neto, Marc Desserteaux propôs a substituição da expressão "abuso do direito" por "conflito de direitos"[162]. Também Pedro Baptista Martins faz referência à referida proposta do autor francês para dar fim ao problema teórico que se punha. Observou que a solução não fugiria *"também à reprovação contraditória, porque a lei não pode admitir dois direitos inconciliáveis."*[163]

Na verdade, as ponderações de Desserteaux conduzem a um conflito de normas, com o inconveniente de que já existe um rol de soluções esquemáticas previamente estabelecidas para este problema. Como se percebe no trecho final de seu texto, o autor trabalhava ainda sob o marco teórico dos direitos absolutos. Daí, o grande esforço argumentativo feito por ele para, sem abrir mão dessa idéia, mitigar a parêmia *"neminem laedit qui suo jure utitur".*

Diz de modo bem claro:

> *Para encerrar a questão, me arriscaria a dar a conhecer minha opinião sobre o lugar que deve ocupar no conjunto das ciências jurídicas a teoria do conflito de direitos. Certos autores parecem crer que a noção de abuso do direito é essencialmente um princípio de progresso e renovação, de natureza a revolucionar as antigas concepções jurídicas; que ela poderia por*

---

[159] *« um transgride o princípio certo d que todo direito é limitado no seu conteúdo, o outro se insurge, intencioalmente ou não, contra o fim da instituição da qual ele desconhecia a finalidade e a função."* (tradução livre). *« l'un a transgressé ce principe certain que tout droit est limité dans son contenu, l'autre s'est insurgé, intentionnellement ou non, contre le but de l'institution dont il a méconnu la finalité et la fonction. »* **L'Esprit des Droits et Leur Relativité:** *théorie dite de l'abus des droits.* Deuxième Edition. Paris: Dalloz, 1939, p. 334.

[160] JOSSERAND, Louis. **Del Abuso del Derecho y Otros Ensayos.** Bogotá, Colombia: Editoral Temis S.A., 1999, p. 24.

[161] **L'Esprit des Droits et Leur Relativité:** *théorie dite de l'abus des droits.* Deuxième Edition. Paris: Dalloz, 1939, p. 333.

[162] CARVALHO NETO, Inácio de. **Abuso do Direito**. 5ª edição. 1ª reimpressão. Curitiba: Juruá Editora, 2010, p. 57.

[163] MARTINS, Pedro Baptista. **O Abuso do Direito e o Ato Ilícito.** 2ª edição. São Paulo: Freitas Bastos, 1941, p. 42.

consequência fazer olhar de um modo geral como relativas e limitadas faculdades que tinham sempre sido consideradas como absolutas e ilimitadas; que ela se ligaria a uma substituição geral das ideias de solidariedade social às ideias de individualismo. Não acredito que esta novidade tenha tal significado: como já tentei mostrar, a ideia de conflito de direitos se concilia com o caráter absoluto dos direitos; ela nos conduz somente a restringir o campo da máxima: 'Neminem laedit qui suo jure utitur' *onde o direito só alcança os interesses; o conflito de direitos me parece antes um problema extremamente geral, resultando da natureza dos direitos tais como foram sempre compreendidos, e da impossibilidade para o legislador de prever todas as contradições deles decorrentes; a este título, há em toda legislação, mas sobretudo numa legislação um tanto densa e formada em diversas épocas, um problema de conflito de direitos como há um problema de aquisição ou de perda de direitos, de sua prova, ou de aplicação de leis no tempo ou no espaço; se esta questão é colocada em nossa época mais que em todas as outras é, provavelmente, porque as relações de direito são particularmente complexas e porque se faz dos direitos uma concepção diferente de outrora.*[164] (tradução livre)

Especificamente sobre a ideia de abuso de direito envolvendo a inutilidade do ato, como no caso *Clément Bayard*, ela implica uma aproximação do ato *ad emulationem*. O agente não retira de sua atitude nenhum proveito. Acontece que

---

[164] *"Pour terminer sur la question, je me hasarderai à faire connaître mon opinion sur la place que doit occuper dans l'ensemble des sciences juridiques la théorie du conflit de droits. Certains auteurs paraissent croire que la notion d'abus de droit est essentiellement un principe de progrès et de rénovation, de nature à revolutionner les anciennes conceptions juridiques ; qu'elle aurait pour conséquence de faire regarder d'une façon générale comme relatives et limitées les facultés qu'on avait toujours considérées comme absolues et illimitées ; qu'elle se rattacherait à une substitution générale des idées de solidarité sociale aux idées d'individualisme. Je ne crois pas que cette nouveauté ait une telle signification: comme j'ai essayé de le montrer, l'idée de conflit de droits se concilie avec le caractère absolu des droits; elle nous conduit seulement à restreindre le champ de la maxime :* 'Neminem laedit qui suo jure utitur' *au cas où le droit n'atteint que des intérêts; le conflit de droits me paraît avant tout un problème extrêmement général, résultant de la nature des droits tels qu'on les a toujour compris, et de l'impossibilité pour le législateur de prévoir toutes leurs contrariétes; à ce titre, il y a dans toute législation, mais surtout dans une législation un peu touffue et formée à diverses époques, un problème du conflit des droits comme il y a un problème de l'acquisition ou de la perte des droits, de leur preuve, ou de l'application des lois dans le temps ou dans l'espace; si cette question s'est posée à notre époque plutôt qu'à toute autre, c'est probablement parce que les rapports de droit sont particulièrement complexes plutôt que parce qu'on se fait des droits une autre conception qu'autrefois. »* Abus de Droit ou Conflit de Droits. **Revue Trimestrielle de Droit Civil.** Tome Cinquième. Paris: Librairie de La Sociétê du Recueil Général des Lois & Des Arrêts, 1906, p. 138-139.

sempre se poderá argumentar que o agente, na espécie, tirava um proveito singular pouco usual, mas que se justificava frente ao seu direito e ao contexto. Claro, esse argumento será mais ou menos verossímil conforme o caso, mas já demonstra a fragilidade de condicionar a constatação do abuso do direito à intenção de lesar (*"l'intention de nuire"*) e o desvio da finalidade econômica e social (*"détournement du but économique et social"*) sob perspectiva subjetiva[165]. A análise da subjetividade dificulta o exame do desvio que sempre terá de ser gravíssimo, muito patente, para alcançar reconhecimento judicial.

Deste ângulo, o desvio da finalidade econômica e social deverá sempre estar acompanhado de dolo ou culpa grave.

Porém, é interessante a observação de J. Charmont, em artigo datado de 1902, na *Revue Trimestrielle de Droit Civil,* para quem *"o ato intencionalmente danoso é um abuso de direito, não por razão da intenção que o inspira, mas por si mesmo, porque constitui objetivamente um fato anormal, excessivo"*[166]. Tal percepção está, evidentemente, mais próxima do nosso atual conceito de abuso do direito onde o elemento objetivo do desvio de finalidade é decisivo, sem perquirição de uma responsabilidade objetiva.

Muito por conta de que ao alçar à condição de elemento essencial a perquirição da subjetividade, na verdade, o que acaba decidindo pela presença ou não desta é a anormalidade da conduta e seus efeitos. O *quod plerumque fit* acaba por ser decisivo e, com ele, uma análise buscando apoio em dados objetivos da causa, claro, porque só através destes se afirma o dolo ou a culpa grave (próxima do dolo eventual do direito penal).

Logo, assumir uma feição objetiva do abuso do direito é um passo natural, uma evolução que se impunha, até porque, na prática, o juiz louva-se mesmo é nesses elementos, naquilo que extroverteu a parte[167].

---

[165] Anota-se que o critério do desvio deve parte de sua fortuna à jurisprudência administrativa do Conselho de Estado. No entanto, o juiz administrativo aplicava uma legislação não codificada, possuindo poderes bem mais largos que o juiz civil. Mais ainda, a própria divisão estrita de competências inerente a hierarquia administrativa facilitaria a constatação do abuso, o que não se dá sob a legalidade típica das relações civis. DESSERTEAUX, Marc. Abus de Droit ou Conflit de Droits. **Revue Trimestrielle de Droit Civil.** Tome Cinquième. Paris: Librairie de La Sociétê du Recueil Général des Lois & Des Arrêts, 1906, p.122.

[166] L'Abus du Droit**. Revue Trimestrielle de Droit Civil.** Tome Premier. Paris : Librairie de La Sociétê du Recueil Général des Lois & Des Arrêts, 1902, p. 123.

[167] O dolo, pura volição, é insindicável pelo juiz. O que se examina e com base em que se julga são os rastros dessa mesma intenção malsã.

A intenção dolosa nem pressuposta fica – o que seria objeto de presunção *iuris tantum* – mas simplesmente não é levada em conta[168]. A ilicitude repousa na própria anormalidade da conduta danosa (art. 187), isto, note-se, mesmo para direitos potestativos, privados de uma pretensão que se afirme como o objetivo econômico a atingir.

Neste particular, Ripert, embora não concordasse com a possibilidade de trabalhar o conceito de abuso no direito potestativo, direitos *"cujo exercício arbitrário a lei permite"*[169], proclamou, ou melhor, profetizou o seguinte:

> *Chegamos nós à última forma da teoria do abuso do direito? Pode-se duvidar. Tal como a formulamos, ela tem por fim impedir o ato voluntário de hostilidade para com alguém. Evita a ação inùtilmente prejudicial. A moral exige alguma coisa mais. Aquele que usa o seu direito para fazer mal transgride o dever de justiça, mas aquele que não usa para praticar o bem não cumpre o dever de caridade. Não chegará o dia em que o direito considerará para que fins usamos os direitos que nos são confiados?*
>
> *Não bastará então alegar como defesa que se agiu sem dolo; será preciso provar que se agiu para fins legítimos. Aquele que desviar o direito dos fins para os quais o legislador lho conferiu comprometerá a sua responsabilidade.*[170]

2.2.3. Direito Luso Brasileiro

O Código Civil de 1916 (Código Bevilaqua) não inaugurou o direito civil no país. Durante longo tempo valeram as Ordenações Filipinas no território brasileiro, assim, interessa perquirir da possibilidade de um simulacro do instituto ora

---

[168] A intenção não é levada em conta pelo seguinte: se o fosse, o máximo que poderia existir é mesmo uma presunção relativa ainda que posta por lei. Algo próximo da presunção de culpa: culpa *in eligendo*, culpa *in vigilando*, etc. Nunca se poderia, no entanto, trabalhar com uma presunção *iuris et de iure* absoluta, sob pena de inconstitucionalidade, na medida em que a lei estaria suprimindo a cognição judicial dos fatos e nuances da causa. Assim, o caso é de simplesmente entender despicienda a subjetividade para o abuso de direito, até porque ele possui como um de seus limites aquele da boa fé objetiva.

[169] RIPERT, Georges. **A Regra Moral nas Obrigações Civís.** Trad. da Terceira Edição Francesa por Osório de Oliveira. São Paulo: Saraiva & Cia, 1937, p. 180.

[170] RIPERT, Georges. **A Regra Moral nas Obrigações Civís.** Trad. da Terceira Edição Francesa por Osório de Oliveira. São Paulo: Saraiva & Cia, 1937, p. 185-186.

analisado, sobretudo no que concerne a uma intuída proibição do excesso, até por conta das fontes romanas antes citadas, das quais as ordenações eram tributárias.

Destarte, com a forte ideia de que a repulsa ao abuso tem algo de intuído, de equitativo num sentido que até o mais bruto dos homens pode captar, vale lembrar que Coelho da Rocha já observava que, embora tolerados os escravos, princípios de humanidade somados a algumas leis suavizaram a condição destes. Isto representando um início de refinamento do sentimento de justiça.[171]

Especificamente sobre a figura do abuso do direito, obtempera Pedro Baptista Martins que o direito anterior ao Código Civil de 1916 trabalhava com o ato emulativo em casos de direito de vizinhança, mais como mera sobrevivência do direito romano.[172] Referencia ainda a doutrina de Corrêa Teles, Borges Carneiro e Coelho da Rocha.

Deste último, além da passagem acima sobre o trato dispensado aos escravos, demonstrando uma intuitiva aversão ao abuso, mais um sentimento de justiça e comiseração, menos uma lapidada construção teórica, tem-se a afirmação de que *"aquelle, a quem compete um direito, póde exercel-o em toda a extensão, ou, se é limitado, dentro nos seus limites; ainda mesmo que do seu exercício resulte prejuizo*

---

[171] *"Em Direito Romano os escravos não eram pessoas, porque não eram capazes de direitos. Este principio pouco uso póde ter em Direito pátrio; porque entre nós todos são livres, e apenas tolerados os escravos pretos em nossas possessões Africanas. Esses mesmos, logo que desembarquem no continente do reino, ou nas ilhas dos Açores, ou Madeira, ficam livres, excepto se andarem servindo na equipagem dos navios. Alv. De 19 de Set. de 1761, e de 10 Março de 1800. E ainda que estes não gozem dos direitos das pessoas livres, os princípios da humanidade e as leis têm suavisado muito a sua condição. Assim o senhor não os póde castigar com mais dureza, do que aos criados livres. Ord. L. 5., tit. 36, § 1. Se para os corrigir, fôr necessário recolhel-os á cadêa, não devem ser mais maltractados, do que os outros presos, e o senhor deve-os sustentar. Decr. de 30 de Setembro de 1693, e Alv. de 3 de Out. de 1758."* In. **Instituições de Direito Civil Portuguez.** t. I. Sexta edição. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1886, p. 35. Contudo, bom observar que certos "direitos" eram outorgados aos escravos mais por oportunismo do que por humanidade. Fica aqui a lição do historiador Emanuel de ARAÚJO, para quem *"O mais esdrúxulo era a existência de indivíduos sob pleno cativeiro como proprietários de escravos. Tal situação, na realidade, criou-se pela possibilidade de o escravo poder comprar sua alforria, tal como já vimos. Ora, isso era contraditório, pois o escravizado não tinha legalmente personalidade civil, e assim lhe era vedado figurar como testemunha, fazer testamento, herdar, ser tutor e assim por diante. Assim, ele jamais poderia adquirir nada para si, vale dizer, tudo o que possuísse era do senhor. No entanto, costumeiramente abriu-se a exceção, atrás aludida, de o escravo capacitar-se a amealhar pecúlio suficiente para comprar sua liberdade, aceitando-se, assim, o fato (e o 'direito') de ter seu dinheiro. E foi nesse espírito que os senhores passaram a aceitar que o próprio escravo comprasse outro para auxiliá-lo a juntar dinheiro ou simplesmente ser dado em troca como reposição. Stuart B. Schwartz calculou que num lote de 613 alforrias da primeira metade do século XVIII na Bahia, pelo menos 18 (2,93%) mostram essa forma de pagamento."* In: **O Teatro dos Vícios:** transgressão e transigência na sociedade urbana colonial. 3. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2008, pp. 92-93.

[172] **O Abuso do Direito e o Ato Ilícito.** 2ª edição. São Paulo: Freitas Bastos, 1941, p. 138.

a outrem, comtanto que lh'o não cause sem nenhum interesse, e só por emulação."[173]

Os limites eram, como se vê, muito estritos. Resquício do direito romano e de passagens dos jurisconsultos, muito provavelmente. Ora, séculos depois das já referidas passagens de Celso, Gaio e Ulpiano, ainda se trabalhava com a *aemulatio*, tudo a demonstrar que, naquele período, se houve aplicação pontual de raciocínio equitativo, não houve uma doutrina de combate ao abuso do direito. Até porque, o abuso do direito pressupõe sofisticada noção de sistema e de legalidade. Uma legalidade mais nuançada, insatisfeita com a mera correção da dimensão formal, de olhos postos na finalidade da norma. Ou seja, a teoria do abuso do direito – como se verifica na própria evolução do tema, no direito francês – coloca em xeque toda uma espécie de racionalidade, o que o alcance teórico da época não permitia.

Mesmo assim vale destacar,como primeiro destaque, a definição de ato ilícito dada por Antonio Joaquim Ribas[174]: *"Denominão-se actos illicitos todos os que são contrarios ao Direito ou à moral".* Ora, a valer esse raciocínio com a disjuntiva *"e"*, também o ato contrário à moral poderia ser ilícito, o que abre algum campo para a cogitação do abuso do direito.

Entretanto, também ele trabalha com as máximas advindas do direito romano, entendendo não ser lícito exercer um direito com o único fim de lesar outrem, sem nenhuma utilidade resultante que não a satisfação do anseio malsão. Adverte: para que se possa *"oppôr esta limitação ao direito, é preciso que se prove clara e concludentemente a intenção de prejudicar a terceiro e a não utilidade do titular do direito."*[175]

Anote-se, porém, que dentro da lógica então dominante não há nenhuma contradição entre o trecho acima e a definição de ato ilícito como contrário ao direito ou à moral. É que era moral o exercício ilimitado dos direitos subjetivos como consagração da liberdade humana. A expansão do agir humano só poderia encontrar

---

[173] **Instituições de Direito Civil Portuguez.** t. I. Sexta edição. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1886, p. 30.
[174] **Curso de Direito Civil Brasileiro.** 3ª edição. Rio de Janeiro: Typ. do Jornal do Commercio de Rodrigues & C., 1905, p. 448.
[175] **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Typ. do Jornal do Commercio de Rodrigues & C., 1905, p. 448.

limites na lei, lei formal. Não se estava aqui sob o império dos princípios[176], e os elastérios conceituais, evidentemente, eram vistos com desconfiança.

Segundo destaque: com relação ao abuso do direito de demanda havia restrições no direito português antigo e no direito brasileiro. Destacam-se as seguintes restrições arroladas por José Olympio de Castro Filho:

> *E no caso, em que vencido foi em culpa sòmente de fazer demanda, que não devera, sem outra malícia, será condenado nas custas em dobro, ou tresdobro, segundo a malícia, em que for achado. E porque acerca disto se não pode dar certa regra ficará em arbítrio do Julgador. E em todo caso, onde o vencido he condenado nas custas em dobro, ou em tresdobro, e não lhe forem achados bens, em que se faça execução, será preso, até que as pague na cadeia, porque a dita condenação procedeo de malicia, que he havida por malefício.*[177]

> *Todo o que demandar outro em Juizo sobre aução pessoal por qualquer divida, que lhe deva, se demandar maliciosamente mais do que na verdade lhe he devido, vencerá somente aquella parte, que provar ser-lhe devida, e o réo será absoluto na parte em que mostrar não ser obrigado: e quanto ás custas, será o autor condeando em ellas em tresdobro na parte, em que o réo for absoluto, por demandar maliciosamente o que lhe não era devido, e o réo será condenado somente nas custas singelas daquela parte, em que for condenado. Porém, se o autor antes da lide contestada se descer de demandar o que assi pedida mais do que lhe era devido, podel-o-ha fazer, sem ser condenado em custas em dobro, nem tresdobro, mas pagará as custas singelas, que até li foram feitas, da parte, que couber á quantidade, de que se desceu, quando de todo se não descer da dita demanda. E se se descer de toda a demanda, será condenado em todas as custas singelas. E quando o demandador por ignorância, ou simpleza, sem outro engano e malicia, demandar ao réo em*

---

[176] Vale uma digressão: os princípios, normas que possuem maior plasticidade e amoldam-se à situações e são sujeitas a ponderações, fazem sentido numa sociedade plural. Onde há interesses distintos, de grupamentos diversos e devidamente representados, há margem para a utilização desses mecanismos mais flexíveis. Numa sociedade em que o grupo institucionalmente relevante é diminuto, o que importa acomodar interesses?

[177] L.º 3, Tit. LXVIII, *apud* CASTRO FILHO, José Olympio de. **Abuso de Direito no Processo Civil**. Belo Horizonte: Imprensa Oficial, 1955, p. 67.

Juizo mais do que lhe for devido, será condenado nas custas singelas, ou em dobro, segundo a simpleza, ou culpa, em que fôr achado.[178]

Se alguma pessoa fôr obrigada a outra em alguma dívida, e lha pagou toda, ou parte della, e o que a recebeu, demandar outra vez, seja o autor condenado que torne ao réo em dobro tudo o que já delle tinha recebido, com as custas em dobro; ou se lhe ainda he devedor em alguma parte da divida, desconte-se-lhe della o dito dobro, se aquillo, que lhe ainda diver, para isso bastar; e não abastando, pague-lho o autor por seus bens. Porém, se o autor antes da lide contestada se quizer descer do que assi pedida, que já em si tinha, podel-o-há fazer sem pena alguma, somente pagará as custas em dobro á parte, que lhe fez fazer, até se descer da demanda.[179]

Terceiro destaque: na verdade, a própria figura da prodigalidade seria uma variação do abuso do direito tipificada. Embora não declarado, o gérmen da limitação ao pródigo é o excesso. Leia-se: o abuso do direito de disposição patrimonial[180]. Aliás, não seria a ação pauliana também um mecanismo para obviar o abuso do direito? Ora, regra geral, a disposição do patrimônio não é completamente livre? A esse respeito, J. Charmont apontou que a doutrina da vedação do abuso do direito não é nova e que ela teria determinado o desenvolvimento de um grande número de institutos. A repressão à fraude (no que parece haver confusão porque a

---

[178] L.º 3º, Tít. 34. *apud* CASTRO FILHO, José Olympio de. **Abuso de Direito no Processo Civil**. Belo Horizonte: Imprensa Oficial, 1955, p. 68.

[179] Título XXVI. *apud* CASTRO FILHO, José Olympio de. **Abuso de Direito no Processo Civil.** Belo Horizonte: Imprensa Oficial, 1955, p. 69. Consigna o autor citado que o preceito é idêntico nas Ordenações Manuelinas, liv. 3. tít. 27. Aqui se tem, então, o antecedente histórico do artigo 940 do Código Civil atual: *"Art. 940. Aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressalvar as quantias recebidas ou pedir mais do que for devido, ficará obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado e, no segundo, o equivalente do que dele exigir salvo se houver prescrição."*

[180] Abuso pensando que do agir do pródigo poderá derivar prejuízo aos seus alimentários, ainda que meramente como possibilidade, se há uma dissipação exagerada de sua fazenda, factível se falar em abuso reprimível. Mais ainda, note-se que existe uma razão para o então art. 1.175 do Código Civil, hoje art. 578, reputar nula a doação de todos os bens sem reserva de parte, ou renda suficiente para a subsistência do doador. Até porque, se hoje tem grande aceitação o primado da solidariedade, os parentes daquele que incautamente dissipa seus bens poderão ser instados como alimentantes, mesmo com a incidência do §2º, do art. 1.694, do Código Civil atual: *"§2ºOs alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia."*

fraude é instituto afim), a introdução da ação pauliana seria exatamente um controle imposto ao exercício de certos direitos[181].

Evidente que, sendo a imposição oriunda de comando explícito, com hipótese de incidência previamente bem estabelecida, não se trata de cláusula geral, como é o caso do atual artigo 187 do Código Civil.

2.2.4. Código Bevilaqua

No que concerne ao Código Bevilaqua, este, sabidamente, não previa a figura do abuso do direito. Assere Clóvis Bevilaqua, tratando da hipótese do artigo 160, I, daquele código, que *a contrario sensu* se chega à negação do direito exercido sem limites éticos. Invoca para tanto a autoridade de Cícero para quem *summum jus, summa injuria.* Argumenta ainda que não somente os filósofos, mas também os jurisconsultos admitiram, senão com regularidade, mas com alguma reincidência, que por vezes o interesse público deveria sobrepor-se ao particular.[182]

No entanto, a jurisprudência foi evoluindo e, apesar da falta de previsão expressa, chegou por vezes a aplicar o conceito. Aliás, não seria assim tão difícil trabalhar o abuso do direito – em hipóteses limítrofes – considerando que o artigo 5º do Decreto-lei n. 4.657, então, Lei de Introdução ao Código Civil, predica que *"na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum."* Ainda que com alguma dificuldade, diversos casos autorizariam raciocínio banhado de uma perspectiva funcionalizante para o qual, dada a anormalidade da conduta, o exercício de uma dada pretensão ou potestade seria abusivo. Se essa aplicação exige alguma argumentação adicional, o que no caso de um texto expresso, conceituando em traços largos, o abuso é dispensado, não chega a inviabilizar o manejo da figura.

Especificamente sobre a anormalidade do exercício do direito, outro raciocínio perfeitamente justificado se colocava: o de que o artigo 100 estabelecia que não fosse considerada coação a ameaça de exercício normal de um direito. Então, havia uma consagração dos costumes e uma repulsa ao exercício contrário a estes.

---

[181] L'Abus du Droit. **Revue Trimestrielle de Droit Civil**. Tome Premier. Paris: Librairie de La Société du Recueil Général des Lois & des Arrêts, 1902, p. 119.

[182] **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado.** Duodécima edição atualizada por Achilles Bevilaqua e Isaias Bevilaqua. Vol. I São Paulo: Francisco Alves, 1959, p. 347.

Além disso, retomando o tema da prodigalidade, da mera conjugação dos artigos 460 e 461 daquele diploma, chegou Jorge Americano à conclusão de que o instituto se assentaria todo ele na noção do abuso de direito. Explicou o autor referido que, se o artigo 460 dispunha que o pródigo só incorreria em interdição havendo cônjuge, ascendentes ou descendentes que a promovessem e que, pelo artigo 461, seria levantada a interdição, não existindo mais os parentes referidos no dispositivo anterior, a conclusão seria uma só: o pródigo é interditado não porque dissipa, mas porque o faz em detrimento de outros a quem deveria salvaguardar. Se não há parentes, não há porque privá-lo de fazer o que bem entenda.

Logo, a restrição do raio de ação do seu direito de dispor era condicionada à existência de parentes passíveis de serem prejudicados.[183]

Insistindo, Maria Amália Dias de Moraes afirma que a doutrina se apoiava no artigo 160, I, segunda parte para reconhecer a proscrição do abuso, podendo o lesado defender-se, via desforço, quando autorizado, e via reparação.[184] Reforça-se assim a presença do instituto no direito pátrio. Na jurisprudência, por exemplo, de há muito é considerado abuso a reiterada purgação da mora[185]. Doutro bordo, trabalhando especificamente com o *exercício anormal* deduzido do artigo 100 daquele código, tem-se a seguinte ementa do Supremo Tribunal Federal:

> *Inteligência do art. 100 do Código Civil; o que constitue abuso do direito é o seu exercício 'anormal'; se o protesto de um cheque sem fundos é direito do credor, a ameaça de exercê-lo para obrigar o devedor a pagar juros vedados por lei, é um exercício anormal desse direito.*[186]

---

[183] **Do Abuso do Direito no Exercício da Demanda**. São Paulo: Saraiva & Comp., 1932, p. 50.

[184] Do Abuso de Direito. Alguns aspectos. **Estudos Jurídicos.** Ano XVIII. 43. São Leopoldo, RS: UNISINOS, 1985, p. 26.

[185] *"Locação. Retomada por infração legal consistente no abuso do direito de emendar reiteradamente a mora. Dissídio jurisprudencial não caracterizado. Recurso não conhecido."* (RE n. 67.349/GB, rel. Min. Xavier de Albuquerque, j. em 18.03.1974, v.u.). *"Locação. Abuso do Direito. Se o locatário, habitualmente só efetua o pagamento dos alugueres após o requerimento de despejo promovido pelo locador, o seu reiterado pedido de purgação da mora pode ser havido como abuso de direito."* (RE n. 26.122/SP, 1ª T., rel. Min. Mário Guimarães, j. 23.08.1954, v.u.)

[186] Agr. Instr. n. 14.818/DF, rel. Min. Edgard Costa, j. em 05.06.1951, negaram provimento, v.u.

2.2.5. Código Civil Português de 1966

Reporta Inácio de Carvalho Neto[187], em apanhado de grande extensão sobre o abuso do direito nas mais variadas legislações, que, no direito português, o Código Civil de 1966 implicou a consagração do conceito. O artigo 334 daquele código dispõe que *"é ilegítimo o exercício de um direito quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito."* Ainda assim, mesmo antes deste Código Civil, promulgado pelo Decreto-lei n. 47.344, de 25 de novembro de 1966, cuja inspiração para o artigo 344 adveio do artigo 281 do Código Civil Grego[188], a jurisprudência portuguesa, tanto como as dos demais países ocidentais, a exemplo da França e do próprio Brasil, vinha aceitando, talvez com reticência e em hipóteses absolutamente gritantes, caricatas por assim dizer, a vedação do abuso como uma exigência inafastável da ordem jurídica.

Neste particular, observa-se uma evolução com relação ao exercício do direito e suas consequências para terceiros, numa constante que terminou por remodelar a concepção do *"neminem laedit qui suo jure utitur".* Aliás, lembre-se que mesmo o Código Seabra – Código Civil de 1867 – pontualmente fazia menção à vedação do abuso[189], valendo lembrar o artigo 141: *"O poder dos pais, quanto à pessoa dos*

---

[187] **Abuso do Direito.** 5ª edição. 1ª reimpressão. Curitiba: Juruá Editora, 2010, p. 40.

[188] BOULOS, Daniel M. **Abuso do Direito no novo Código Civil.** São Paulo: Método, 2006, p. 53.

[189] Afirma-o Daniel M. BOULOS, com apoio em CUNHA GONÇALVES. **Abuso do Direito no novo Código Civil.** São Paulo: Método, 2006, p 133, nota 11. Com efeito, compulsando este último, especificamente sobre o pátrio poder, confira-se: *"Por exemplo, atribuindo o art. 137º aos pais o 'pátrio poder', isto é, os direitos deveres de reger e proteger os filhos, administrar-lhes os bens, dar-lhes alimentos e ocupação conveniente (arts. 140º e 171º), é evidente que 'legitima todos os meios indispensáveis para esses fins, meios que o legislador não pode especificar de modo algum, por serem variadíssimas as circunstâncias concretas de cada família."* CUNHA GONÇALVES, Luiz. **Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil Português**. Vol. 1. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1929, p. 419. Se o autor afirma serem variadíssimas as circunstâncias concretas de cada família, variadíssimas são as circunstâncias do abuso de um modo geral, não só no segmento do direito de família. Daí porque claro, a evolução seria, como de fato, de redundar em cláusulas gerais. Por outro raciocínio, mas com o mesmo resultado: se os poderes instrumentais para a consecução de um direito não são especificáveis, as formas de abuso também não. O artigo 12º do Código Seabra, conforme refere CUNHA GONÇALVES, é uma cláusula geral, sem hipótese de incidência prefixada: *"Isto mesmo quis o nosso legislador dizer dispondo no art. 12º que 'toda a lei, que reconhece um direito, legitima os meios indispensáveis para o seu exercício'."* CUNHA GONÇALVES, Luiz. **Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil Português.** Vol. 1. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1929, p. 419. Nessa linha, doutrina mais antiga de COELHO DA ROCHA, ao elencar as regras de interpretação diz: *"Quando a lei auctoriza um fim, entende-se auctorizar os meios necessarios para conseguir esse fim."* E exemplifica: *"Por isso, supposto que aos menores seja prohibido contractar, comtudo, como se lhes permitte celebrar matrimonio, é consequencia necessária auctorisal-os para os contractos antenupciaes."* **Instituições de Direito Civil Portuguez**. t. I. Sexta edição. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1886, p. 25.

filhos menores, não é sujeito a cautela alguma preventiva; mas, no caso de abuso, os pais poderão ser punidos, na conformidade da lei geral, e inibidos de reger as pessoas e os bens de seus filhos, a requerimento dos parentes ou do Ministério Público." Assere Tito Arantes, sobre a evolução da jurisprudência portuguesa, que de referências fragmentárias à teoria foram, pouco a pouco, suprimindo uma visão que, de início, sustentava – como aponta acórdão da Relação de Lisboa de 1887 – *"que ninguém responde pelo prejuízo causado no exercicio dum direito."*[190] Também assim, referiu-se ao acórdão de 1922, onde se afirmou categoricamente, que *"não se podia dizer que, procede immoralmente quem se apoia na lei, que pelo seu lado se radica na moral."*[191]

No entanto, depois, a mesma jurisprudência portuguesa começou a aceitar a doutrina do abuso do direito até sua consagração legal. Porém, Menezes Cordeiro, autor de referência no civilismo português, frisa que o artigo 344º não emancipou a jurisprudência de diversas manifestações de feição napoleônica.[192] O rompimento de certos diques se dá pouco a pouco, não bastando à legislação entronizar determinado ideário. Acontece que o artigo 344º daquele Código Civil influenciou o próprio artigo 187 do atual Código Civil nacional.

2.3. O Código Civil Brasileiro de 2002

Sem embargo de todos os defeitos que se lhe oponham, o atual código civil é uma realidade benfazeja no horizonte legislativo brasileiro. Malgrado o tempo de sua tramitação, o que faria dele um código já ultrapassado, trouxe, mesmo para as matérias em que não foi feliz, uma discussão, uma efervescência que nada tem de ruim.

Mérito de muitos, como toda obra de grande magnitude, mas cujo símbolo é o jurista Miguel Reale, já notabilizado por sua teoria ao tratar o direito como fato, valor e norma, entendeu ser o artigo 113 o mais importante do Código Civil de 2002. A boa fé objetiva não como uma abstração, mas como um elemento legitimador da

---

[190] ARANTES, Tito. O abuso do direito. **Revista dos Tribunais.** 100/355, p. 385.
[191] ARANTES, Tito. O abuso do direito. **Revista dos Tribunais.** 100/355, p. 386.
[192] "*Os tribunais portugueses, primeiro contra a própria doutrina, admitiram a figura do abuso do direito a partir da década de trinta; seria de esperar, com o apoio recebido da codificação de 1966, um incremento rápido da sua aplicação. Isso não sucedeu. Fortes componentes de continuidade cultural levaram à manutenção de quadros próprios da segunda sistemática, de feição napoleônica, defasados do pensamento juscientífico e estranhos ao Direito hoje em vigor."* **Da Boa Fé no Direito Civil.** 3. reimp. Coimbra: Almedina, 2007, p. 887.

experiência jurídica[193]. Um elemento que sempre esteve lá, cada vez que um juiz, argumentando com base na equidade, chamando à colação um argumento difuso de justiça, de moral, ou esgrimindo as grandes parêmias tais como o *"summum jus, summa injuria"*, mitigando, modelando, acomodando interesses, diversas vezes com apoio numa justiça intuída, sentida antes de racionalizada.

Os erros porventura cometidos pela comissão constituem, sob uma perspectiva otimista, oportunidade para discussão e evolução do civilismo nacional. Entre detratores e defensores, esta dialética poderá, num futuro próximo, levar o direito civil nacional a uma evolução sem precedentes.

2.3.1. O atual momento da civilística nacional e o resgate dos valores

Deixando para trás as grandes digressões, como justificador do título do item, basta observar a quase onipresença de boa fé objetiva, socialidade, lealdade, legítima expectativa, abuso do direito, eticidade. Claro que o só fato de serem inovações conceituais a reboque da nova codificação já bastaria. Mas, além disso, os temas – imbricados entre si – despertam interesse exatamente pelo resgate dos valores. O resgate, já iniciado pela Constituição Federal de 1988, traz rol expressivo de direitos ditos *fundamentais.* A fundamentalidade estruturante da constituição, ou seja, comunicando-se para todos os setores do texto constitucional, passou a influenciar mais e mais o direito aplicado, chegando até ao desembocar duma nova codificação civil.

Não se tenha a ingenuidade de achar que a fundamentalidade e uma aplicação direta do texto constitucional sejam antídotos para todas as situações jurídicas, até porque diversas situações demandariam mais do Poder Executivo, de sua atividade preventiva, orientadora, assistencial do que do Poder Judiciário propriamente dito. Mas esta aplicação direta, com fundo axiológico claro de fazer valer os princípios da Constituição, cumpriu o seu papel criando ambiente propício para o surgimento de um código civil mais harmônico com a carta de princípios.

---

[193] A boa-fé no Código Civil. **Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem.** 21. Ano 6. São Paulo: RT, 2003, p. 12.

2.3.2. A diferença específica entre o ato ilícito e o abuso do direito

Já de plano, consigne-se que a análise da presença ou não do abuso nunca será limitada a aspectos formais. Até poderão, se for o caso, entrar no cômputo, mas estes guardam congruência com o ato ilícito em geral. Ou seja, a análise do abuso do direito sempre traz uma ponderação dos interesses em conflito com forte apoio axiológico. Na verdade, é a questão dos valores que justificará a decisão que terá de ordinário, caráter *ad hoc.*

Uma reflexão lateral se coloca: a de que a evolução do abuso do direito em direito privado corresponde, no direito administrativo, à evolução do conceito de proteção à legítima expectativa. Como são legalidades com polaridades invertidas, para a legalidade civil, tudo podendo ser feito à exceção do defeso em lei e, para a legalidade administrativa, nada podendo ser feito, exceto o consignado em lei, o crescimento duma análise substancial para além duma legalidade de superfície nos dois campos acaba por enfatizar conceitos diversos, mas profundamente imbricados, cujo elemento de conexão é a própria boa fé. Com apoio em Almiro do Couto e Silva, o que se constata em termos de direito administrativo é que se, outrora, o princípio da legalidade era incontrastável, passou a encontrar limites para preservar situações em que, com o passar do tempo, a injustiça se afirmaria, tornando nulo o ato então tomado por legal, desconsiderados os seus efeitos para quem não havia dado causa, nem podia exercer o exame daquela legalidade.[194] Interessante que o mesmo Estado liberal burguês que predicava o *laissez faire*, quando das intervenções estatais, era inflexível. Uma legalidade sem matizes, já que os julgadores eram verdadeiros autômatos. Ao passo que hoje, quando se fala em certas situações, a legalidade pode sim ceder espaço à segurança jurídica entendida, menos como uma aplicação autista da lei, mais como uma ponderação sobre os interesses em conflito, prestigiando situações de fato que o tempo consolidou e cuja mantença, longe de ferir, acaba por atender ao interesse público.[195]

No entanto, a figura da *supressio*, aquisição de direitos perfeitamente defensáveis pelo transcurso do tempo, não é acolhida no direito administrativo;

---

[194] COUTO E SILVA, Almiro do. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo. **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul.** v. 57. Porto Alegre, 2004, p. 15.

[195] COUTO E SILVA, Almiro do. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo. **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul.** v. 57. Porto Alegre, 2004, p. 31.

acolhido é o valor que ela encerra. Isto porque, não é o particular que adquire o direito pelo transcurso do tempo, mas o Estado que perde a potencialidade – mais um dever do que um poder – de anular tais atos. Esta sutileza é fundamental porque, então, o sistema aparta as nulidades de direito privado daquelas de direito público.

No entanto, a proteção da legítima confiança e da boa fé vem sendo encarecida em ambos os segmentos.

A diferença específica entre o ato ilícito (art. 186) e o abuso do direito (art. 187) repousa, primeiro, na exigência para a primeira figura da presença do elemento subjetivo, culpa ou dolo. Vale lembrar que a responsabilidade subjetiva ainda é o padrão do Código Civil, malgrado a evidente importância do artigo 927, p.u. desse diploma. Segundo, a intuitiva diferença consistente na constatação de que a ilicitude na primeira figura implica um rompimento direto do perímetro legal. Na segunda figura, o abuso do direito é a *mens legis* a ser atacada. Não há o rompimento do perímetro legal, há na verdade uma quebra antijurídica da própria finalidade do dispositivo.

Cabe aqui um paralelo. Suponha-se que para cada ilícito civil houvesse um *tipo* específico tal como no Direito Penal. O ato ilícito representa a conjugação do verbo típico com dolo ou culpa. Já o abuso do direito implica , sem execução do elemento material do tipo, chegar-se aos mesmos resultados antijurídicos que o sistema de direito não aceita. Exaurir o tipo, sem lhe conjugar os verbos.

No entanto, todo direito subjetivo, mais, toda posição jurídica possui uma finalidade dentro do conjunto. Se a propriedade, para ficar no historicamente emblemático, possui uma função social, sua fruição deve formalmente atender à norma que diz como atingir essa mesma função. E, indo mais além, o seu uso deve estar consoante com a noção de socialidade. Desdobrando com outro exemplo: sabedor de antemão da data da visita o genitor guardião, injustificadamente, não disponibiliza o pequeno no local para que o outro mantenha o contato. Isto é ato ilícito. Agora, necessitando o pequeno de uma consulta médica, em caráter não urgente, marca o guardião para o exato dia da visita de modo a atrapalhar o contato, criando uma justificativa falsa para a ausência. Parece aqui presente a figura do abuso do direito. É dever do guardião zelar pela saúde do filho, não resta dúvida. Logo, se é dever, a lei evidentemente o autoriza a marcar consultas e levar o filho ao médico. Mas, tratando-se de consulta de rotina, não urgente, marcar na exata data da

visita implica , fazendo transparecer um cuidado, privar o outro do contato rotineiro que lhe é devido; ademais porque é, sobretudo, contato para bem da própria criança.

O caso não é de simulação porque a consulta é real, o motivo idôneo. Acontece que, aproveitando este mesmo motivo, o guardião insere um móvel anímico paralelo ao ensejo da consulta. Por que não atrapalhar a visita do meu (minha) ex-marido (ex-mulher)? É exatamente por isso, pelo que seu exame exige de análise valorativa, de cotejo dos interesses em conflito, que o abuso do direito implica um exercício de sensibilidade jurídica, via de regra mais intenso do que o ato ilícito. Exatamente por isso, também, o manejo da figura e as reflexões ao seu respeito implicam um repensar das finalidades das normas em análise, abarcando no final das contas os próprios vetores principiológicos centrais do sistema positivo. Isto é uma força e uma miséria. Uma força porque torna a figura de muito maior alcance com digressões profundíssimas sobre as causas e as finalidades sociais das regras e do sistema em geral, e uma miséria na medida em que a tentação de sua vulgarização e de uma argumentação meramente retórica, dissociada de densidade técnica é bastante grande. O lidar com ideias e conceitos importantíssimos, porém um tanto rarefeitos, já que sua largueza ainda é objeto de debate e pontuada de cláusulas gerais, dá azo a alguma insegurança. É fato.

Mas também é fato que os ganhos oriundos da popularização do abuso do direito excedem, em muito, suas eventuais perdas.

No que tange às figuras afins ao abuso do direito, a fraude à lei e o conflito de leis, possuem menor extensão. Evidentemente, são figuras setorizadas e que não possuem o condão de levar a uma reflexão do próprio sistema de legalidade.

Confira-se: **(i)** a fraude à lei, na verdade, é ato ilícito do tipo constante do artigo 186 do Código Civil atual porque o negócio jurídico indireto dissimula uma colisão frontal com a lei; **(ii)** a colisão de direitos, se pensada como colisão de leis, tem perfeita solução já esquematizada na doutrina e, por outro lado, se pensada como efetiva colisão de direitos subjetivos, o que existirá é uma solução nos moldes do preconizado pelo artigo 335 do Código Civil português[196], perfeitamente manejável também em nosso direito. Por exemplo, no concurso de credores prevalece o *par*

---

[196] *"Artigo 335º - Colisão de direitos*
1. Havendo colisão de direitos iguais ou da mesma espécie, devem os titulares ceder na medida do necessário para que todos produzam igualmente o seu efeito, sem maior detrimento para qualquer das partes.
2. Se os direitos forem desiguais ou de espécie diferente, prevalece o que deva considerar-se superior."

conditio creditorum, mas a igualdade pressupõe que se atenda aos critérios prefixados na própria lei. Assim, também pensando em hipotecas sucessivas prevalece a ordem cronológica da averbação (artigo 1.422 do Código Civil atual). Já está estabelecida uma hierarquia com base em alguns critérios previamente esquematizados.

2.4. Inflexões do artigo 187 nas relações familiares

O direito de família não trabalha, ao contrário de outros ramos do direito privado, essencialmente com normas dispositivas. Trabalha com grande número de normas ditas cogentes ou de ordem pública. Daí, até o conceito de negócio jurídico em direito de família teria um alcance restrito. O casamento, por exemplo. Múltiplas teses há sobre sua natureza jurídica, inclusive dizendo-o negócio jurídico, mas seus efeitos são aqueles dispostos na lei. Em suma, a manifestação de vontade existe para a eclosão do ato, mas os seus efeitos prioritariamente são dados por lei.

Especificamente acerca das inflexões do artigo 187 do Código Civil no direito de família, estas se dão mais em termos de deveres, menos em termos de pretensões (direitos subjetivos). Se pretensões podem existir entre os cônjuges, pensando no poder familiar sobretudo do ângulo do sujeito de direitos, a criança e o adolescente, o caso é mais de deveres. A compostura do poder familiar traz esta tônica. Outro dado que interfere na aplicação do abuso do direito para esse setor é sua forte previsão em normas de direito público, Código Penal (Capítulo III, Dos Crimes Contra a Assistência Familiar, artigos 244 a 246 e Capítulo IV, Dos Crimes contra o Pátrio Poder, Tutela ou Curatela, artigos 248 e 249), Estatuto da Criança e do Adolescente (artigos 230, 232, 237, 238, 249) e da própria Constituição Federal. Dito isto, é oportuna a crítica de Anderson Schreiber para quem a boa fé objetiva – e o abuso do direito é seu desdobro – tem assumido, em diversos julgados, feição sem técnica, mais simbólica e argumentativa, sobretudo em casos nos quais era desnecessária sua utilização para a adequada solução.

Com efeito, a boa fé objetiva tem sido, em várias ocasiões, menos um conceito técnico-jurídico e mais uma *"cláusula de estilo na fundamentação judicial"*.[197] Na verdade, com apoio em Menezes Cordeiro, o que constata o monografista é a boa fé

[197] O Princípio da Boa-Fé Objetiva no Direito de Família. **Família e Dignidade Humana.** Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 130.

objetiva não como instituto jurídico comum, mas como fator cultural ligado a uma forma de ver o direito.[198] Um alcance impróprio que, por exemplo, implicaria uma substituição à própria principiologia constitucional seria usar o conceito civil do artigo 113 como apanágio para trabalhar a equidade, a igualdade, a dignidade da pessoa humana, a solidariedade, sem confundí-la com a boa fé subjetiva[199]. Esta imiscuição implica perda do próprio potencial da figura. Ademais, num grato exercício de acuidade, observa ele, que no direito de família uma eventual tutela da expectativa ou da legítima confiança é limitada pelo próprio conceito de melhor interesse da criança. Não raro a expectativa da criança, do sujeito de direitos, nada poderá gerar em face de que a consecução do melhor interesse propõe solução diametralmente oposta. [200]

Aqui, a feição negocial da boa-fé objetiva não cabe. Em temas de normatividade cogente, pensar na proteção da expectativa, só faz sentido se atender à finalidade legal.

Sobre a consideração da capacidade do sujeito de direitos, anote-se que, claro, a criança tem sua vontade respeitada, mas não pode ter sua vontade entronizada, sob pena de o julgador estar transferindo a ela responsabilidade que lhe cabe, a ele. Em

---

[198] O Princípio da Boa-Fé Objetiva no Direito de Família. **Família e Dignidade Humana.** Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 142.

[199] Por exemplo, os efeitos do casamento putativo com relação aos filhos nada têm que ver com a boa fé objetiva, mas com a prioridade absoluta da filiação, malgrado a nulidade que, sabidamente, em direito de família assume compostura um tanto diversa daquela negocial. Já com relação ao cônjuge de boa fé, logicamente, falando-se em putatividade, a boa fé só pode ser a subjetiva.

[200] *"Na esteira da expansão da boa-fé objetiva, tem-se entendido que a cláusula geral vedaria esta ação negatória, por representar* venire contra factum proprium *da parte do pai presumido, que, rejeitando a condição que, de fato, exercera, violaria a legítima confiança do filho. Tal comportamento afrontaria a boa-fé objetiva incidente sobre aquela relação familiar, ou um dever mais amplo de solidariedade no âmbito da família.*

Parece, todavia, que a construção tem, aí, a finalidade não de tutelar a confiança, mas, de proteger o melhor interesse da criança, assegurando, de alguma forma, sua formação, seu sustento, sua educação com o auxílio da figura paterna. Tanto é assim que irrazoável seria sustentar a vedação à ação negatória de paternidade proposta por aquele que, não sendo pai biológico, fosse desprovido de condições pessoais de assumir a paternidade de forma saudável à criança. E em nada importaria, nesta situação, a expectativa da criança, legítima ou não, no sentido daquela paternidade, já que, fora das relações biológicas, a atribuição do qualificativo paterno depende, sempre, daquilo que consiste objetivamente no melhor interesse da criança." O Princípio da Boa-Fé Objetiva no Direito de Família. **Família e Dignidade Humana.** Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 140. Observação que se impõe, entretanto, é aquela de que esse raciocínio exemplar traçado pelo autor deve ser posto na perspectiva do artigo 23, do ECA, a predicar que *"a falta ou carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do poder familiar."* Assim, a falta de condições pessoais do pai deve ir para além da mera precariedade de recursos, pena de inconsistência e de utopia vazia, porque a negativa de paternidade de uma criança pobre não necessariamente lhe abrirá as portas da adoção, até por conta da mãe. Nada garante que terá o petiz algum benefício com a privação da paternidade de alguém de sua condição social.

síntese, estaria malbaratando a jurisdição. A própria ideia de cognição adequada cairia por terra se a legítima expectativa de alguém, absolutamente incapaz para os atos da vida civil, fosse o critério central para o desate de uma disputa de guarda. Isto, para ficar no exemplo óbvio.

A legitimidade da expectativa pode ou não coincidir com o melhor interesse. É o que efetivamente interessa.

Entretanto, sobre o excesso no manejo da boa fé objetiva como elemento de consolidação de princípios constitucionais, Anderson Schreiber diz que em diversos casos a incidência direta de princípios constitucionais anteciparia a solução, mesmo em casos em que a boa-fé objetiva tem convergência com a solução avistada pelo princípio constitucional, ou seja, *"mesmo em caso de convergência, fundamentada em normas mais elevada sob o ponto de vista da hierarquia do sistema jurídico vigente, característica importantíssima na sua conservação."*[201]

Posição oposta possui Bruno Miragem, trabalhando exatamente com esta possibilidade e lhe rendendo encômios na especificidade da cláusula geral do artigo 187 que tratando do abuso do direito, invariavelmente, trata da boa-fé objetiva.[202]

Não há, ao menos à primeira vista, o problema hierárquico colocado por Anderson Schreiber porque os princípios, sendo comandos de otimização, possuem aplicação que pode ser modulada, e forte apreensão dos elementos concretos do caso. Assim, numa ponderação de interesses em jogo, uma determinada conduta que objetivamente atenda ao melhor interesse da criança não será abuso de direito. Este, uma cláusula geral que, não possuindo consequente prefixado, também detém maleabilidade de aplicação à luz do caso. Na verdade, os princípios constitucionais como normas de maior hierarquia poderiam preencher de conteúdo as cláusulas gerais, como é o caso do artigo 187 do Código Civil.

---

[201] O Princípio da Boa-Fé Objetiva no Direito de Família. **Família e Dignidade Humana.** Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 143.

[202] *"A cláusula geral do artigo 187 do Código Civil constitui norma jurídica que permite, por intermédio de sua interpretação e concreção, irradiar os efeitos da proteção dos direitos fundamentais às relações privadas. Neste sentido, a relativa indeterminação dos limites ao exercício dos direitos subjetivos previstos na norma faz com que devam ser concretizados mediante o recurso interpretativo ao sentido de máxima efetividade aos direitos fundamentais. A adequação da cláusula geral do artigo 187, a permitir a eficácia dos direitos fundamentais, por outro lado, decorre do fato de não exigir dano em seu suporte fático – evitando que a tutela de direitos fundamentais, como direitos subjetivos públicos, fique restrita a critério de Direito Privado."* **Abuso do Direito:** proteção da confiança e limite ao exercício das prerrogativas jurídicas no direito privado. Rio de Janeiro: Forense 2009, p. 247.

Assim, o problema parece não ser de concorrência entre os argumentos, mas de realmente compreendê-los na aplicação setorial da infância e juventude. De qualquer forma, a crítica de uma vulgarização de determinados mecanismos, cuja apreensão conceitual é um tanto esquiva, é de todo procedente. Esses mecanismos não deixam de ser técnicos e exigir um ônus argumentativo como tudo em direito aplicado. Os princípios não são uma panaceia, assim como não são as cláusulas gerais. O que acontece é um mau vezo de pontuar ideologicamente a decisão quando já há comando-regra dispondo sobre o tema. Ora, submeter criança sob sua autoridade a constrangimento constitui afronta ao princípio do melhor interesse e ao mesmo tempo poderia, incidindo a idéia subjacente ao princípio, constituir abuso de direito do artigo 187 por exceder manifestamente fins sociais do poder familiar. Mas nada disso é necessário mesmo havendo convergência, como se observou acima. Existe regra no ECA a respeito, no artigo 232. Bastará definir *in casu* o que é constrangimento, mas isso dispensa recurso aos princípios.

No que tange à dicotomia direito patrimonial & direito existencial, talvez ela padeça de uma imprecisão muito grande, até porque não se pode dizer que o direito patrimonial é menor na prática para o futuro daquela criança, daquele adolescente. Muitas vezes, como é evidente, estão absolutamente misturados, sem possibilidade de preciso seccionamento, os interesses patrimoniais e existenciais. Mesmo assim, cumpre ter em conta esta divisão. O que interessa nela, ainda com espeque na *cognição adequada*, é que para os aspectos patrimoniais o juiz – no mais das vezes – poderá confortavelmente decidir sem consulta à equipe multidisciplinar.

A bem da verdade, muito mais operativa é a dicotomia abuso de direito na conjugalidade & abuso de direito na parentalidade. *Essa a grande dicotomia do direito de família atual: conjugalidade & parentalidade*. Por conseguinte, na relação de conjugalidade (abrangendo também a união estável) poder-se-ia falar em proteção da legítima expectativa muito mais tranquilamente, de modo que, como não é raro, o abandono no altar, poderia gerar direito à indenização por quebra do dever de conduta objetivamente considerado. Outra situação, dada por Cristiano Chaves de Farias, seria aquela consistente numa mitigação do caráter irrepetível dos alimentos. Assim, a mulher divorciada que recebe pensão do ex-marido e oculta a constituição da nova entidade familiar, praticando ato ilícito *stricto sensu* (não abuso de direito), não poderia ver a irrepetibilidade da verba alimentar afastada em abono da boa fé

objetiva?[203] Outro exemplo, citado pelo mesmo autor, seria aquele já julgado pelo STJ (REsp n. 701.902/SP, rel. Min. Nancy Andrighi), consistente na cláusula de renúncia a alimentos, cuja hipótese de posterior ajuizamento da ação para esse fim, é vedada pela proibição do comportamento contraditório[204].

Já a relação de parentalidade sofre os influxos de normas superiores, remodelando a boa fé objetiva[205] de maneira singular.

Neste particular, é interessante a divisão dada por Jones Figueirêdo Alves, tratando do abuso no direito de família exatamente na órbita do poder familiar. Dividiu ele as possibilidades, tripartindo o abuso do direito no exercício do poder familiar: *"primacialmente, entre os próprios pais detentores do poder; noutra vertente em face dos filhos; e afinal, diante da comunidade parental."*[206] De tal modo, haveria abuso na primeira vertente, no caso de alienação parental, de exercício emulativo da guarda contra o genitor não guardião. Claro que, de um só lance, pensando também no direito da criança à convivência com o outro genitor, haveria abuso de direito na segunda vertente. Esta também se constata no desrespeito à individualidade da criança e do adolescente, nos casos de castigo imoderado, dentre outras hipóteses. Por fim, a terceira hipótese proposta por Jones Figueirêdo Alves seria o abuso diante da comunidade parental, do circulo afetivo daquela criança.

Cumpre notar que, na esteira das evoluções legislativas na matéria, essa terceira hipótese hoje esta fortalecida pelo artigo 25, parágrafo único, do ECA, introduzido pela Lei n. 12.010/2009: *"Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade."* O conceito de família extensa, indubitavelmente, favorece esse pensar.

Ainda sobre a incidência do abuso do direito em questões de parentalidade, pode-se pensar novamente com o exemplo do direito de visitas: marcadas

---

[203] Variações do Abuso do Direito nas Relações de Família: o *venire contra factum proprium*, a *supressio/surrectio*, o *duty to mitigate the loss* e a violação positiva do contrato. **Família e responsabilidade:** teoria e prática do direito de família. Rodrigo da Cunha Pereira (coord.) Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010, p. 211.

[204] Variações do Abuso do Direito nas Relações de Família: o *venire contra factum proprium*, a *supressio/surrectio*, o *duty to mitigate the loss* e a violação positiva do contrato. **Família e responsabilidade:** teoria e prática do direito de família. Rodrigo da Cunha Pereira (coord.) Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010, p. 213.

[205] E ela é perfeitamente modelável por ser uma cláusula aberta.

[206] Abuso de Direito no Direito de Família. **Família e Dignidade Humana.** Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 489.

judicialmente as visitas, suponha-se a cada quinze dias, as partes, por qualquer motivo, tenham efetivamente utilizado de periodicidade menor, com o não guardião visitando a cada dez dias, suponha-se. Ora, a reiteração deste comportamento, com a anuência do guardião, não poderia gerar um direito, uma expectativa - aqui sim – passível de ser protegida? Tanto da parte daquele que visita quanto da criança? Parece que sim. E, portanto, a variação inopinada dessa rotina constituiria abuso de direito, sem embargo do estabelecimento das visitas, algo diverso, pelo Judiciário.

A grandeza e as implicações teóricas e práticas do abuso do direito ainda estão por aprofundar, mas sua latitude abrangente é reconhecida pela doutrina.[207] Claro que, mais e mais, num direito prenhe em complexidades, certos conceitos ganham especificidades, tais como as nulidades e o abuso do direito que, no direito de família, exigem uma finura jurídica um tanto diferenciada.

[207] Aplicação transversal na expressão de Bruno MIRAGEM. **Abuso do Direito:** proteção da confiança e limite ao exercício das prerrogativas jurídicas no direito privado. Rio de Janeiro: Forense 2009, p. 246.

CAPÍTULO III. INTERVENÇÃO JUDICIAL NA FAMÍLIA – DIMENSÃO PATRIMONIAL

3.1. Patrimônio familiar e patrimônio exclusivo dos filhos

Já se mencionou a necessidade de uma nova metódica para as relações existenciais. Já se mencionou o fato de que os aspectos patrimoniais não podem servir de único critério de desate para lides com este conteúdo. No entanto, a posição subalterna dos aspectos patrimoniais não elimina sua importância, o que acontece é que devem ser encarados por prisma novo, servientes da dignidade da pessoa humana, a qual, aliás, não se protege sem determinada quantidade de recursos materiais. Logo, não se trata de contradição esses aspectos serem tratados aqui, enquanto funcionalizados eles também, isto é, postos a serviço dos sujeitos de direito: as crianças e os adolescentes. Se há um estatuto jurídico do patrimônio mínimo como garantia existencial claramente este predicado, o patrimônio, não naquilo que sobeja, mas naquilo que garante as condições elementares de vida e desenvolvimento sadio, guarda laço com os aspectos existenciais.

Aliás, mesmo aquilo que sobeja se pensado como garantia para um futuro incerto, como todo futuro suscetível de reviravoltas, indica a absoluta necessidade de proteção patrimonial dos filhos, assim como dos incapazes em geral. Se a personalidade e seus direitos são maiores que o patrimônio (relações patrimoniais) deve-se compreender como um desenvolvimento da capacidade de direito, inerente ao ser pessoa.

Além do mais, não se trata apenas de proteger grandes fortunas, mas também de proteger o pequeno patrimônio, o amealhar de *"pequenos haveres".*[208] Logo, uma visão social do direito não pode esquecer que também os menos abastados possuem questões patrimoniais a serem resolvidas. Exatamente para eles, de modo geral, a proteção jurídica se faz mais importante.[209]

---

[208] Para isso, aliás, Nestor DUARTE chegou a defender uma disciplina específica para a proteção patrimonial do incapaz pobre. **Proteção jurídica dos bens de incapazes.** Tese (doutorado). São Paulo: Fac. de Direito da Univ. de São Paulo, 1988, p. 07.

[209] Brigaria então, com os objetivos de proteção que o menos afortunado não tenha suas pequenas economias protegidas, que poderiam ser revertidas para sua educação e saúde, dentre outros aspectos existenciais fundamentais. DUARTE, Nestor. **Proteção jurídica dos bens de incapazes.** Tese (doutorado). São Paulo: Fac. de Direito da Univ. de São Paulo, 1988, p. 07.

Das definições doutrinárias sobre este que é o eixo central de relações jurídicas ativas e passivas, e elemento determinante na concepção de diversos institutos[210], calha frisar serem seus elementos, desde uma perspectiva tradicional, os seguintes: valor econômico[211], denominação coletiva[212], referimento a um sujeito.

Concernente ao referimento a um sujeito ,esclareça-se: o patrimônio nada mais é do que o elenco das relações patrimoniais listáveis, mas não é ele submetido a uma disciplina unitária. Observa-se que cada elemento que o compõe representa uma própria individualidade, apresenta sua própria disciplina e sua própria defesa jurídica.[213] Tanto assim que dessas múltiplas relações pode haver créditos com e sem garantia fidejussória, débitos com e sem garantia real e, como não se ignora, as manobras processuais para tutelar esses créditos diferem conforme exista ou não garantia, e conforme o tipo desta. O que possuem em comum é estarem vinculadas a um determinado sujeito. Só isso, no entanto, não diferencia patrimônio de universalidade de direito (art. 91) e, como se não bastasse, esse referimento a um sujeito vem deixando de compor a definição de patrimônio, já que não explica a herança jacente, a sociedade de fato e o patrimônio familiar enquanto tal.

Assim, patrimônio deve ser relido hodiernamente menos de maneira subjetiva e abstrata, enquanto dependente da personalidade, e mais num sentido objetivo e realista.[214] Sua diferença em relação à universalidade de direito – abstração que compreende direitos adquiridos e aqueles potencialmente a adquirir, tal como um receptáculo pronto a receber valores positivos ou negativos[215] – descansa na exata

---

[210] Responsabilidade civil, sucessão *mortis causa*, concurso de credores, insolvência civil, direito das fundações, a própria teoria da empresa trabalha com o conceito de patrimônio, porque atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens pressupõe uma massa destacada posta para aquele propósito. A *azienda* é um patrimônio de afetação, vinculado à atividade empresarial.

[211] Bem e patrimônio, portanto, não constituem a mesma coisa. Bem é tudo o que é suscetível de tutela jurídica e patrimônio ou bens patrimoniais refere-se a uma particular categoria do gênero *bem*. BIONDI, Biondo. *Patrimonio.* **Novissimo Digesto Italiano.** XII. a cura di Antonio Azara e Ernesto Eula. Torino: UTET, 1957, p. 615.

[212] Uma plural agregação de bens aferíveis economicamente, como um substantivo coletivo.

[213] BIONDI, Biondo. *Patrimonio.* **Novissimo Digesto Italiano.** XII. a cura di Antonio Azara e Ernesto Eula. Torino: UTET, 1957, p. 616.

[214] SALAZAR, Luis Bustamante. **El patrimonio.** Dogmática jurídica. Santiago: Editorial Juridica de Chile, 1979, p. 31.

[215] JOSSERAND *apud* SALAZAR, Luis Bustamante. **El patrimonio.** Dogmática jurídica. Santiago: Editorial Juridica de Chile, 1979, p. 29. O mesmo autor reporta que parte da doutrina afasta a idéia de que patrimônio seria o conjunto de relações jurídicas ativas e passivas do sujeito porque se o patrimônio é a garantia do credor, isto implicaria em dizer um absurdo, que também as dívidas garantem. Logo a noção seria falsa e obscura. No entanto, o que esse cômputo do passivo significa é que o patrimônio é uma realidade dinâmica pendente de mutações e, na verdade, levar em conta o passivo é a medida da real capacidade de solvência do sujeito, logo, o patrimônio encarado como meramente relações ativas é irreal, inclusive no dia-a-dia dos negócios e obtenções de crédito em

afetação dos bens. Esta funcionalização passa a figurar como o elo comum, no lugar de um sujeito, de cuja capacidade de direito essas relações sejam meros satélites. Até porque, se patrimônio fosse a totalidade do conjunto de bens e direitos de uma pessoa tão só, cada um só poderia possuir um patrimônio o que não é verdade. O próprio regime legal de bens do casamento o demonstra: há uma parte afetada à sociedade conjugal e outra não, exclusiva daquele cônjuge.

Não é só. Se o patrimônio é uma universalidade de direito abstrata, a só existência de um passivo não eliminaria a sua existência. Pode até existir inventário negativo, já que inventariar equivale a arrolar uma série de obrigações, mas patrimônio negativo é uma contradição, até porque o patrimônio negativo não é sucessível, já por conta do benefício de inventário. Além disso, a expressão *"patrimônio"* designa a garantia dos credores, com bens presentes e futuros (art. 957) e o patrimônio negativo nada garante. Ausência de garantia não é garantia negativa, sob pena de se eliminar elemento nuclear de seu sentido, a garantia.

Patrimônio familiar[216], à luz das afirmações acima, é aquele conjunto de bens e direitos que responde pela garantia de manutenção da família, fruto do regime matrimonial escolhido, somado à obrigação de ambos os genitores concorrerem para o sustento dos filhos (art. 1.568). Justifica-se este adendo porque as obrigações comuns impactam no patrimônio familiar, não meramente no patrimônio individual do cônjuge, conforme o artigo 1.664[217], até por interpretação *a contrario sensu* do

---

geral. Com razão o autor fala da *"dinâmica interna"* do patrimônio. Veja-se: SALAZAR, Luis Bustamante. . **El patrimonio.** Dogmática jurídica. Santiago: Editorial Juridica de Chile, 1979, p. 41-42.

[216] O patrimônio familiar, como massa de bens afetada às finalidades da família, guarda pontos de contato com o vetusto instituto do dote. A diferença essencial entre ambos os institutos é que o dote era necessariamente aportado para suster o peso do matrimônio e, o patrimônio familiar por sua vez atribuído a um ou outro cônjuge para destinar a utilidade retirável do bem à vantagem da família. GABRIELLI, Giovanni. *Patrimonio familiare e fondo patrimoniale.* **Enciclopedia del diritto.** XXXII. Direzione di Costantino Mortari e Francesco Santoro-Passarelli. Milano: Giuffrè, 1982, p. 293. Sobre o dote, o art. 280 do Código Civil de 1916: *"Art. 280.O dote pode compreender, no todo, ou em parte, os bens presentes e futuros da mulher. Parágrafo único. Os bens futuros, porém, só se consideram compreendidos no dote, quando, adquiridos por título gratuito, assim for declarado em cláusula expressa do pacto antenupcial."*Sobre o patrimônio familiar ainda: TEDESCHI, Guido. **El regimen patrimonial de la familia.** Trad. Santiago Sentis Melendo y Marino Ayerra Redin. Buenos Aires: E.J.E.A., 1954, p. 83.

[217] A previsão do artigo 1.664 contém uma regra geral para a sociedade matrimonial, muito embora conste especificamente para o regime da comunhão parcial. Ora, para o regime da comunhão universal é perfeitamente aplicável por força do art. 1.670 que manda aplicar para a administração de bens aquilo que consta do regime da comunhão parcial. No regime de participação final nos aquestos, ora os aquestos pressupõe a contabilidade a liquidar e excluir o passivo comum, nos termos do art. 1.677 e, para o regime da separação de bens a distribuição dual dos ônus familiares é dispositiva, a exigir pacto antenupcial em contrário para não se operar, nos termos do art. 1.688. Finalmente, o art. 3º, da Lei n. 4.121, de 27.08.1962: *"Art. 3º. Pelos títulos de dívida de qualquer natureza, firmados por um*

art. 1.666 do Código Civil. O patrimônio familiar como garantia das obrigações convertidas em proveito da família, historicamente, tem influência de uma presunção *hominis* muito particular que lhe outorga uma força expansiva significativa, o que pode gerar situações difíceis de aceitar atualmente. Cuida-se da *presunção muciana* cuja origem remonta ao direito romano, e se lá tinha uma conotação, o evolver do tempo a fez adquirir outra diversa.

Explica Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka que, com base em raciocínio originalmente articulado por *Quintus Mucius Scaevola*, os bens adquiridos pela mulher casada, na constância do casamento, presumiam-se originários dos recursos do marido ou de quem tivesse a potestade sobre ela. No caso das mulheres casadas com homem *alieni juris*, a mulher ficava submetida ao sogro no casamento *cum manu*. Muito bem, a presunção tinha um sentido evidente, porque mulher não era *sui juris* e, portanto, patrimônio não poderia ter.[218] Aliás, a própria etimologia de patrimônio advém de *pater*, conforme Biondi; por certo sendo este o motivo.[219]

De tal sorte, a presunção seguia a lógica de poder econômico de seu momento histórico, representando corretamente o que acontecia na maciça maioria dos casos. Além disso, *"tinha por objetivo resguardar a honra da mulher casada, impedindo que sobre os bens que ela adquirisse pudesse recair qualquer pecha."* Se a capacidade de direito (note-se que, aqui, se está para muito além da incapacidade relativa da mulher do início do século XX) só a detinha o homem *sui juris*, a mulher adquirir bens por si só poderia dar margem a uma série de ilações, o que a presunção acabava por obviar, mantendo o poder patrimonial nas mãos do marido e protegendo-a nos negócios, já que o prejuízo por ela sofrido o seria por ele, aquele que se presumia a fonte dos recursos da mulher. Todavia, a presunção muciana passou depois a ser utilizada como um mecanismo contra uma provável fraude contra credores: o marido transferiria recursos à consorte em simulação.[220] São comuns, no

---

só dos cônjuges, ainda que casados pelo regime de comunhão universal, somente responderão os bens particulares do signatário e os comuns até o limite de sua meação." O artigo em tela não foi revogado, estando em plena vigência, já que o Código Civil de 2002, não normatizou o ponto com segurança, logo o artigo está perfeitamente vigente sem que se possa falar em revogação tácita.

[218] **Responsabilidade pressuposta.** Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 261.

[219] BIONDI, Biondo. Patrimonio. **Novissimo Digesto Italiano.** XII. a cura di Antonio Azara e Ernesto Eula. Torino: UTET, 1957, p. 615.

[220] Aqui, operando com a presunção muciana, nem de *consilium fraudis* se fala, bastando à constância do matrimônio. Veja-se em Guido TEDESCHI: *"A esta presunción se vinculam varias reglas dictadas para el caso de quiebra del marido, o en general de uno de los cónyuges; regla denominada aún en el dia de hoy prácticamente como presunción muciana."* **El regimen patrimonial de la familia.** Trad. Santiago Sentis Melendo y Marino Ayerra Redin. Buenos Aires: E.J.E.A., 1954, p. 25.

cotidiano forense, as situações seguintes: **(i)** passivo oriundo de ato ilícito (art. 1.659, IV – *"Excluem-se da comunhão: IV – as obrigações provenientes de atos ilícitos, salvo reversão em proveito do casal"*), de regra, não atinge a meação do consorte[221]; **(ii)** a defesa da meação para bens indivisíveis poderá ser feita para cada bem individualmente, revertido o valor da meação a quem de direito, após a hasta pública[222]; **(iii)** em caso de firma individual, dada a falta de um patrimônio de afetação[223], as dívidas atingem a meação.[224]

No entanto, sobre a interpretação que se vem dando ao artigo 3º, da Lei 4.121, de 27.8.1962, vale observar que, à luz do artigo 226, §5º, do texto constitucional, a interpretação não seria a partir de uma presunção que a esposa tem de desconstruir, muito pelo contrário, ao credor caberia provar a reversão em favor da unidade familiar.

Já por conta de que se não for assim, fica o cônjuge não devedor obrigado à prova de fato negativo. Não é só isso. A presunção de simulação em desfavor da mulher do consorte vem carregada de preconceito que sói desconstruir. A este respeito, verifica-se no histórico da presunção muciana uma desconfiança do legislador com relação à mulher do empresário ou agente econômico.[225] No entanto,

---

[221] TJSP, Apel. Cível n. 068.474-4/00, rel. Cezar Peluso, j. 28.03.2008. TJRS, Apel. Cível n. 70018569004, rel. Paulo Roberto Lessa Franz, j. 28.06.2008.

[222] *À favor:* REsp n. 200.251/SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 06.08.2001. *Contra:* TJSP, Agr. Instr. n. 615.534-4/0-00, rel. desig. Boris Kauffmann, j. 18.08.2009.

[223] CAMPINHO, Sérgio. **O direito de empresa à luz do novo Código Civil.** 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 12.

[224] TJRS, Apel. Cível n. 70027473651, rel. Romeu Marques Ribeiro Filho, j. 24.11.2010.

[225] Referindo-se ao direito italiano da década de 50, TEDESCHI: *"La norma fundamental es la contenida en el art. 70, parágrafo, de la ley de quiebra: 'Los bienes que el cónyuge del fallido há adquirido a título oneroso en los cinco años anteriores a la declaración de quiebra, se presumen frente a los acreedores, salvo prueba en contrario, adquiridos con dinero del fallido y se consideran propiedad suya. El curador está legitimado para tomar su posesión.' Resulta ligeramente diferente de la contenida em el art. 782 del Cód. com. Abrogado, según la cual 'se presum que los bienes adquiridos por la esposa del fallido pertenencen al esposo y que han sido pagados con dinero de él; por lo cual esos bienes deben ser incorporados a la masa de la quiebra, pero se admite a la esposa a que pruebe lo contrario.' A base de esta última norma se han expresado numerosas opiniones acerca de la naturaleza de la presunción muciana; se estaba únicamente de acuerdo en la observación, obvia ya por el hecho de hallarse la disposición dictada en tema de quiebra, de que tiene un fin profundamente distinto de la presunción muciana del derecho romano."* **El regimen patrimonial de la familia.** Trad. Santiago Sentis Melendo y Marino Ayerra Redin. Buenos Aires: E.J.E.A., 1954, p. 25. No antigo direito falimentar brasileiro, ao tempo do Dec.-Lei n. 7.661/45, dispunha o artigo 42: *"A falência não atinge a administração dos bens dotais e dos particulares da mulher e dos filhos do devedor."* Veja-se: *"A declaração de falência, observa Ferrara, cinde, com efeito, o patrimônio do falido em duas massas; de um lado, o patrimônio do falido sujeito à execução, nesta compreendendo-se os bens que lhe advierem durante o estado de falência; de outro, o patrimônio impenhorável (créditos por alimentos, pensões, ordenados, bens dotais, etc.). O primeiro passa para a administração do curador; o outro, estranho ao processo executivo, permanece na posse do falido."* MIRANDA VALVERDE, Trajano de. **Comentários à lei de falências:** (Decreto-Lei nº 7.661, de 21

um raciocínio apriorístico é reducionista e não faz justiça à própria situação atual da mulher. Muito melhor, então, o atual artigo 1.659, IV, do Código Civil[226] pelo qual os atos ilícitos só se comunicam, provada a reversão para a unidade familiar. Provada, diz-se, porque o dispositivo não parece acomodar-se à presunção muciana, já que a exceção, como fato desconstitutivo de direito do cônjuge meeiro deve ser provada, vez que nos termos do artigo 335, do CPC o *quod plerumque fit* só é subministrado na falta de regras jurídicas particulares. E este raciocínio não deve valer só para o regime de comunhão parcial, mas também para os demais, porque a não extensão da culpabilidade é um princípio geral de direito, não uma característica exclusiva do direito penal. Mais ainda, com relação aos atos não ilícitos, também a prova deveria ser do credor de que houve tal reversão à família, sob pena de adoção de critério mais rigoroso para atos lícitos do que para ilícitos. Porém, com relação a essa segunda modalidade – *atos lícitos* – até seria coerente a presunção de comunicabilidade para o regime da comunhão universal, a teor do art. 1.667 do Código Civil vigente, não fosse o artigo 3º do Estatuto da Mulher Casada exigir interpretação combinada. Agora, sem dúvida, para o regime da comunhão parcial é absurdo o manejo de presunção.

No entanto, há muitos precedentes pela presunção da reversão[227], mesmo em regime de comunhão parcial. Caberia ao cônjuge não devedor provar que não houve o proveito, com todos os senões que essa interpretação traz, ainda forte na idéia da existência de um *"cabeça de casal"*. É de bom alvitre o surgimento de uma nova tendência.[228]

Concernente ao patrimônio dos filhos, este foi uma conquista histórica paulatina. Sobre a condição dos filhos já foi dito que, no direito romano antigo,

---

de junho de 1945). vol. I. 4ª ed. atual. por J.A. Penalva Santos e Paulo Penalva Santos. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 277-278.

[226] Esse inciso é demonstrativo da incidência do princípio da eticidade. Notar que o art. 270, II, do Código Civil de 1916 era omisso, meramente dispunha que não se comunicavam as obrigações provenientes de ato ilícito. Injustiça que a súmula 251 do STJ procurou afastar: *"A meação só responde pelo ato ilícito quando o credor, na execução fiscal, provar que o enriquecimento dele resultante aproveitou ao casal."*

[227] STJ: AgRg no REsp n. 866.738/RS, rel. Min. Castro Filho, j. 09.08.2007. TJSP: Apel. Cível n. 0002639-85.2011.8.26.0137, rel. Roque Antonio Mesquita de Oliveira, j. 05.09.2012; Apel. Cível n. 0013086-13.2009.8.0361, rel. Spencer Almeida Ferreira, j. 26.09.2012.

[228] Nesse sentido: *"EMBARGOS DE TERCEIRO – Sentença de rejeição – Desconstituição de penhora nos autos da ação por título extrajudicial movida em face do marido da apelante – Cônjuge que figurou como emitente dos cheques – Imperiosidade de preservação da meação da apelante – Interpretação da Constituição Federal de 1988, art. 226, par. 5º e do Estatuto da Mulher Casada – Sentença reformada – Recurso provido."* TJSP, Apel. Cível n. 9211315-73.2009.8.26.0000, rel. Cardoso Neto, j. 22.08.2012.

capacidade de direito só a tinha o homem *"sui juris".* Todos os demais eram *"alieni juris"* sob o pátrio poder. Daí, inclusive, a já mencionada afinidade etimológica da palavra patrimônio com *pater.* No entanto, os filhos por meio dos pecúlios (bens que formavam seu patrimônio sob regime especial) começaram a ter alguma autonomia e um início de capacidade de direito que pressupõe personalidade. Segundo Luis Bustamante Salazar,uma das primeiras modalidades de pecúlio foi aquela do dito *pecúlio castrense* (ganhos da atividade militar), o que parece bem verossímil dada à índole guerreira do povo romano, e a necessidade de incentivar o alistamento para conquistar e manter a paz nas províncias já conquistadas.[229] Calçar as *caligae* demandava um atrativo.[230]

Constituem patrimônio dos filhos os seguintes ítens: **(i)** a herança ou legado recebido em seu nome; **(ii)** os valores recebidos por atividade remunerada sua; **(iii)** as doações puras que lhe forem feitas; **(iv)** as acessões que seus imóveis receberem, bem como as pertenças a estes relativas. A temática do pecúlio perdeu sentido porque hoje não há o regime do chamado *filho-familias.* Regime, aliás, que mereceu censura da parte de Lafayette para quem o estado de submissão do filho, que não cessava com o fim da menoridade, implicava uma situação despótica inconcebível, arrastando a sua dependência e colocando seus bens sob administração e gozo dos pais.[231] Hoje, não há a mínima condição de tal estado de coisas, até por uma

---

[229] *"Históricamente no cabe duda de que el peculio castrense fue el primer paso para reconocer una cierta capacidad patrimonial a los hijos de la familia."* **El patrimonio.** Dogmática jurídica. Santiago: Editorial Juridica de Chile, 1979, p. 43.

[230] No entanto, por rigor, anote-se que CASTELO BRANCO ROCHA, com base em Gaston May, afirma ter sido primeiro o pecúlio profectício, só depois, com Augusto, teria sido concedida a faculdade do pecúlio castrense. **O pátrio poder.** 2ª ed. São Paulo: Leud, 1978, p. 23.

[231] **Direitos de família.** Annotações e adaptações ao código civil por José Bonifácio de Andrada e Silva. Rio de Janeiro: Typ. Baptista de Souza, 1930, p. 268, nota 471. Acerca das modalidades de pecúlios, veja-se: *pecúlio profectício,* uma porção de patrimônio que o pai separa do acervo e entrega ao filho-famílias para que administre em seu próprio nome; *pecúlio castrense,* como já dito, remuneração que o filho-famílias adquire por conta do serviço militar, direta ou indiretamente, compreendendo bens que adquire na guerra e donativos, legados e herança de companheiros de armas; *pecúlio quase-castrense,* adquirido no exercício das letras, artes liberais ou como funcionário público; *pecúlio adventício,* bens que pelo seu modo de aquisição não entram nas outras categorias, são assim, os bens que o filho-famílias herda de sua mãe, os adquiridos por doação, legado ou herança de terceiros, os lucros advindos do *pecúlio profectício,* estando fora da companhia do pai e os bens que adquire nas artes mecânicas. PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direitos de família.** Annotações e adaptações ao código civil por José Bonifácio de Andrada e Silva. Rio de Janeiro: Typ. Baptista de Souza, 1930, p. 277. Ainda sobre os pecúlios veja-se: MORENO, Juan Alfredo Obarrio. **Estudios de tradición romanística: *tutela et curatela.*** Madrid: Dykinson, 2011, p. 34-36. Sobretudo no que toca ao pecúlio castrense e o amplo raio de ação a este relacionado, confira-se: *"En primer término, los* doctores legum *nos confirman que el padre no podia ni adquirir la propriedad, ni el usufructo de los bienes castrenses, porque únicamente le correspondia al hijo disponer sobre ellos, ya fuese en testamento, o en cualquiér transacción, lo que le permitia acudir a juicio en defensa de sus bienes,*

evolução cultural da noção de independência da juventude, o que colidiria frontalmente com esse tipo de estrutura de poder.

Uma última questão neste tópico é a dos frutos civis dos bens dos filhos de um matrimônio anterior. O cônjuge guardião poderia empregar esses frutos para bem da família como um todo? A pergunta não é especulativa, é prática. Basta pensar nas famílias reconstituídas.

Na órbita do Direito Argentino, Carlos H. Vidal Taquini estabelece que *"los frutos naturales o civiles de los bienes de los hijos de un matrimonio anterior de la mujer se deben considerar propios."*[232] De tal maneira, os frutos, sejam civis ou naturais, são incorporados ao novo regime matrimonial do cônjuge guardião.[233] Apenas observe-se que, em outros sistemas, não há usufruto dos bens, como no português e no espanhol.

Muito bem. Neste sentido, mesmo na falta de um artigo expresso neste particular, a solução é a mesma para o nosso Código Civil, exatamente, por conta da fruição que se tem dos bens. Embora não seja o usufruto dos bens dos filhos um direito real, este mantém características daquele usufruto convencional, cuja propriedade do fruto – não como paga ou compensação – lhe passa a integrar o patrimônio. Assim sendo, naturalmente poderá ser empregado na nova família como um todo. A própria idéia de solidariedade pode assim exigir. Ora, se o meio irmão (*rectius:* unilateral) pode ser chamado para, nos termos do artigo 1.697, prestar alimentos ao outro irmão unilateral ou germano, não há sentido nenhum em restringir o aproveitamento dos frutos de seus bens particulares para que revertam somente para si.

---

porque en torno a éstos: habeatur filius familias pro patre familias." MORENO, Juan Alfredo Obarrio. **Estudios de tradición romanística: *tutela et curatela.*** Madrid: Dykinson, 2011, p. 34.

[232] **Régimen de bienes en el matrimonio.** 3ª ed., 1ª reimp. Buenos Aires: Astrea, 1990, p. 320.

[233] *"Ese usufructo se incorpora como próprio al nuevo régimen emergente del matrimonio posterior del padre o de la madre, quedando bajo a la administración de ellos a tenor del art. 1276, usufructo que se regirá por los arts. 287 a 304 del Cód. Civil, y los princípios generales desarrollados en el § 205."* TAQUINI, Carlos H. Vidal. **Régimen de bienes en el matrimonio.** 3ª ed., 1ª reimp. Buenos Aires: Astrea, 1990, p. 320. Transcreve-se o artigo 1.276: *"Art. Cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición de sus bienes propios y de los gananciales adquiridos con su trabajo personal o por cualquier otro título legítimo, con la salvedad prevista en el artículo 1277.*
Si no se puede determinar el origen de los bienes o la prueba fuere dudosa, la administración y disposición es conjunta del marido y la mujer. El juez podrá dirimir los casos de conflicto.
Uno de los cónyuges no podrá administrar los bienes propios o los gananciales cuya administración le está reservada al otro, sin mandato expresso o tácito conferido por este. El mandatário no tendrá obligación de rendir cuentas."

Ademais, há o evidente argumento de ordem prática: como seria fiscalizada essa fruição? Não seria ela, essa fiscalização, um convite à cizânia na ordem familiar? Parece que sim.

3.2. Usufruto e administração dos bens dos filhos

a) Natureza do usufruto dos bens dos filhos

O usufruto legal que os pais possuem relativamente aos bens dos filhos deve ser bem compreendido, sobretudo naquilo que discrepa da regra geral de sobredito direito real sobre coisa alheia. Primeiro, já por sua feição *ex lege* é desnecessária qualquer anotação na matrícula dos bens de raiz. Segundo, possui alcance universal para todos os bens do filho sob seu poder familiar, não sendo um usufruto pontual como é o padrão, muito embora o disposto no artigo 1.390 do Código Civil. Terceiro, insistindo na temática do melhor interesse que alcança o instituto do poder familiar como um todo, não escapando a dimensão patrimonial, operativa para o seu desiderato. Nada mais. Assim, a liberdade na utilização dos frutos pelo genitor é restrita. Tanto é verdadeira esta afirmação que no limite haverá perda do poder familiar por administração ruinosa (art. 1.637), quando no usufruto normal, inerente ao capítulo do direito das coisas, em termos de extinção (art. 1.410); no que interessa, dar-se-á ou por destruição da coisa ou por culpa do usufrutuário quando aliena, deteriora ou deixa arruinar os bens, *"não lhes acudindo com os reparos de conservação".*

Há diferença saliente entre uma coisa e outra: no usufruto legal dos bens dos filhos, por administração deve-se entender a óbvia conservação do patrimônio, esta inerente à natureza do instituto mesmo[234], mas também a aplicação dos frutos[235].

---

[234] ARIAS, José. **Manual de derecho romano.** Buenos Aires: Editorial Guillermo Kraft Ltda., 1941, p. 291.

[235] Concorde com essa posição, as lúcidas observações de Denise Damo COMEL: *"Assim, pois, a melhor interpretação que se deve fazer relativamente ao usufruto legal dos pais sobre os bens dos filhos, o qual remanesceu no atual Código, é no sentido de que não poderão os pais apropriar-se de todos os rendimentos do filho, como usufruto de direito real, senão na medida do que seja necessário para fazer frente às despesas comuns da família, pois o usufruto é instituído no interesse do filho. O que sobejar continuará do filho, e incorporar-se-á ao seu patrimônio, ainda que sob a administração dos pais."* **Do poder familiar.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 147-148. Em sentido oposto, José Antonio de Paula SANTOS NETO. **Do pátrio poder.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 161.

Já no usufruto padrão, a deterioração ou a ruína que gera a extinção é aquela só do patrimônio; os frutos, o usufrutuário deles dispõe como bem aprouver, sem qualquer peia. Não interessa no que gasta, nem como gasta. A tutela alcança apenas o patrimônio. No usufruto dos bens dos filhos, seria um contrassenso advogar uma tutela só para a conservação do patrimônio, já que a causa legal desta figura é o proveito da unidade familiar, para a qual os frutos devem ser revertidos.[236] Daí, inclusive, a impossibilidade de cessão gratuita ou onerosa, já que sendo *ex lege* é indisponível.

É preciso ainda tecer mais algumas ponderações: a natural funcionalização do poder familiar acaba por repercutir na compreensão do usufruto. Cede o passo vetusta à doutrina que predicava ser *"um privilégio justo"*[237] e que sua *"finalidade precípua é isentar o pai duma prestação de contas injustificável*". Não é o usufruto um prêmio, uma compensação pelo fardo da paternidade. Aliás, para alguns, a figura não passa de um anacronismo remanescente de uma visão antiga do poder familiar.[238]

O usufruto legal dos pais sobre os bens dos filhos não é propriamente um usufruto, talvez se aproxime mais do uso, que possui restrições mais acentuadas. Sobretudo, não é um direito real. Explica-se facilmente esta afirmação: primeira e essencialmente, o usufruto sobre os bens dos filhos não adere à coisa, na verdade, só existe por conta de uma situação de direito pessoal, a situação jurídica complexa denominada poder familiar. Extinta esta, usufruto legal não há. Segundo, diz-se com razão que os direitos reais tendem à perpetuidade, as obrigações, ao contrário, nascem sob o signo da transitoriedade. Ora, o usufruto legal – embora o usufruto ordinário também possua prazo[239], mas longuíssimo (art. 1.410, III) – só perdura até

---

[236] Sobre a singularidade desse usufruto: *"O usufruto legal dos pais origina-se, consoante a lição de Planiol e Ripert ('Traité Élémentaire de Droit Civil', 3ª ed., tomo I, n. 1.928, págs. 654-655) de um instituto de natureza consuetudinária, denominado 'garde', e que consistia na faculdade de perceber as rendas dos filhos menores, sob condição de suportar certas obrigações no tocante aos mesmos, dentre as quais o sustento e a educação. Trata-se, segundo os mestres exímios, de instituto diverso do usufruto ordinário, constituindo-se:* 'plutôt un droit de famille qu'un droit patrimonial. '" FARIA, Anacleto de Oliveira. Natureza jurídica do usufruto legal dos pais sobre os bens dos filhos menores. **Revista dos Tribunais.** Vol. 441. Julho de 1972, p. 288.

[237] MORAES, A.T. Brito de. O usufruto dos bens dos filhos. **Revista dos Tribunais.** Vol. CXXX. Março de 1941, p. 10.

[238] MAZEAUD, Henri; MAZEAUD Léon; MAZEAUD Jean. **Leçons de Droit Civil.** Tome premier. Troisième édition. Paris: Montchrestien, 1965, p. 1.135.

[239] Possui prazo porque, sob certo ângulo, constitui-se num direito pessoal como observaram romanistas que estudaram a matéria, porque se a servidão é em favor de um prédio, o usufruto é em favor de alguém. Nesse sentido: *"Diz-se que o usufruto é um direito pessoal, no sentido em que é constituído, não como as servidões, em benefício de um prédio, mas em proveito de uma pessoa.*

cessar a menoridade dos filhos ou até sua emancipação. Insista-se ainda com um pequeno exemplo, apoiado no primeiro critério de discrímen: alguém bem sucedido profissionalmente, vindo de família paupérrima, se apieda de seu pequeno irmão absolutamente incapaz, vivendo em péssimas condições as quais ele próprio conseguiu sobrepujar, e dá-lhe em usufruto um apartamento para que a renda reverta em sua educação. O fato posterior da adoção do mesmo pequeno não elimina o direito real registrado (art. 1.391) na matrícula do imóvel, muito embora ele não seja mais irmão do primeiro. Obviamente, feneceu a causa, mas deverá mover ação desconstitutiva para retirar-lhe o gravame.

Já no caso da perda ou suspensão do poder familiar, não há como sustentar a manutenção do usufruto legal, a teor do artigo 1.689, *caput* do Código Civil vigente.

O direito de sequela do usufruto dado no exemplo acima derivaria diretamente da máxima *"uti lepra cuti",* da característica aderência do direito real à coisa. Já o direito de sequela do pai, na proteção dos bens do filho, não é próprio de uma categoria real. Tanto isso é verdade que o próprio filho, então nu-proprietário, possui legitimidade para, representado, mover ação judicial contra quem quer que seja.[240] E a legitimidade do genitor é concorrente com a do filho. Não é, portanto, de direito de sequela que se fala em referida hipótese, mas tão somente de uma pertinência subjetiva da lide, nos termos da técnica processual. Portanto, o usufruto legal é uma *discrição* contida na situação jurídica complexa de poder familiar cuja fruição

---

Portanto, não pode durar além da vida desta. A razão disto é indicada por Justiniano, que afirma ser inútil a propriedade gravada por um usufruto perpétuo (inutiles ... proprietates sempres abscendente usufructu) que, pelos poderes que confere ao seu titular, quasi faz desvanecerem-se os direitos do proprietário. No caso de o usufruto pertencer a pessoas morais, cuja vida é independente da humana Justiniano limita-lhe a duração a cem anos." CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. **Manual de direito romano.** 4ª ed. Saraiva, p. 150. A bem dizer, poderia se enquadrar o usufruto como uma servidão pessoal, assim como o uso e a habitação. E se as servidões reais eram perpétuas, as pessoais não. MEIRA, Sílvio A. B. **Instituições de direito romano.** 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1966, p. 242. Operando com a dicotomia *servidumbres reales y personales* vale trazer também o seguinte: *"Característica del usufructo es su condición de derecho temporario. Salvo convención respecto al plazo se extingue por la muerte del usufructuário, pues como dice Gayo (D. VII, 1, 3, 2), recordado en la nota del art. 2807 'para que las propriedades no fuesen completamente inútiles estando siempre separadas de ellas el usufructo, pareció bien que de cierta manera este se extinguiera y revertiese a la propriedad.'"* ARIAS, José. **Manual de derecho romano.** Buenos Aires: Editorial Guillermo Kraft Ltda., 1941, p. 291.

[240] *"Não falta à menor púbere legitimidade 'ad causam' ativa para propor ação de despejo visando à retomada de prédio para uso próprio, para nele instalar o seu futuro lar."* **Revista dos Tribunais.** Vol. 206. Dezembro 1952, p. 491. *"O fato de serem menores os locadores não os impede de retomar o prédio de sua propriedade, para uso próprio em companhia da genitora, uma vez que até esta mesmo o poderia fazer, como usufrutuária dos bens daqueles e obrigada à sua guarda e proteção."* **Revista dos Tribunais.** Vol. 182. Novembro 1949, p. 735. Doutro bordo, negando legitimidade concorrente do genitor: *"O usufruto decorrente do pátrio poder não se constitui em direito real, donde o respectivo titular não poder, como defesa em ação renovatória, pretender a retomada do imóvel para seu uso próprio."* **Revista dos Tribunais.** Vol. 327. Janeiro 1963, p. 640.

constitui antes um dever a manejar no melhor interesse dos filhos e da unidade familiar, nesta exata ordem.[241] Na legislação espanhola, como lembrado por Juana María del Vas González, o raio de ação do desfrute é claro – até porque, tendência a afirmar-se, os frutos não pertencem aos pais, mas aos filhos. Os bens são aplicados em atenção das *"cargas familiares",* e daquilo que for utilizado para tal mister não se precisa prestar contas[242]. Não há uma faculdade, naquele sistema, que se possa dizer um verdadeiro *jus fruendi.* Então, *a contrario sensu,* os frutos sabidamente não revertidos para os interesses da família, o que exigiria um início de prova bastante seguro, dariam margem à prestação de contas.

É o usufruto legal direito subjetivo em relação a terceiros porquanto constitui uma face operativa da própria proteção patrimonial do infante. No entanto, sua causa legal é o poder familiar. Destituída deste, nada restará. Finda sua causa eficiente, deixa ele de existir porquanto seu sustentáculo é absolutamente a lei, sendo desnecessária ação desconstitutiva.

Ao final do tópico, retomando a percepção de que talvez o que hoje a lei civil denomina usufruto dos bens dos filhos mais se aproxime da figura do uso, pondere-se que a funcionalização do poder familiar, a busca constante por sua legitimação não pode ignorar o que se faz com este direito de gozo sobre a fazenda do filho menor. Há um direito de gozo? Ora, o usufruto é figura que admite o uso e o gozo do bem inconsumível alheio, daí, portanto, não faz sentido limitar esta segunda faculdade dominial.

---

[241] *"A própria natureza especial dessa modalidade de usufruto é suficiente para explicar a dispensa do registro para a sua constituição. Aliás, não são poucos os que negam a este usufruto a qualidade de direito real, compreendendo-o como relação de natureza especial, regulada pelo direito de família."* GARBI, Carlos Alberto. **Relação jurídica de direito real e usufruto.** São Paulo: Método, 2008, p. 233.
"Ao usufruto legal devem ser aplicadas as regras do direito real, ainda que se possa ver uma diferença entre o usufruto estabelecido em favor do cônjuge ou companheiro sobrevivente e aquele que decorre do poder familiar, pois, o usufrutuário recebe em todas as situações poderes limitados sobre a coisa de conteúdo semelhante àqueles conferidos pelo usufruto convencional. Todavia, pertencendo ao direito de família essa forma de usufruto, impõe-se a conciliação dessas regras tendo em vista a predominância das características próprias do direito de família sobre o usufruto, de forma a compor verdadeiramente um regime especial sobre coisa alheia que merece estudo próprio." GARBI, Carlos Alberto. **Relação jurídica de direito real e usufruto.** São Paulo: Método, 2008, p. 235.

[242] **Instituciones jurídicas de protección del menor em el derecho civil español.** Madrid: Colegio de Registradores de la Propriedad y Mercantíles de España, Centro de Estudios, 2009, p. 213. Transcreve-se trecho do artigo 165 daquele código: *"Art. 165. Pertenecen siempre al hijo no emancipado los frutos de sus bienes, así como todo lo que adquiera con su trabajo o industria. No obstante, los padres podrán destinar los del menor que viva com ambos o com uno solo de ellos, em la parte que le corresponda, al levantamiento de las cargas familiares, y no estarán obligados a rendir cuentas de lo que hubiesen consumido en tales atenciones. (...)"*

Mas, no contexto em que se coloca o poder familiar atual, nada mais distante do princípio do melhor interesse do que uma liberdade ampla e irrestrita para o gozo dos frutos que a fazenda do filho produz. A consagração do usufruto evita emulação em pedidos de prestação de contas da administração, o que tem sua razão de ser. Mas há outros mecanismos para isso, a começar pela própria figura do abuso do direito de demandar.

Assim, porquanto guarda a feição o usufruto, embora limitada, e porque aproveita supletivamente seu regramento, parece que tecnicamente seria adequado pensar a administração dos bens dos filhos menos como usufruto e mais como uso, na medida em que o *ius fruendi* sofre incisivamente o impacto dos princípios de direito de família e, sobretudo, do direito de infância tal como posto na Constituição Federal e, também, porque não há no instituto do usufruto legal o caráter de compensação aos pais por seus esforços[243], percepção que hoje não encontra qualquer sustentáculo aceitável.

Um último quesito, rapidamente mencionado, é o referente àqueles bens que estariam fora do âmbito do usufruto dos pais. É o que consta textualmente do artigo 1.693 do Código Civil. O inciso I do artigo excetua do usufruto e da administração *"os bens adquiridos pelo filho havido fora do casamento, antes do reconhecimento."* Tirando a questão da nomenclatura, o artigo 391, I, do Código Civil de 1916 falava em filho ilegítimo. Nada mudou. Aqui se busca evitar um reconhecimento com

---

[243] *"Outros justificam esse atributo* [o usufruto] *com a idéia da comunidade doméstica, em que todos compartilham de um mesmo orçamento, sem discriminação das fontes de receita e sem especificação das despesas. Parece-nos deva a tudo isto sobrepor-se a finalidade harmonizadora, afastando discórdias que nasceriam de considerações pecuniárias competitivas, nas relações entre pai e filho."* Esclarecemos no colchete. PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil.** v. 5. Direito de família. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 293. Expressamente entendendo que o *"usufructo não passa de uma compensação dos encargos que se resumem em duas palavras – criação e educação."* CUNHA PEIXOTO, Carlos Fulgencio da. Patrio poder e usufructo dos bens dos filhos. Intelligencia dos arts. 225 e 393 do C. Civil. **Revista forense comemorativa, 100 anos.** t. 4 Eduardo de Oliveira Leite e José Pacheco da Silva (coords.) Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 28. Criticando o usufruto legal dos bens dos filhos, ainda quando do Projeto n. 634/75, Clóvis V. do COUTO E SILVA: *"O paterfamilias não tem sua atividade orientada em seu favor, pois, quando administra bens de seu filho, sua ação, obrigatoriamente, deve realizar-se em favor do administrado, muito embora o Projeto nº 634/75 ainda atribua ao pai usufruto dos bens dos filhos menores, o que não me parece de acordo com nossa época. O art. 1.893 do Código Civil português, que instituía o usufruto legal sobre os bens dos filhos menores, foi revogado pelo Decreto-Lei nº 496/77, transformando os pais em administradores, e não em usufrutuários daqueles bens."* Direito patrimonial de família no projeto de código civil brasileiro e no direito português. **Revista de Informação Legislativa,** Brasília, v. 16, n. 62, abr./jun. de 1979, p. 139. No direito espanhol: *"Dispone el primer párrafo del artículo 165 que 'pertenecen siempre al hijo no emancipado los frutos de sus bienes, así como todo lo que adquiera com su trabajo o industria.' La regla es consecuencia lógica de la suprésion del antiguo usufructo paterno y, a su vez, corolário del principio establecido en el artículo 354 de que todos los frutos pertenecen al proprietário."* LASARTE, Carlos. **Compendio de derecho de familia.** Madrid: Dykinson, 2011, p. 231.

intuito exclusivamente financeiro. O inciso II, na esteira da progressiva independência dos filhos, aponta que, se o filho relativamente incapaz possui maturidade para trabalhar, possui para administrar os frutos desta atividade.[244]

O inciso III, tratando de disposições testamentárias ou doação sob a condição de não serem usufruídas ou administradas pelos pais, traz consigo celeuma antiga.

É que se discutia sobre a possibilidade ou não de excluir do usufruto legal os bens inerentes à legítima do filho. J. V. Castelo Branco Rocha entendia que só se poderia excluir a quota disponível do testador não alcançando a legítima dos filhos.[245] José Antonio de Paula Santos, entendendo diversamente, – também escrevendo ao tempo do Código Civil de 1916 – afirmou o seguinte: *"O inc. I do art. 390 do CC fala simplesmente em 'bens deixados', sem estabelecer distinção de qualquer espécie. Logo, não há por que entender não possa o testador excluir o usufruto legal também com respeito aos bens componentes da legítima."*[246] Nestor Duarte comunga da tese da impossibilidade de restrição do usufruto legal da legítima. Aponta que, não obstante a intangibilidade da legítima não atingir foros de absoluta, as exceções devem ser expressas por conta do artigo 1.721 (do antigo Código Civil, conforme se referiam o autor e artigo 1.846 do Código Civil atual, cujo sentido é o mesmo) que estabelece a proteção àquela como o padrão legal.[247] Esta é a melhor posição, preservando uma unidade e respeitado o parâmetro legal, cujas exceções não se deduzem, mas são expressas.

b) Dissociação da guarda da pessoa dos filhos e do usufruto e administração de seus bens

Algumas precisões, separando fenômenos que parecem compor um todo incindível, é preciso fazer. A guarda é uma dimensão operacional do poder familiar, mas não é todo ele. O usufruto é discrição obtida no exercício deste com reversão

---

[244] *"Se o menor tem aptidões para adquirir bens, em razão de seu trabalho ou indústria, é de admitir que tenha a capacidade necessária para administrá-los."* CASTELO BRANCO ROCHA, J. V. **O pátrio poder.** 2ª ed. São Paulo: Leud, 1978, p. 259. Na verdade, nesse inciso, cuida-se de filho relativamente incapaz, já em condições de emancipação, vez que possui economia própria, nos termos do artigo 5º, p.u., inciso V, do Código Civil. MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família.** 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 667.

[245] **O pátrio poder.** 2ª ed. São Paulo: Leud, 1978, p. 260.

[246] **Do pátrio poder.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 173.

[247] **Proteção jurídica dos bens de incapazes.** Tese (doutorado). São Paulo: Fac. de Direito da Univ. de São Paulo, 1988, p. 55.

dos frutos em prol da família. A administração dos bens constitui a atividade de gerenciar os bens, de raiz ou não, do menor, e aplicar, investir os frutos destes oriundos. São institutos diferentes, muito embora profundamente relacionados. Na verdade, a distinção, e mais, a possibilidade de cindir cada um destes atributos vem em favor do melhor interesse da criança, e a serviço de uma família democrática que faz uso do melhor das capacidades de seus componentes.

Sobre a guarda, dissociando-a analiticamente do poder familiar como conjunto maior, Ana Carolina Brochado Teixeira bem sinaliza para uma hipertrofia do instituto da guarda, ao qual se atribuiria mais importância do que ele de fato tem[248], já que não pode sobrepor-se a autoridade parental (trabalha com essa nomenclatura) como um todo. Insiste e demonstra que até o produto legislado acaba por confundir guarda e autoridade parental, dando como exemplo o artigo 33 do ECA.[249] Havendo guarda, cabe ao guardião a assistência material, moral e educacional. O cônjuge não guardião estaria livre destas atribuições? O problema é que a guarda do Código Civil é diferente da guarda do ECA porque a primeira advém da paternidade, e a segunda é espécie do gênero *"colocação em família substituta"* (art. 28, *caput*, ECA). A segunda guarda exsurge exatamente para solucionar a falta daquela primeira. Daí, sim, faz sentido arrolar de modo tópico (art. 33 ECA) as atribuições da guarda.[250] No entanto, isto não tira o acerto da observação de que a guarda, voltando a falar de

---

[248] **Família, guarda e autoridade parental.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 105.

[249] *"Constata-se a confusão conceitual e de alcance existente entre guarda e poder familiar, o que motiva a investigação da real diferença entre eles. O art. 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA dispõe que a guarda implica na prestação de assistência material, moral e educacional, o que confere ao seu detentor o direito de opor-se a terceiros. Portanto, implica a guarda os cuidados cotidianos com o filho. Estaria o genitor não-guardião exonerado desse zelo? Estaria ele adstrito somente às "macrodecisões" na vida dos filhos? Embora a titularidade do poder familiar fosse mantida no 'pós-separação', seria seu exercício atribuído* in totum *ao guardião?"* TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, guarda e autoridade parental.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 107.

[250] Nesse sentido, a guarda teria ainda função de permitir maior aparato de cuidado para a criança. Como no caso do avô que possui guarda compartilhada do neto e o tem como seu dependente em plano de saúde. Veja-se: *"AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. 1. Plano de Saúde. Demonstração da viabilidade, em princípio, de inscrição da neta do agravado como dependente e beneficiária do seu plano de saúde. Recorrido que detém a guarda compartilhada da menor, sendo a infante sua dependente, por força do disposto no artigo 33, parágrafo 3º, da Lei n. 8.069/90. Menor, à vista das peculiaridades do caso, que deve ser equiparada à condição de filha menor do recorrido, estando autorizada, em princípio, a figurar como dependente do Plano de Saúde. 2. Negativa, ademais, que poderá retirar da infante cobertura médico-hospitalar. Necessidade, ao menos por ora, de manutenção do plano. DECISÃO MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO."* TJSP, Agr. Instr. n. 0185441-40.2012.8.26.0000, rel. Donegá Morandini, j. 18.09.2012. Ainda sobre a guarda estatutária: GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada:** um novo modelo de responsabilidade parental. 5ª ed. São Paulo: RT, 2010, p. 69.

casais separados e divorciados, não pode ser tida como a única manifestação do poder familiar. Nisto a autora está corretíssima.

Até porque, a tendência limitadora de entender a guarda somente como exercício do poder familiar está na contramão da paternidade responsável. Ora, o exercício de quem tem a guarda é evidentemente mais intenso, mais visível e sua influência na vida e no psiquismo da criança, mais palpável. No entanto, isto não quer dizer que o não guardião não esteja no exercício do poder familiar. Ora, o não guardião para uma série de temáticas será instado, já a começar pela emancipação e pela autorização para casamento de menor com idade núbil (art. 1.634, III).

Definindo de modo simples, a guarda implica ter o filho consigo, sob seus cuidados. O usufruto de seus bens equivale a ter a legitimidade para o gozo, *ius fruendi*, de seus bens. Nota-se que esse gozo tem lá suas limitações porque deve reverter em prol da unidade familiar, aproximando-o do uso (art. 1.412, *caput*). Já a administração é a gerência dos mesmos bens, cuja posição geralmente coincide com aquela do usufruto, ou seja, quem detém o primeiro, detém a segunda.

Sem embargo disso, a possibilidade de a guarda e o usufruto serem apartados da administração parece possível e já havia sido prevista no Anteprojeto da lavra do professor Orlando Gomes[251]:

> *Art. 256. Administração dos Bens dos Filhos – A administração dos bens pertencentes aos filhos menores será exercida pelo genitor escolhido de comum acordo, ou pelo pai, se os cônjuges não deliberarem a êsse respeito.*

Neste mesmo sentido, vejam-se os seguintes artigos do Código Civil Português e Espanhol:

> ***Artigo 1915º - Inibição do exercício das responsabilidades parentais***
>
> *1. A requerimento do Ministério Público, de qualquer parente do menor ou de pessoa a cuja guarda ele esteja confiado, de facto ou de direito, pode o tribunal decretar a inibição do exercício das responsabilidades parentais quando qualquer dos pais infrinja culposamente os deveres para com os filhos, com grave prejuízo destes, ou quando, por inexperiência, enfermidade,*

[251] **Anteprojeto de Código Civil.** Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1963.

ausência ou outras razões, não se mostre em condições de cumprir aqueles deveres.

2. A inibição pode ser total ou limitar-se à representação e administração dos bens dos filhos; pode abranger ambos os genitores ou apenas um deles e referir-se a todos os filhos ou apenas a algum ou alguns.

3. Salvo decisão em contrário, os efeitos da inibição que abranja todos os filhos estendem-se aos que nascerem depois de decretada.

Art. 156. *La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos os genitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del outro. Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad.*

En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrán acudir al Juez, quien, después de oir a ambos y al hijo si tuviera suficiente juicio y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá sin ulterior recurso la facultad de decidir al padre o la madre. Si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuirla total o parcialmente a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigência durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder dos años.

En los supuestos de los párrafos anteriores, respecto de terceros de buena fe, se presumirá que cada uno de los genitores actúa en el ejercicio ordinário de la patria potestad con el consentimiento del otro.

Si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. Sin embargo, el Juez, a solicitud fundada del otro genitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el outro genitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio.

Neste ponto, a previsão da legislação brasileira sobre a guarda compartilhada (Lei n. 11.698/2008) não toca de maneira específica na distribuição de funções, conforme o artigo 1.584. Entretanto, poderia muito bem dele constar. Na verdade, não é bem de guarda compartilhada que se está a falar, mas de distribuição de

funções propriamente dita, abarcando todas as nuances da vida da criança, sobretudo a administração de bens do filho, e a guarda como elementos seccionáveis.

A hipótese que se vislumbra, é aquela na qual, para bem do interesse do infante, este deve permanecer sob a guarda e cuidados de um; e, o outro, melhor aparelhado para tal, com a administração de bens. Claramente, haverá de existir cuidados para que aquele que administra, possuindo *"a chave do cofre"*, não se utilize deste mister como elemento de chantagem, o que a experiência indica bastante provável. Então, qual é a vantagem desta proposta? Sua validade repousa na exata proporção das aptidões e condições de cada genitor para o que se busca o exemplo seguinte: suponham-se genitores, cuja união foi desfeita. A guarda fica com aquele que oferece as melhores condições para a criança. No entanto, é o outro que possui as melhores condições e a *expertise* para administração dos bens. Notar que se é certo que a uma pouca monta de bens não há grande dificuldade, contrariamente , pensar em participações acionárias, imóveis diversos, a complexidade se avoluma. Assim, não seria de estranhar que eventualmente aquele mais aparelhado para a dimensão do cuidado cotidiano, da atenção diuturna à criança, não é aquele mais aparelhado – os motivos podem ser vários – para a administração de patrimônio vultoso.

Obviamente, a conveniência na distribuição das funções deve ser avaliada pelo magistrado, e, mais ainda, o objeto de acompanhamento. Ora, mas a própria guarda compartilhada, mecanismo que representa ainda um passo adiante em relação a uma mera *distribuição de funções*, pressupõe determinado ambiente, determinada elevação na conduta e no discurso de ambos os genitores. Sem isto fica impossível predicar o compartilhamento. Logo, a possibilidade de desvios e chantagens não seria fomentada por conta da proposta de distribuição das funções que já acontece na prática diversas vezes, mas que deriva de um dado estado de ânimo dos ex-cônjuges.

Ainda sobre a separação do usufruto legal da administração, como possibilidade aceitável tecnicamente, veja-se que o artigo 730 do Código Civil de 1916 e o artigo 1.401 do código atual, admitem essa separação.[252] Assim, no caso, a administração do patrimônio gravado fica com um e a fruição, com a evidente administração dos frutos, com outro. Neste aspecto, trabalhando com a doutrina de Carlos Alberto Garbi, também se constata a distinção para o caso de falta de caução

[252] MORAES, A. T. Brito de. O usufruto dos bens dos filhos. **Revista dos Tribunais.** Vol. CXXX. Março de 1941, p. 15.

ou de risco de deterioração ou perda dos bens.[253] Manobra bastante comum, é a transferência de bens aos filhos, com reserva de usufruto. Ora, num caso desses, se o usufrutuário acaba por ser interditado, talvez por conta de uma demência senil ou uma incapacidade qualquer, embora sem sua administração, os frutos continuam seu direito. Responderia, então, o curador pela administração, mesmo que seja ele o nu-proprietário.[254]

A jurisprudência, de seu turno, não desconhece este tipo de situação em que há a separação da administração do usufruto e o direito aos frutos. Veja-se:

> *Prestação de contas – Usufrutuária impossibilitada do exercício do usufruto – Administração que recai aos nu-proprietários, competindo ao condômino administrador prestar contas de despesas de manutenção e conservação, para fins de rateio equânime pelo princípio do condomínio – Exclusão de despesas pessoais do usufrutuário. Provimento em parte.*[255]

> *AÇÃO DE COBRANÇA - DOAÇÃO - USUFRUTO - FRUTOS CIVIS - RENDIMENTO DECORRENTES DA LOCAÇÃO - PERTENCENTES À USUFRUTUÁRIA - ILEGITIMIDADE ATIVA - RECONHECIMENTO - SENTENÇA MANTIDA.*
> *Nos termos do artigo 1.394, do Código Civil, o usufrutuário tem direito à posse, uso, administração e percepção dos frutos, os quais podem ser naturais, como frutos das árvores, ou - como é o caso, civis, como os rendimentos decorrentes da locação.*
> *De acordo com o artigo 2.012, do Código Civil cada herdeiro deverá colacionar a doação feita por ambos os cônjuges, que será conferida por metade no inventário de cada um, eis que se presume que cada um dos*

---

[253] **Relação jurídica de direito real e usufruto.** São Paulo: Método, 2008, p. 244.

[254] No caso de doação, poderia até haver revogação por ingratidão, na falta de correta administração dos frutos e de misteres assistenciais. Veja-se:
"ESCRITURA PÚBLICA DE DOAÇÃO COM RESERVA DE USUFRUTO. LOTE DE TERRENO URBANO. REVOGAÇÃO DE DOAÇÃO POR INGRATIDÃO E INEXECUÇÃO DO ENCARGO DE ASSISTÊNCIA ALIMENTAR E MÉDICO- HOSPITALAR. DOADOR SOLTEIRO, COM IDADE AVANÇADA E SAÚDE DEBILITADA. PROPOSITURA DA AÇÃO PELO DOADOR ANTES DO SEU FALECIMENTO. DECADÊNCIA. NÃO CONFIGURAÇÃO. INEXECUÇÃO DO ENCARGO PELOS DONATÁRIOS. ABANDONO ASSISTENCIAL DO DOADOR. PROVA TESTEMUNHAL EM CONSONÃNCIA COM OS DEMAIS ELEMENTOS CONSTANTES DOS AUTOS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ADEQUAÇÃO. RECURSO DE APELAÇÃO PROVIDO EM PARTE." TJPR, Apel. Cível n. 846610-8, rel. Fernando Wolff Bodziak, j. 18.07.2012.

[255] TJSP, Apel. Cível n. 384.151-4/5, rel. Ênio Santarelli Zuliani, j. 21.02.2008.

doadores efetuou a liberalidade meio a meio. Considerando que a genitora usufrutuária do imóvel ainda está viva e, evidentemente, não houve o seu inventário tem-se como indene de questionamento de que os frutos decorrentes da locação do imóvel pertencem à usufrutuária e não à apelante. Com efeito, patente a ilegitimidade ativa da parte apelante para requerer o ressarcimento dos valores decorrentes da locação do imóvel.[256]

c) Atos de administração ordinária e atos de administração extraordinária

Central é o problema de distinguir atos de administração ordinária daqueles que não são. É daí que deriva a proteção dos bens dos filhos porque, para o segundo caso, o Estado-Juiz faz incidir sua interferência. A administração ordinária radica nas operações cotidianas para a manutenção da vida do filho. São elas, dentre muitas: pagar mensalidades escolares, administrar gastos com saúde, roupas, viagens. Se o filho possui apartamentos locados: receber e dar quitação, administrar os tais imóveis.

A administração ordinária contaria ainda com uma presunção *hominis* de anuência do outro genitor, exatamente pelo caráter de óbvia normalidade que tais atos possuem. Fosse ele o guardião, também faria do mesmo modo. Explicando: são pagamentos, despesas, recebimentos que de ordinário acontecem. O elemento repetição é um forte indicativo deste atributo; administração *"ordinária",* pelo evidente de sua constância, geralmente mensal. Também, ordinário, pelos valores não excessivos para o padrão de consumo a que os frutos dos bens do menor fazem frente. Os seus bens, gerando vultosas quantias, o nominal do que seja *ordinário* cresce.

Atos de administração extraordinária podem ter pelo menos duas justificativas: preceito legal e a anormalidade, o desvio do padrão, com operações excessivamente arriscadas à fazenda do infante. A primeira, fácil, implica observar disposições da lei, sobretudo do artigo 1.691 do Código Civil. A anormalidade pode ser reiterada e abusiva, a demandar suspensão do poder familiar, nos termos do artigo 1.637 do

[256] TJMG, Apel. Cível n. 1.0476.10.001002-6/001, rel. Sebastião Pereira de Souza, j. 28.09.2012.

Código Civil, ou episódica, exigindo apenas a sanação do vício de nulidade (p.u. do artigo 1.691).

J. V. Castelo Branco Rocha sobre os atos de administração arrolou o que a doutrina entende por administração ordinária, da seguinte maneira:

> *Segundo a doutrina e a jurisprudência, entende-se que ao pai é permitido, por constituir simples administração, a prática dos seguintes atos:*
> *1.º) Locar ou arrendar prédios da propriedade do filho, considerando-se que a locação ou arrendamento não se faça por tempo indeterminado;*
> *2.º) Receber juros, rendas, etc;*
> *3.º) Contrair em nome do filho empréstimos relacionados com a administração do patrimônio do menor, e que possam ser pagos com os rendimentos do incapaz. Se o empréstimo excede as rendas do menor, o ato ultrapassa a administração comum, e só terá validade com a autorização do juiz, nas hipóteses de necessidade ou utilidade (art. 386);*
> *4.º) Pagar impostos;*
> *5.º) Assumir a defesa judicial do filho;*
> *6.º) Alienar os móveis, a esse fim destinados;*
> *7.º) Cobrar dívidas ativas;*
> *8.º) Aceitar doações, legados ou herança, sem encargo;*
> *9.º) Contratar seguros em benefício do menor.*[257]

Especificamente sobre o 5º item - assumir a defesa judicial do filho -, há opinião de peso divergindo. Com efeito, Pontes de Miranda, com base em jurisprudência de sua época, divisa o ato de contratar locação de bens do menor como de administração ordinária, ao contrário: *"não o é contratar honorários de advogado para propor a ação de cobrança ou a de despejo (cf. 1ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 14 de fevereiro de 1944, 149, 636)."*[258] Igualmente, a transação de que resulte alienação de imóveis requer autorização judicial.[259]

---

[257] **O pátrio poder.** 2ª ed. São Paulo: Leud, 1978, p. 233-234.
[258] PONTES DE MIRANDA. **Tratado de direito privado.** t. IX. Rosa Mª Andrade Nery (atual.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 197.
[259] PONTES DE MIRANDA. **Tratado de direito privado.** t. IX. Rosa Mª Andrade Nery (atual.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 197.

A contratação de honorários ser tida como administração extraordinária, com o devido acatamento, parece exagero. Se o menor possui imóveis locados, faz parte do cotidiano da administração destes mover ações judiciais na defesa de seus interesses, inclusive, em alguns casos, medidas cautelares. De tal sorte, manietar a atuação do genitor administrador, neste quesito, poderá gerar prejuízos desnecessários ao próprio filho. O que talvez seja de bom alvitre é, aproveitando o fato de que o exercício da advocacia é atividade submetida à autarquia fiscalizadora que, nos termos do art. 22, §2º, da Lei n. 8.906, de 04 de julho de 1994, estabelece por suas Seccionais tabela de honorários. Ora, os honorários tabelados representam o padrão ordinário do mercado, pelo que, tranquilamente, constituem administração ordinária sem necessidade alguma de intervenção judicial. Em contrapartida, a contratação de um parecer jurídico, contratações de *due diligence* não podem ser consideradas padrão ordinário, exigindo a cognição judicial. A jurisprudência, salvante algumas ressalvas, acolhe esta mesma posição.[260]

Sobre o tema, a doutrina de Nestor Duarte enfatiza que, primeiro, a administração acaba por envolver também a conservação do patrimônio dos filhos[261]; segundo, aponta não só a restrição aos atos de alienação, mas também, àqueles que ultrapassam a *"mera administração".*[262] Os atos excedentes da mera administração

---

[260] *"HONORÁRIOS DE ADVOGADO – CONTRATO CELEBRADO POR REPRESENTANTE LEGAL DA MENOR PARA DEFESA DE INTERESSES DESTA – VERBA A SER DEDUZIDA DOS VALORES DEPOSITADOS EM NOME DA MENOR CONFORME PREVISÃO CONTRATUAL – POSSIBILIDADE – VALIDADE DO CONTRATO – DESNECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL – AUTO DE SIMPLES ADMINISTRAÇÃO – INTELIGÊNCIA DO ART. 1.691 DO CC. VALOR CONTRATUAL REPUTADO EXCESSIVO – REDUÇÃO DETERMINADA.*
Verificada situação abusiva, capaz de causar gravame excessivo e injustificável ao patrimônio do incapaz, pode o magistrado adotar as providências necessárias para impor limites aos poderes de administração dos representantes legais e, por conseqüência, reduzir o valor da obrigação contratual assumida, situando-o em patamar que atenda a critérios de razoabilidade e justiça. AGRAVO PARCIALMENTE PROVIDO." TJSP, Agr. Instr. n. 967829-0/8, rel. Andrade Neto, j. 05.04.2006.
"ALVARÁ – Expedição pretendida para levantamento de depósitos em nome de menores, com vistas ao pagamento de honorários advocatícios contratados – Insurgência contra o indeferimento – Obrigação contraída pela mãe que não exorbita os limites da simples administração – Demonstração pelo advogado, ademais, do total e fiel cumprimento do mandato – Agravo provido." TJSP, Agr. Instr. n. 210.816-4/5-00, rel. Erbetta Filho, j. 18.09.2001.

[261] DUARTE, Nestor. **Proteção jurídica dos bens de incapazes.** Tese (doutorado). São Paulo: Fac. de Direito da Univ. de São Paulo, 1988, p. 52.

[262] *"Releva notar que a lei confere aos pais a administração dos bens dos filhos, mas não permite livremente atos de disposição. Embora a restrição maior e clara seja para a alienação de imóveis, dependente de autorização judicial, emerge do melhor entendimento que, também, os atos que ultrapassam da mera administração encontram peias e assim julgou o Tribunal de Apelação do Rio de Janeiro: 'Menor sob pátrio poder. Na administração de seu patrimônio, que a lei atribui ao tutor nato, não se compreende a faculdade de livre disposição do dinheiro ao mesmo pertencente. Há necessidade de inscrição da hipoteca legal, para que possa o tutor assumir a administração do patrimônio do menor' (Tribunal de Apelação/R.J. – Ag. n. 4.477 – v.u. – 6ª Câmara – 18.8.39 – Rel. Des. Raul Camargo – Evangelina de Figueiredo Tavares x 4º Curador de Órfãos) – R. Forense, Rio*

podem ser praticados, em caráter especialíssimo, por necessidade ou evidente utilidade da prole, e precedidos de autorização judicial (artigo 1.691). A necessidade ou evidente utilidade foi, ao longo do tempo, interpretada assim: necessidade material do filho, nunca do pai[263]; necessidade de venda para evitar a deterioração ou a ruína do bem ou evidente utilidade constituída por um ganho objetivo que sobrepuje a alienação do patrimônio.

Carente de produção específica, o tema tem, em Castelo Branco Rocha e Nestor Duarte, dois representantes dos poucos que dissertaram a respeito. Dentre as observações do primeiro autor, posto que já o artigo 386 (atual 1.691) não traçava linha clara, estabelece que: **(i)** se o imóvel não estabelece rendas compensadoras, não se justifica sua manutenção; **(ii)** se deteriorado, não há vantagem em repará-lo; **(iii)** se situado em lugar distante, a dificuldade na sua administração não compensa.[264] Em tais hipóteses, demonstrada a vantagem da venda, o juiz a autorizará mediante alvará. Estevam de Almeida obtempera que a utilidade evidente deriva quando é de se prever, de tais atos, vantagens ou aumento de patrimônio, *"que antes não eram esperados ou eram incertos."*[265]

Outra observação interessante é também que, por vezes, principalmente pensando nos atos de instituição de gravames reais, estes são condição para obtenção de fundos para um determinado negócio. O financiamento de uma safra, por vezes, é garantido por hipoteca. É aqui que o magistrado terá de se imiscuir na própria avaliação da viabilidade do empreendimento. Mas sua avaliação deverá ser, tanto quanto possível, objetiva sobre as perspectivas e riscos do negócio, não se tratando em absoluto de substituir-se na administração. Esta sutileza não é de se ignorar. Não é o que ele acha, mas o que uma avaliação apropriada dos aspectos postos traz como conclusão. Até algum risco seria aceitável se na proporção do patrimônio do menor não representasse impacto significativo e os ganhos justificassem sua assunção.

---

de Janeiro, 81: 161-2, jan. 1940. Nesse julgado, a mãe pretendia a livre administração e disposição de dinheiro, produto da venda de imóvel pertencente a menor. A pretensão foi repelida, argumentando-se que para tal extensão, necessário fora a especificação de hipoteca legal a favor da filha, nos termos dos artigos 827 e 840 do Código Civil." DUARTE, Nestor. **Proteção jurídica dos bens de incapazes.** Tese (doutorado). São Paulo: Fac. de Direito da Univ. de São Paulo, 1988, p. 59-60.

[263] No caso o pai pode pedir alimentos, mas não pretender a venda mediante simples autorização judicial com esse fim. PONTES DE MIRANDA. **Tratado de direito de família.** v. III 3ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1947, p. 127.

[264] **O pátrio poder.** 2ª ed. São Paulo: Leud, 1978, p. 244.

[265] **O pátrio poder.** 2ª ed. São Paulo: Leud, 1978, p. 244.

É aqui, na assunção de riscos, fazendo parte da administração bem como da inversão de valores buscando ganhos de capitais que, ela, constitutiva de atitude normal, e esperada por um administrador diligente, se ressente da falta da hipoteca legal sobre os bens do genitor administrador, nos termos do anterior art. 827, II, do Código Civil revogado.[266]

Não é caso de pretender anular o risco porque, senão, a administração não se dará em sua integralidade, nem terá potencial de fazer crescer o patrimônio do incapaz, máxime, se o administrador está aparelhado para enfrentá-lo, seja por sua experiência profissional, seja pelo seu padrão socioeconômico ou pelo cuidado com que cercou as possibilidades de fracasso, fazendo acompanhar uma série de preparativos como a contratação de consultoria, empresa de auditoria, análises de mercado, etc.

O segundo autor, Nestor Duarte, observa que a obtenção do alvará, sendo procedimento de jurisdição voluntária, nos termos do artigo 1.109 do Código de Processo Civil, não está limitada à legalidade estrita, podendo, portanto, haver uma apreciação judicial mais livre sobre as suas circunstâncias.[267] No entanto, as garantias para o patrimônio do filho devem ser revisitadas como um tema importante para sua proteção integral, abrangendo evidentemente o seu patrimônio, coisa que a atual doutrina civil negligenciou.

d) Gestão dos bens dos filhos

É preciso atenção ao Projeto de Lei n. 2285/2007 (Estatuto das Famílias), especificamente em relação ao artigo 92, cuja redação tratando da matéria da administração dos bens dos filhos, dá a falsa impressão de que se aproveitará da figura da gestão de negócios[268], definida pelo próprio código como ato unilateral

---

[266] *"Quanto à inversão de valores, o assunto comporta discriminação. A inversão de valores não deve importar em risco para o patrimônio do menor. Onde existir perigo, risco, espírito de aventura, probabilidade de diminuição do patrimônio do incapaz, haverá naturalmente inconveniência do investimento. Mas é perfeitamente admissível o investimento de capitais em imóveis, dada a valorização da propriedade imobiliária. A inversão de valores não se fará sem a autorização do juiz, a menos que o pai tenha instituído a hipoteca legal."* ROCHA, J. V. Castelo Branco. **O pátrio poder.** 2ª ed. São Paulo: Leud, 1978, p. 238.

[267] **Proteção jurídica dos bens de incapazes.** Tese (doutorado). São Paulo: Fac. de Direito da Univ. de São Paulo, 1988, p. 123.

[268] *"Art. 92. Os pais, no exercício da autoridade parental, são gestores dos bens dos filhos. Parágrafo único. Não podem os pais alienar, ou gravar de ônus real os imóveis dos filhos, nem contrair, em*

juntamente com a promessa de recompensa (Livro I – Do Direito das Obrigações, Título VII – Dos Atos Unilaterais, Capítulo II – Da gestão de negócios).

Já de saída, vale afirmar: a administração dos bens dos filhos não é obrigação qualquer, mas obrigação qualificada pela própria finalidade e pela notória influência direta do texto constitucional a interferir grandemente na sua dinâmica, mais até, do que o desejável para outras espécies obrigacionais.

No entanto, pensando que com o Estatuto há uma completa derrogação do Livro do Direito de Família, poder-se-ia pensar que a responsabilização, a prestação de contas dentre outros temas, ficariam com a gestão de negócios. Nada mais equivocado.

Aqui é chegado o momento de proclamar a gentil colaboração de um dos grandes artífices do Estatuto das Famílias, o Professor Paulo Lôbo, que esclareceu o tema de maneira induvidosa.

Até porque, a gestão de negócios é bastante severa, como no caso da responsabilização por culpa leve, o que colocaria os pais em nível inferior ao mandatário.

A gestão é empregada no sentido de administração, no entanto, num sentido maior. Com argúcia, aponta que no parágrafo único, tratando do conflito na administração e dos limites de disposição dos bens dos filhos, se utiliza a expressão *"simples administração"*.[269]

3.3. Proteção dos bens dos filhos

a) Conflito de interesses

Definir interesse é tema filosófico ou pelo menos de teoria geral do direito, o que torna possível servir-se, com aceitável coerência, de autores que versaram o tema

---

nome deles, obrigações que ultrapassem os limites da simples administração, salvo por necessidade ou evidente interesse da prole, mediante prévia autorização judicial."

[269] O eminente civilista gentilmente esclareceu o ponto via *email*, pelo que externada gratidão a ele e a Professora Titular Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka nossa orientadora, cujo afeto e atenção possibilitaram o contato com o citado autor. Transcreve-se sua observação na íntegra, em respeito e lealdade: *"O dispositivo projetado afirma que os pais, no exercício da autoridade parental, são gestores dos bens dos filhos. Não se pode extrair dessa última expressão que se tenha remetido a matéria para a gestão de negócios. Gestão está no mesmo sentido de administração dos bens dos filhos, da lei atual, porém com alcance maior. Veja-se que o parágrafo único alude 'a simples administração', quando evidencia o limite, acima do qual o conflito de interesses deve ser decidido pelo juiz"*

do conflito de interesses em âmbito completamente diverso: o do direito societário, onde encontra muito maior produção até por conta da dicção do artigo 156 da Lei das Sociedades Anônimas. De forma que é perfeitamente possível aportar, em análise introdutória sobre o interesse, sua natureza e seus conflitos, doutrina daquela seara[270], estabelecendo, desde logo, a distinção entre interesse econômico e interesse existencial ao aproveitar a dicotomia do próprio código.

Interesse é relação, e a legislação previamente estabelece um balanceamento entre uma pluralidade deles. Assim, a norma abstrata predica uma antecipada solução de interesses em jogo, onde a relação existente entre a necessidade de alguém e a utilidade que determinado bem lhe dará para fins de satisfação daquela prevalece em relação a outros interesses, ou seja, em relação a outros interessados em situações jurídicas que não aquela contemplada na norma[271]. Assim sendo, *"por interesse pode-se entender a relação existente entre um sujeito, que possui uma necessidade, e o bem apto a satisfazê-la, determinada na previsão geral e abstrata de uma norma."*[272] A hipótese não só prevê qual interesse será protegido, mas também, pode prever o modo para sua satisfação. Todavia, pensando em cláusulas gerais, as quais não possuem consequente prefixado, isso não acontece.

O conflito de interesses desponta, por conseguinte, no embate entre duas ou mais necessidades efetivas ou potenciais sobre o mesmo objeto de direito, o qual pode ser um bem tangível ou intangível, de apreciação econômica ou não. O conceito de bem, em direito de família, claramente assume um cariz mais próximo do existencial, disso não há dúvida.

A guarda, não se pode dizer que tenha apreciação econômica; o direito de visitas também não. Interessante, então, um breve bosquejo sobre o fundamental conceito de bem:

Tradicionalmente, bem é interesse passível de apropriação jurídica e, no mais das vezes, com apreciação econômica (a integridade moral não sendo apropriável é,

---

[270] FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. **Conflito de interesses nas assembléias de S. A.** São Paulo: Malheiros, 1993.

[271] A lei além de destinada a resolver conflitos de interesse é ela mesma produto de vários interesses. Portanto, *"quer na vida, corrente, quer nos domínios militares, todos os comandos se fundam em interesses. Assim também nas leis. Estas são resultantes dos interesses materiais, nacionais, religiosos e éticos, existentes na comunidade jurídica e lutando pelo predomínio."* HECK, Philipp. **Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses.** Trad. José Osório. São Paulo: Saraiva, 1947, p. 19.

[272] FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. **Conflito de interesses nas assembléias de S. A.** São Paulo: Malheiros, 1993, p. 15-16.

no entanto, passível de apreciação econômica, já que se indeniza o dano moral puro). É que ser fora do comércio não implica na ausência de apreciação econômica.

Notar que o próprio conceito de obrigação trabalha com a apreciação econômica, conteúdo de patrimonialidade, sobretudo se consultada a doutrina civil[273]. No segmento tributário, José Souto Maior Borges ataca essa patrimonialidade como não essencial ao conceito de obrigação, dizendo tratar-se de argumentação *"ad hoc",* esforçado na constatação de que dever jurídico é categoria formal, e obrigação, categoria dogmática (em verdade, categoria jurídico-positiva e não lógico-jurídica) variável conforme o campo de estudo[274]. Sendo assim, não se poderia aceitar como enunciado universal a afirmação de que toda obrigação tem conteúdo patrimonial.[275] Estas considerações para relativizar o dogma da patrimonialidade, ponderar se a própria expansão do conceito de bem jurídico, que poderia passar a abranger inclusive a categoria rarefeita do afeto, se entendido, além de norma-princípio, como objeto de direito em si mesmo, levaria a uma revisitação do conceito de obrigação. A própria obrigação alimentar, em si mesma, é existencial, portanto, não é passível de cessão ademais de imprescritível, muito embora as prestações devidas tenham conteúdo econômico apreciável.

Buscando apoio em doutrina, remeta-se a Luigi Ferrajoli, o qual, explicitamente, predica por revisão do conceito de bem, *prius* do conceito de obrigação. Afirma tal autor que as acepções tradicionais de coisa – *"todos aqueles objetos observáveis e tangíveis que possuem um valor de uso"* [276] – e de bem –

---

[273] Compete, no entanto, anotar que há duas abordagens possíveis dessa patrimonialidade do liame obrigacional. A primeira, a aludir à prestação debitória de caráter econômico. A segunda, referindo-se ao fato de que pelo inadimplemento responde somente o patrimônio do devedor. Se a segunda abordagem não pode gerar discussão, no direito brasileiro, até por conta do artigo 391 do Código Civil atual. ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. **Direito das obrigações.** 12ª ed. reimp. Coimbra: Almedina, 2011, p. 101. Sem embargo disso, tratando da primeira abordagem o citado Mário Júlio de ALMEIDA COSTA, trabalhando o objeto das obrigações, afirma que, atualmente, o direito português impõe, apenas, *"que o interesse do credor seja digno de tutela"*, esclarecendo ainda, que *"o Cód. Civ. Alemão (§241) e o Cód. das Obrig. suíço (arts. 68 e segs.) omitem qualquer referência ao requisito da susceptibilidade de apreço econômico da prestação. Pelo contrário, o Cód. Civ. Italiano (art. 1174) distingue o interesse do credor na prestação (que não tem de ser patrimonial), da prestação em si mesma (que tem de ser susceptível de avaliação econômica) (ver U.BRECCIA,* Le obbligazioni, *cit., cap. I, nºs 8 e segs., págs. 36 e segs.)."* **Direito das obrigações.** 12ª ed. reimp. Coimbra: Almedina, 2011, p. 710-711, nota 2. Realmente, no Código Civil Português consta: *"Art. 398º - Conteúdo da prestação (...) 2. A prestação não necessita de ter valor pecuniário; mas deve corresponder a um interesse do credor, digno de protecção legal."*

[274] **Obrigação tributária (uma introdução metodológica).** 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 38.

[275] **Obrigação tributária (uma introdução metodológica).** 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 60.

[276] **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais.** Trad. Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cadermatori, Hermes Zanetti Júnior, Sérgio Cadermatori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 51,

"coisas que podem ser objeto dos direitos" [277] –, designam apenas os bens patrimoniais. No entanto, existem bens que não são coisas, e mais, bens que não possuem dimensão patrimonial, embora sejam juridicamente tutelados. Até porque, nem todos os direitos são passíveis de apreciação econômica ontologicamente falando, existindo apenas uma gradação lenitiva como é o caso evidente do dano moral.

Voltando ao conflito de interesses, este pode assumir conotação amplíssima, referindo-se a quaisquer interesses juridicamente tutelados. No entanto, a topografia do artigo 1.692 do Código Civil, já que consta do Subtítulo II – Do Usufruto e da Administração dos Bens de Filhos Menores, está a indicar com segurança que o dispositivo trata de interesses patrimoniais a exigir a nomeação de curador especial[278], o que não implica, em absoluto, na inexistência de conflito de interesses no plano existencial. Muito pelo contrário. É que em conflitos desse naipe, o caso será, a depender da gravidade, de suspensão ou perda do poder familiar sem mais demora.

O conflito poderá ser efetivo ou potencial. Ambos poderão ensejar a aplicação do artigo 1.692, já que há um elemento de precaução que urge enfatizar. Logo, o conflito de interesses deflagrado, já tendo causado dano ao menor, poderá ser objeto gerador do desfazimento do negócio, bem como da indenização, se for o caso. No entanto, o antagonismo de situações jurídicas independentemente do resultado conflitivo no qual o interesse do representante acabe por, indevidamente, sobrepujar ao interesse do menor, mesmo abstratamente posto, poderá e deverá gerar a aplicação do dispositivo com a nomeação de curador especial.

É da natureza do conflito de interesses espiritualizar-se, alcançando situações de provável colisão[279]. Sendo mais preciso, o fato é que os interesses já estarão em

---

[277] **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais.** Trad. Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cadermatori, Hermes Zanetti Júnior, Sérgio Cadermatori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 51,

[278] Atenção para a seguinte nuance, restringindo a nomeação de curador especial, tal como posta por José Antonio de Paula SANTOS NETO: *"O curador especial funcionará, exclusivamente, quando houver conflito de interesses entre pais e filhos. Por isso, não concordamos com Castelo Branco Rocha quando este preleciona que 'Dar-se-á curador especial ao menor, não só quando houver colisão de interesses, mas também quando o incapaz não tem representante legal, ou quando este, por qualquer circunstância, estiver impedido'. A fala de representação, data vênia, enseja a nomeação de tutor. Mesmo que seja momentânea, o correto será indicar tutor* ad hoc*."* **Do pátrio poder.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 161.

[279] Nesse sentido: COMEL, Denise Damo. **Do poder familiar.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 165. ROCHA, J. V. Castelo Branco. **O pátrio poder.** 2ª ed. São Paulo: Leud, 1978, p. 236.

conflito. O resultado lesivo ao menor simplesmente concretiza o interesse de agir, tornando necessária a demanda ressarcitório-anulatória porque sua pretensão foi inelutavelmente resistida em relação àquela outra. Há uma facilidade aqui: o princípio do melhor interesse da criança é um redutor de dificuldades, assim, investigado o contexto, se o melhor interesse do representado foi posto de lado, é o quanto basta.

Mais uma vez, usando-se da doutrina de Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França, verifica-se que acerca do direito de voto do acionista, pela sua proibição em conflitos de interesses, divergem os doutrinadores. Uns são pelo conflito de interesses formal, suficiente para impedir o voto, outros, no entanto, pela análise caso a caso para aferir se há substancialmente conflito.[280] No entanto, a racionalidade ali é de que se vai proibir um direito. Logo, faz sentido a posição que exige uma análise mais acurada, não apriorística, para a proibição.

Já na administração dos bens dos filhos, direito não há. Como já dito, a tendência é cada vez mais afirmar-se o *munus* – o que, aliás, no futuro, poderá até ser repensado, em se chegando a certos exageros que, não raras vezes, posições perfeitamente corretas assumem – então, a racionalidade aqui é acautelatória. Logo, estando o genitor administrador em situação formal diametralmente oposta aos interesses do filho representado, nada há que perquirir. Valerá, então, que o conflito de interesses existente em contrato, ato unilateral ou até carta de intenções firmada pelo genitor a externar conflito provável com os interesses patrimoniais do representado, é razão formal bastante para que o genitor, nessa situação, seja substituído pelo curador especial.

Por conseguinte, o conflito de interesses sempre pode dizer-se efetivo, potencial. Será prejuízo para o filho a ocorrer, ou não, dependendo da sublevação dos interesses de seu representante legal em detrimento de seus próprios.

b) Suspensão do poder familiar por administração ruinosa

A expressão *"administração ruinosa"* conhece mais de uma aplicação. Assim sendo, serve como fundamento para a suspensão do poder familiar (artigo 1.637),

---

SANTOS NETO, José Antonio de Paula. **Do pátrio poder.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 161.

[280] **Conflito de interesses nas assembléias de S. A.** São Paulo: Malheiros, 1993, p. 92.

mas serve também como fundamento para a desconsideração da personalidade jurídica (artigo 50 do Código Civil e 28 da Lei n. 8.078/90). As consequências apontam para o caráter de dever da administração, representando antes de tudo uma sujeição. E o fato de a expressão *"administração ruinosa"* não ser desconhecida do direito privado, constituindo um verdadeiro *topoi* (lugar comum de argumentação).

De antemão, os atos em representação legal podem ser praticados dentro dos limites que esta permita, ou não, resultando numa aplicação da teoria *"ultra vires".* Em face do Cap. II, do Livro III, Da Representação, podem-se vislumbrar os limites da representação legal e anulabilidade dos negócios efetuados em conflito de interesses com os do representado. Vale lembrar, aliás, que há dois regimes para o problema do abuso do poder de administrar por parte dos genitores: **(i)** o primeiro, aquele constante do artigo 119, *caput,* do Código Civil sendo, portanto, *"anulável o negócio concluído pelo representante em conflito de interesses com o representado, se tal fato era ou devia ser do conhecimento de quem com aquele tratou"* e; **(ii)** o segundo, da nulidade, aquele do artigo 1.691, também do Código Civil.[281]

A administração ruinosa, regra geral, será aquela que gera perda patrimonial ao filho. Ruína não é inépcia por si só. É inépcia qualificada pelo decréscimo patrimonial, oriundo de um ou vários fatos atribuíveis por nexo causal à conduta do administrador, tratando-se de responsabilidade subjetiva. Logo, preservado o patrimônio do filho, nada poderia ser assacado contra o genitor administrador. No entanto, considerando a aderência que os frutos têm com os interesses do filho e das próprias *"cargas familiares"*, podem-se divisar as situações seguintes:

Aquela, consistente em negócios ruinosos, seja porque desacompanhados das garantias que seriam de se esperar, seja pela imprudência que envolvem, ou ainda, pela falta de técnica no planejar-se.

Mas também aquela, consistente na dilapidação dos frutos que os bens de capital do menor geram. Assim, não basta manter o patrimônio do menor, até porque, com as variáveis econômicas, manter um patrimônio é muito relativo. Deve o administrador empregar os frutos nas necessidades do administrado, fazendo-lhe

[281] Notar que, o artigo 1.691, p. u., restringe o rol daqueles que podem pleitear a nulidade. No entanto, esse rol não é limitação para o Ministério Público, porquanto a instituição pode atuar nos casos previstos em lei, o que é aplicação do princípio da especialidade, em face mesmo da sua singularidade institucional, dada pelo próprio art. 127, *caput,* da Constituição Federal, repetido, na órbita do Estado de São Paulo, pelo art. 1º, *caput,* da Lei Complementar Estadual n. 734, de 26 de novembro de 1993, que instituiu a lei orgânica do Ministério Público do Estado. Mais ainda, sendo o caso de nulidade, o rol do artigo 1.691 implica irregularidades insanáveis, nos termos do artigo 169, logo, perfeitamente classificáveis como veiculando interesse indisponível do menor.

aplicações financeiras de risco aceitável para o homem médio; investimentos, garantindo seu futuro e sua estabilidade. No limite, mesmo a inação do administrador, quando ruinosa aos interesses patrimoniais do petiz, poderá gerar a suspensão do poder familiar para, assim, permitir uma atuação mais expedita e especializada para solver uma situação emergencial: a venda de um imóvel que ameace ruína. Ou por exemplo: medidas emergenciais exigidas por uma empresa que necessite urgentemente capitalizar-se, sendo o pai representante legal do filho no conselho de administração, e administrador de sua participação societária.

Digno de nota, o pensamento de José Antonio de Paula Santos Neto observa que a preservação do patrimônio do filho poderá caracterizar a administração ruinosa, sem culpa, podendo justificar intervenção no exercício do poder familiar. Visualiza, portanto, uma feição precautória que, no entanto, deve ser vista com certo cuidado. Ele mesmo anota que tal se justificaria apenas com ocorrência de anormalidade.[282] Portanto, claro, administração ruinosa não é aquela sobre a qual sobrevêm prejuízos normais.

Notar que a suspensão do poder familiar por administração ruinosa não eliminará do genitor os atributos inerentes à sua faceta existencial . A interpretação, ademais, deve ser restrita: a administração ruinosa só gera a suspensão, jamais a perda, e se houver culpa ou dolo, poderá o filho processar o genitor administrador, regido o tema pelas regras da responsabilidade civil subjetiva.

No entanto, uma observação: o dano gerado por alienação fraudulenta desautorizada pelo juiz, parece ser, senão uma objetivação da responsabilidade, ao menos, um argumento fortíssimo que caberá ao administrador desconstruir.

c) Anulação de atos gravosos

Desdobrando o tema anterior, os atos gravosos ao patrimônio do menor por conflito de interesses são anuláveis. Os atos gravosos oriundos de infração do art. 1.691 do Código Civil são nulos de pleno direito.

O tema em si acaba por suscitar, se ainda o há no nosso sistema, o benefício de restituição. O Código Civil anterior tinha vedação expressa a respeito, no artigo 8º: *"Na proteção que o Código Civil confere aos incapazes não se compreende o*

[282] SANTOS NETO, José Antonio de Paula. **Do pátrio poder.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 187.

benefício de restituição." Da contribuição de Teixeira de Freitas, na sua Consolidação das Leis Civis, o que se verifica é que o benefício de restituição tinha o caráter de *"ultima ratio".*[283]

O caráter excepcional da figura era fruto do decalque da figura do direito romano, notando-se que, já ali, o elemento de equidade pesava fortemente na atuação do pretor, somente quando não havia outra solução prevista.[284] E se naquele direito, existiam seis causas de restituição – *minoritas*[285]*; vis ac metus*[286]*; dolus malus*[287]*;*

---

[283] *"Art. 12. O benefício de restituição é concedido aos menores para poderem rescindir os actos extrajudiciaes, e judiciaes, em que forem lesos durante o tempo da menoridade."*
"Art. 13. Este benefício é extraordinário, só se concede em falta de remédio ordinário; e nos casos, e pela fôrma, que o direito determina." Em nota, esclarece o jurisconsulto brasileiro: *"Em falta de remédio ordinário, isto é, quando a lesão não póde ser reparada por outro qualquer meio judicial; especialmente quando o acto é nullo ou annullavel, caso em que a lesão póde ser reparada por via acção de nullidade, ou pela allegação desta em defesa – L.16. princ., e §§1º e 3º Dig. 'deminorib." O benefício de restituição suppõe que o acto é válido, segundo as regras geraes, mas que foi lesivo – 'minor non restituitur tanquam minor, sed tanquam lesus'. – Nos casos, isto é, quando se em dado uma lesão de alguma importância (abaixo da lesão enorme), ou pelo menos se esteja exposto á soffrê-la."* TEIXEIRA DE FREITAS. **Consolidação das leis civis.** 2ª ed. augmentada. RJ: Laemmert, 1863, p. 7-8.

[284] *"Especie do* jus singulare, *definido na L. 16 D. de leg., era a restituição dos romanos um remédio extraordinário, que aproveitava a menores e maiores, uma vez reunidas as condições para ella estabelecidas. Foi o excessivo rigor do antigo direito civil que deu causa á instituição, de que nos occupamos. Segundo esse direito podia succeder que, pelo simples motivo de ter ou não sido observada a forma civil dos actos, produzisse todos os seus effeitos um acto, que consagrava flagrante injustiça, ou ficasse sem effeito um acto livremente praticado pelas partes. Para remover esse mal usava o pretor de dous expedientes. Onde tanto bastava, concedia acções e excepções novas. Onde mais pedia a necessidade, empregava o meio extremo de anullar as consequencias prejudiciaes do acto, considerando este como não existente, e repondo as cousas no estado, em que antes delle se achavão. Era este segundo recurso que se chamava* restituere in integrum." OLIVEIRA, A. de Almeida. **O benefício de restituição *in integrum* –** trabalho theorico e pratico**.** Rio de Janeiro: B.L. Garnier, 1886, p. 3-4.

[285] *"Competia ao menor, que havia validamente soffrido damno em virtude de acto ou omissão prejudicial á seus direitos, ainda que o mal não fosse consequencia directa do acto ou omissão, mas resultado de acontecimento posterior, ou de sua inexperiencia ou leviandade: e isso quer o menor tivesse obrado por si ou por intermédio do seu tutor ou curador, quer fosse ou não o acto confirmado pelo juiz."* OLIVEIRA, A. de Almeida. **O benefício de restituição *in integrum* –** trabalho theorico e pratico**.** Rio de Janeiro: B.L. Garnier, 1886, p. 54-55.

[286] Aquele obrigado por violência tinha em seu favor a exceção *"quod metus causa para negar cumprimento ao acto, ainda não executado; e a acção do mesmo nome para rehaver a cousa extorquida, quando o acto violento já tinha produzido os seus effeitos, isto é, quando tinha elle tido por effeito extinguir um direito ou acção do intimado."* (...) *"Foi todavia preciso applicar a restituição ao caso, porque: a excepção não habilitava o lesado a recobrar a cousa, mas só a repellir a acção do seu adversário, antes de haver o acto produzido effeito; e a acção apenas dava um credito pecuniário, que a insolvabilidade do réu muita vez podia frustar. Com a restituição não tinha o lesado prejuizo algum, pois dava ella uma* in rem actio, *que lhe permittia rehaver a própria cousa, não obstante a insolvabilidade do reu."* OLIVEIRA, A. de Almeida. **O benefício de restituição *in integrum* –** trabalho theorico e pratico**.** Rio de Janeiro: B.L. Garnier, 1886, p. 64-66.

[287] Também aqui *"a necessidade de soccorrer por outro modo a vitima da fraude, o que fazia o pretor: no caso de insolvabilidade do contractante auctor da fraude – concedendo ao lesado uma* in rem actio *semelhante á que nas mesmas condições obtinha o violentado; no caso de insolvabilidade do terceiro auctor da fraude – obrigando a parte innocente, que auferiu lucro, a restituir a cousa ou seu valor."* OLIVEIRA, A. de Almeida. **O benefício de restituição *in integrum* –** trabalho theorico e pratico**.** Rio de Janeiro: B.L. Garnier, 1886, p. 72-73.

error[288]*; capitis deminutio*[289]*; absentia*[290] – apenas duas passaram para o nosso direito antigo, pretérito ao Código Civil de 1916: a minoridade e a ausência.[291]

Assim, não há possibilidade de encampar a figura do benefício de restituição, sob pena de o mercado, como sempre reage a determinado tipo de intervenção estatal, simplesmente alijar ou encarecer demais os interesses que os menores poderiam legitimamente veicular por seus representantes.

Dizendo de outro modo: ninguém mais venderia para menores ou repassaria o risco no preço; ou, o que é pior, despontariam as variadas simulações ou vendas à interposta pessoa. Mais ainda, não haveria como se falar numa repristinação do instituto que deveria ser expressa.

Hoje, a figura não encontra guarida no sistema positivo atual, por qualquer ângulo que se a analise. O que se pode sim, perfeitamente, é utilizar a figura da lesão, ou até responsabilizar o representante administrador pelo prejuízo que o negócio válido gerou, com base na responsabilidade subjetiva.

Com relação ao ato que infringe o art. 1.691, já mencionado, tratar-se de nulidade *ipso iure*, o caso, como se observa até da gênese do benefício de restituição, nem sequer precisava de tal artifício, restrito que era aos atos válidos. De tal sorte, mesmo com relação aos atos anuláveis por conflito de interesses (art. 119), não seria o benefício de restituição o mecanismo adequado, mas a competente ação anulatória,

---

288 *"Não havendo outro meio de reparar ou prevenir a lesão, podia o erro, que á ella deu causa, motivar o benefício de restituição, tanto nos actos do processo, como nas relações da vida civil. No primeiro caso era muito commum a restituição por causa de erro, uma vez que fosse de facto, e excusavel, isto é, não devido á extrema negligencia da parte." (...) "No segundo caso, erro não relativo a termos do processo, como não havia regras fixas, que o mencionassem de modo expresso, acreditão alguns que o erro não era causa geral de restituição."* OLIVEIRA, A. de Almeida. **O benefício de restituição *in integrum* –** trabalho theorico e pratico**.** Rio de Janeiro: B.L. Garnier, 1886, p. 79-81.

289 *"A capitis deminutio anniquilava todas as relações de direito civil existentes pro ou contra o individuo, que a soffria. Como dahi resultava a extincção das acções, que terceiros podião ter contra o diminuto, o que para elles era uma injustiça, pois não intervinhão no acto, dada a capitis deminutio mínima, concedia o pretor uma restituição, que restaurava asa acções dos credores, extinctas pela mudança do estado do devedor."* OLIVEIRA, A. de Almeida. **O benefício de restituição *in integrum* –** trabalho theorico e pratico**.** Rio de Janeiro: B.L. Garnier, 1886, p. 84.

290 *"Foi provavelmente á favor de algum soldado ou prisioneiro de guerra, para haver cousa por outro usucapida em sua ausencia, que pela primeira vez se concedeu restituição por este motivo. Como quer, porém, que fosse, pouco bastou para a jurisprudencia apoderar-se das considerações de equidade, que aconselharão o precedente, e applical-a á espécies tão variadas, que comprehendião todas as perdas provenientes de omissão, que o individuo podia soffrer por effeito de ausencia própria ou de outrem."* OLIVEIRA, A. de Almeida. **O benefício de restituição *in integrum* –** trabalho theorico e pratico**.** Rio de Janeiro: B.L. Garnier, 1886, p. 85-86.

291 OLIVEIRA, A. de Almeida. **O benefício de restituição *in integrum* –** trabalho theorico e pratico**.** Rio de Janeiro: B.L. Garnier, 1886, p. 182. Ainda sendo de dizer que para ato nulo era ociosa a restituição, que somente incidia sobre ato válido. OLIVEIRA, A. de Almeida. **O benefício de restituição *in integrum* –** trabalho theorico e pratico**.** Rio de Janeiro: B.L. Garnier, 1886, p. 177.

ação essa que não contém restrição expressa na legitimidade ativa, apenas valendo – é evidente – as restrições inerentes à pertinência subjetiva da lide.

No limite, até quem negociou com o representante e não sabia do conflito de interesses, teria interesse em agir para desfazer o negócio antes de, por exemplo, efetuar investimentos de vulto no bem que dele deriva, sob o risco de perdê-lo posteriormente.

d) Caução e hipoteca legal

Caução é gênero do qual decorrem aquela real e a fidejussória. No sistema do Código Civil de 1916 sempre se observou a hipoteca legal, espécie de caução real, como garantia do filho em relação à administração do genitor dela incumbido, ou de ambos, sendo o caso.

No entanto, o Código Civil de 2002 não prevê a figura da hipoteca legal contra o genitor administrador, tão somente existindo *"sobre os imóveis do pai ou da mãe que passar a outras núpcias, antes de fazer o inventário do casal anterior."* Cumpre notar que o sentido finalístico da hipoteca legal, reconhecido há muito tempo, é aquele de constituir-se numa providência para completar o sistema de garantias para proteção de pessoas que, por incapacidade, se acham impossibilitadas de defenderem-se.[292] Nunca foi ela a única proteção do incapaz. Em abono dessa afirmação, a própria responsabilidade que o exercício da representação legal gera. E se hoje existe a responsabilidade subsidiária do incapaz, nos termos do artigo 928 do Código Civil atual, esta deverá ser equitativa e não terá lugar, se privar o incapaz ou seus dependentes do necessário, conforme o parágrafo único.

A falta da previsão da hipoteca legal, todavia, se afigura uma involução. Não porque se esteja presumindo a má-fé do genitor administrador, até porque sempre haverá a figura da culpa aquiliana para proteger o incapaz. O ponto não é esse. O que acontece é que a hipoteca legal, pressupondo um concurso de credores, já favorecia o incapaz e com razão, ora, não é ele prioridade absoluta? Além do mais, quando da especialização da hipoteca (artigos 1.205 a 1.210 do Código de Processo Civil), já se tem uma garantia de solvabilidade para preservar o patrimônio do incapaz.

---

[292] PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direito das coisas.** vol. II. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977, p. 105.

Notar que, com olhos postos na própria finalidade da hipoteca legal, o benefício em um concurso de credores independeria de especialização, desde que não incidisse sobre outro imóvel já hipotecado, caso em que valeria a ordem do registro (artigo 186, da Lei n. 6.015 de 31 de dezembro de 1973). Assim, a teor do Código de Processo Civil, no seu artigo 711, o título legal da preferência do credor protegido pela hipoteca legal é a própria situação jurídica prevista na lei. A especialização apenas concentra esta proteção em um determinado bem.

Constatando a ausência da hipoteca legal, Denise Damo Comel acertadamente aponta que a garantia foi *"simplesmente suprimida, sem que outra figura análoga ou similar a substituísse."*[293] Assim sendo, continua ela, mantiveram-se os ônus em face do menor, porém, diminuíram-se suas garantias, em *"evidente retrocesso".*[294]

Tratando da hipoteca legal, José Antonio de Paula Santos Neto observou que se trata de uma hipoteca de natureza cautelar e abstrata, não correspondendo a um crédito concreto, no entanto, salvaguardando potencialmente os interesses do filho.[295]

Entretanto, é bom consignar o seguinte: o poder geral de cautela do magistrado, para fins de levantamento de valores por alvará, poderá muito bem exigir alguma garantia, desde que apresentando fundamentos concretos que justifiquem a medida.

Mais ainda, não havendo tratamento sobre o tema, poderá o magistrado, ao invés de exigir garantia real, exigir caução fidejussória. Se o fundamento para tanto não é *ex lege*, isto não impede que um direito judicial se erga tratando do tema, sempre que, dadas as variações concretas, se requeira maior proteção ao interesse pecuniário do incapaz.

Neste sentido, confira-se:

> *Levantamento de valor – A administração vinculada ao controle judicial parece mais adequada e garante melhor o futuro do incapaz – Na eventualidade de apresentar a mãe agravante especialização de hipoteca legal que garanta, sem risco, o patrimônio que quer administrar livremente, o levantamento pretendido pode ser renovado em primeiro grau – Recurso improvido, com observação.*[296]

---

[293] **Do poder familiar.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 161.
[294] **Do poder familiar.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 161.
[295] **Do pátrio poder.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 158.
[296] TJSP, Agr. Instr. n. 0055040-50.2012.8.26.0000, rel. José Luiz Gavião de Almeida, j. 21.08.2012.

Nada impede que, na falta da hipoteca legal, o magistrado exija a caução como hipoteca judiciária, aproveitando analogicamente do artigo 466 do Código de Processo Civil, com fundamento no poder geral de cautela do magistrado. De tal sorte, o alvará, a autorização para levantamento de bens, já condicionando à garantia real, poderia muito bem *"valer como título constitutivo de hipoteca judiciária"*, no valor do crédito versado. Notar ainda, que não haveria que se questionar de uma falta de adstrição ao pedido, vez que o artigo 1.109, do Código de Processo Civil, afasta a legalidade estrita na jurisdição voluntária, verdadeiro procedimento administrativo para proteção de interesses graves.

Tudo isso, sem esquecer que a Lei n. 12.399, de 1º de abril de 2011, alterou o artigo 974 do Código Civil para tornar possível a participação societária de incapaz em qualquer tipo de sociedade.

Como criticar, nesse contexto, uma decisão judicial que autoriza o levantamento de valores para aquisição de quotas, desde que com hipoteca legal especializada?

Essa garantia real, é bom que se diga, nem o rigor excessivo da gestão de negócios, tal como pretende o Estatuto das Famílias, substitui convenientemente. Porque de nada adiantará o rigor excessivo se faltar a solvabilidade que garanta a liquidação do dano patrimonial sofrido pelo incapaz, ou seja, a possibilidade de restituição integral.

e) Prestação de contas

A prestação de contas não pode ser interpretada como um óbice, um desrespeito à figura dos pais. É também uma garantia que tem sua razão de ser. Novamente com Denise Damo Comel, que bem enfrentou o tema, anote-se:

Primeiro, que o poder de administração e o usufruto dos pais não compreendem, por texto expresso, aqueles de disposição. Se não compreendem a disposição, interessa saber se o patrimônio sofreu diminuição, logo, absolutamente congruente à opção pela admissibilidade da prestação de contas.[297]

Segundo, eventual propositura emulativa, fruto da litigiosidade do casal, pode muito bem ser reprimida pela figura do abuso do direito de demandar, que conta com

[297] **Do poder familiar.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 161.

acolhida jurisprudencial. Logo, não é evitando a prestação de contas que se vai proteger a harmonia familiar, até porque, se alguém meramente cogita de acionar para ver as contas prestadas num contexto desses, o ambiente familiar já não é bom. Isso é óbvio.

Terceiro, o usufruto como já foi dito e repetido, deve ser bem compreendido. Assim, não há poder ilimitado na fruição, o direito de gozo existe, claro, mas é restrito ao aproveitamento na própria família.[298] Aqui, então, nem se trabalha com a dicotomia estabelecida por José Antonio de Paula Santos Neto, para quem a administração dos bens pode ser objeto de prestação de contas, mas a utilização dos frutos, podendo ser empregada livremente, não admitiria a mesma restrição.[299] Com o devido respeito, não se concorda: as contas devem ser prestadas, tanto para a administração do patrimônio em si, quanto para a aplicação dos frutos.

E, se é *munus*, poder-dever, claramente o poder familiar coloca o genitor administrador na condição de serviente dos interesses do filho. Não há razão lógica para que não preste as contas, o que não significa que, judicialmente, na falta de uma justificação plausível para que as exija, não possa o juiz entender pela falta de interesse de agir, ou até pelo abuso do direito de demandar.

3.4. Participação societária da criança e do adolescente – Lei n. 12.399 de 1º de abril de 2011.

Os rigores da hipoteca legal e da prestação de contas fazem todo sentido a julgar pela alteração que sofreu o artigo 974 do Código Civil, fruto da inserção de um parágrafo terceiro neste último, por via da Lei n. 12.399 de 1º de abril de 2011.[300] Alteração que veio em desabono do interesse da criança e do adolescente.

---

[298] Sobre o tema da prestação de contas, José Antonio de Paula SANTOS NETO, entende assim: *"Não se diga que o Código Civil, ao estabelecer o usufruto legal em favor dos pais, implicitamente os exonerou de prestar contas. Basta observar que, nos termos de seu art. 390, há bens que escapam do usufruto paterno, mas devem ser administrados pelos detentores do pátrio poder."* **Do pátrio poder.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 165.

[299] **Do pátrio poder.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 167.

[300] Com a alteração legal, a redação ficou assim: *"Art. 974. Poderá o incapaz, por meio de representante ou devidamente assistido, continuar a empresa antes exercida por ele enquanto capaz, por seus pais ou pelo autor de herança.*
§1º Nos casos deste artigo, precederá autorização judicial, após exame das circunstâncias e dos riscos da empresa, bem como da conveniência em continuá-la, podendo a autorização ser revogada pelo juiz, ouvidos os pais, tutores ou representantes legais do menor ou do interdito, sem prejuízo dos direitos adquiridos por terceiros.

Historicamente, sempre houve restrição à participação do incapaz menor em atividades empresariais.[301] No entanto, a participação societária é diferente de ser empresário. Empresária é a sociedade, seus cotistas são investidores. Mesmo assim, cumpre destacar algumas críticas à recente alteração legislativa:

A participação do incapaz em sociedades já era admitida desde o artigo 308 do Código Comercial (Lei n. 556 de 1850) que assim dispunha: *"Art. 308. Quando a sociedade dissolvida por morte de um dos sócios tiver de continuar com os herdeiros do falecido (art. 335, n.4), se entre os herdeiros algum ou alguns forem menores, estes não poderão ter parte nela, ainda que sejam autorizados judicialmente; salvo sendo legitimamente emancipados."* Este dispositivo, embora restritivo, sofria mitigação pela jurisprudência para autorizar a participação em sociedades limitadas e sociedades anônimas, restrito àqueles tipos societários previstos no Código Comercial.[302]

No entanto, algumas imprecisões constaram da alteração, como observou Cláudio Calo Sousa: a primeira, já com relação ao dispositivo alterado. É que o artigo 974 trata do empresário individual, que nada tem que ver com a sociedade empresária.

Neste sentido, observe-se que o artigo 974 trata do empresário, já os artigos 981 e seguintes tratam da sociedade empresária e suas espécies. Daí, o parágrafo terceiro estar mal colocado porque trata da possibilidade de incapaz ser sócio de

---

§2º Não ficam sujeitos ao resultado da empresa os bens que o incapaz já possuía, ao tempo da sucessão ou da interdição, desde que estranhos ao acervo daquela, devendo tais fatos constar do alvará que conceder a autorização.
§3º O Registro Público de Empresas Mercantis a cargo das Juntas Comerciais deverá registrar contratos ou alterações contratuais de sociedade que envolva sócio incapaz, desde que atendidos, de forma conjunta, os seguintes pressupostos:
I – o sócio incapaz não pode exercer a administração da sociedade;
II – o capital social deve ser totalmente integralizado;
III – o sócio relativamente incapaz deve ser assistido e o absolutamente incapaz deve ser representado por seus representantes legais."

[301] *"Para ser comerciante, a pessoa há de ser previamente capaz. Se se tratar, pois, de um menor ainda não emancipado, só há um caso em que o Código Comercial autoriza-o a exercer o comércio, isto é, permite-lhe o estabelecimento comercial: é o caso que examinaremos em o nº 134, infra, o dos menores que preenchem os dois requisitos seguintes:*

a) terem mais de 18 anos de idade;
b) terem autorização dos pais.

Preenchendo o menor tais requisitos, estará ele habilitado legalmente a estabelecer-se comercialmente, a ser comerciante. E, se tendo mais de 18 anos, devidamente autorizado, ele se estabelecer com economia própria, logrará a emancipação a que se refere o dispositivo do Código Civil, que estamos analisando." BORGES, João Eunápio. **Curso de direito comercial terrestre.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1964, p. 124.

[302] SOUSA, Cláudio Calo. O art. 974 do Código Civil e a novel Lei nº 12.399/2011: previsão retardatária e imprecisa. Mais uma do legislador. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2864, 5 maio2011 . Disponível em:<http://jus.com.br/revista/texto/19046>. Acesso em: 25 nov. 2012.

sociedade empresária. Deveria estar em outro local[303]. Mais do que isso, infringe a Lei Complementar 95/98, tratando do processo legislativo: *"para a obtenção de ordem lógica"* deve-se *"expressar por meio dos parágrafos os aspectos complementares à norma enunciada no* caput *do artigo e as exceções à regra por este estabelecida."*

Além do que, o parágrafo terceiro não especifica que tipo de sociedade se está a tratar, lembrando que não faz sentido algum permitir ao menor, absolutamente ou relativamente incapaz, que seja sócio de sociedade em nome coletivo ou comandita por ações. Este problema, entretanto, pode ser superado por uma intelecção sistemática do dispositivo, a começar pelo que consta do inciso II, que exige o capital totalmente integralizado. Ora, sociedade de responsabilidade ilimitada não requer o capital integralizado, ou seja, esta expressão denuncia a intenção do legislador em proteger o incapaz. Contudo, a lei disse menos do que deveria[304], mas já mencionou uma característica marcante para limitar a responsabilidade dos sócios: a integralização do capital, pensando nas sociedades limitadas.

Aliás, mesmo pensando na sociedade limitada, com capital integralizado e não exercendo, este, função de gerência, duas exigências do dispositivo, não parece que tal atuação atenda aos fins da proteção do incapaz.

Notar que as sociedades limitadas, hoje, passam por uma relativização da responsabilidade limitada dos sócios, fruto da teoria menor, afastando-se a personalidade societária sempre que prejuízo for verificado.[305] No direito do consumidor, o §5º, do artigo 28, daquele código, estabelece a desconsideração

---

[303] *"Desta forma, o disposto no artigo 974 do CC não guarda qualquer relação com sociedade ou sócio, mas si com empresário individual, pessoa natural, que vem a se tornar incapaz ou falecer. Neste caso, o referido dispositivo, acabando com uma polêmica doutrinária anterior, acabou preceituando que a atividade empresarial (e não a sociedade) poderá prosseguir com prévia autorização judicial, se for o caso, nomeando-se representante ou assistente, sendo o caso de incapacidade do empresário individual (pessoa natural). Ora, o novel §3º acrescentando que trata também de incapacidade, mas não do empresário individual, mas sim de sócio de sociedade, consequentemente, deveria ter sido inserido em outro dispositivo legal relacionado às sociedades e não no artigo 974 do CC, talvez como parágrafo do artigo 981 do CC."* SOUSA, Cláudio Calo. O art. 974 do Código Civil e a novel Lei nº 12.399/2011: previsão retardatária e imprecisa. Mais uma do legislador. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2864, 5 maio2011 . Disponível em:<http://jus.com.br/revista/texto/19046>. Acesso em: 25 nov. 2012.

[304] Na verdade, a leitura do próprio parágrafo 1º já demonstra que o legislador não quer submeter o incapaz a riscos. Daí, pode-se construir o sentido da limitação da participação societária do incapaz. A atividade empresária ou a participação societária de incapaz não é o padrão. Tanto é assim que só será atendido o rol de certas condições. É um comando excepcional, e, enquanto tal, deve ser interpretado restritivamente. O próprio sentido social da norma em análise, assim, o exige. LIMONGI FRANÇA, R. **Hermenêutica jurídica.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 49.

[305] GONÇALVES, Oksandro. **A relativização da responsabilidade limitada dos sócios.** Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 187.

sempre que a personalidade for de algum modo obstáculo ao ressarcimento de prejuízo causado ao consumidor. Igualmente, no direito ambiental, pauta-se pela teoria menor, conforme o artigo 4º, da Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998.[306]

Esta racionalidade é compatível com a proteção do patrimônio da criança e do adolescente? Máxime, pensando que a atividade empresarial, seja como empresário individual ou por via de sociedade empresária, não tem como abrir mão do elemento risco. Será o mais adequado esta permissão? Ainda mais, considerando a ausência da previsão de hipoteca legal para garantir o patrimônio do filho.

Concluindo, sobre a possibilidade de participação do menor incapaz, seja representado, seja assistido, em sociedades empresárias, vários tópicos serão aqui analisados.

Primeiro, a autorização judicial só será admissível para sociedades em que a responsabilidade é limitada e subsidiária dos sócios. Jamais se poderá autorizar a participação do menor em sociedades de responsabilidade ilimitada. Até porque, com apoio no artigo 1.691, isso vai contra o *"evidente interesse da prole"*.

Segundo, a racionalidade empresária de um modo geral trabalha com o elemento risco e com o erro, porque é exatamente daí que surge o lucro, o ágio. Isto é legítimo e intervenções judiciais corretivas em contratos empresariais devem ser recebidas com reservas. Daí, mesmo sendo possível, porque a lei assim o diz, esta participação societária é desaconselhável. Os interesses dos incapazes muito mais predicam uma estabilidade e uma segurança estranhas à dinâmica comercial, portanto, a viabilidade do negócio, do empreendimento, sempre deve ser avaliada para a autorização. O próprio parágrafo segundo do art. 974, do Código Civil, dispõe em evidente medida protetiva, que *"não ficam sujeitos ao resultado da empresa os bens que o incapaz já possuía, ao temo da sucessão ou da interdição, desde que estranhos ao acervo daquela, devendo tais fatos constar do alvará que conceder a autorização."* Portanto, o alvará já possui uma importância como elemento que demarca os bens sobre os quais não poderão incidir os resultados da empresa. Porém, da expressão *"desde que estranhos ao acervo daquela",* pode-se entender que, em caso de confusão patrimonial numa situação de desconsideração da personalidade jurídica, serão atingidos bens do menor que se imiscuíram com aqueles da massa, sendo o mais, matéria de prova em juízo.

---

[306] GONÇALVES, Oksandro. **A relativização da responsabilidade limitada dos sócios.** Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 171.

Terceiro, a hipoteca legal ou caução fidejussória a ser dada pelo representante legal que administra a participação societária do menor se afigura como essencial. Não seria ilegal que o magistrado somente autorizasse a participação sob garantias, fundado no poder geral de cautela, que pode muito bem ser invocado num caso desses. O fato é que, na sua avaliação, o juiz deverá computar a viabilidade e a segurança que o negócio oferece.[307]

Quarto, o menor incapaz se sujeita normalmente à falência e seus efeitos. Já era assim com o Decreto-lei n. 7.661/45. Com o advento do novo Código Civil, o seu artigo 3º, II, perdeu a razão de ser.[308] Com a nova lei de falências vale o mesmo: o artigo 2º estabelece taxativamente as hipóteses de não aplicação. Para todos os demais, vale a Lei n. 11.101/05.

Por fim, o argumento de que o menor não seria sujeito à falência porque não teria imputabilidade penal para os crimes falimentares confunde esferas autônomas e finalidades diversas.

No dizer de Sérgio Campinho, a finalidade da falência é a solução judicial para os casos de insolvência, com proteção das relações de mercado e o alinhamento de uma ordem de preferência concursal. E *"essa finalidade deve ser prestigiada, independente de estar ou não o sujeito passivo apto a responder por crime falimentar."*[309] Postura diferente cria insegurança jurídica e desequilíbrio, até para os incapazes, que, com a lei própria (Lei n. 11.101/05), podem valer-se da recuperação judicial e das medidas que lhe são próprias para preservação da empresa, tanto quanto possível.

3.5. Obrigação alimentar em evolução.

Observa Paulo Lôbo que a expressão direito a alimentos é uma metonímia, porque esse direito só surge por conta de deveres inadimplidos *"correlativos a direitos emergentes de situações familiares, de parentesco e de qualificação jurídica*

---

[307] *"Alvará judicial para hipotecar imóvel residencial doado aos menores por terceiros – Pretensão dos genitores ao oferecimento do bem em garantia hipotecária para a obtenção de financiamento destinado à expansão dos negócios familiares – Ordem concedida – Apelação do Ministério Público – Negócio de risco sem esclarecimento e muito menos prova do proveito ou de segurança para o bem dos menores – Sentença reformada – Apelo provido para negar o alvará."* TJSP, Apel. Cível n. 994.09.283507-1, rel. João Carlos Garcia, j. 24.08.2010.

[308] *"Art. 3º. Pode ser declarada a falência: (...) II – do menor, com mais de dezoito anos, que mantém estabelecimento comercial, com economia própria."*

[309] **O direito de empresa à luz do novo Código Civil.** 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 19.

(idoso)"[310]. Aponta, com razão, para o fato de que, durante a convivência familiar, obrigação alimentar não há. Esclarece: o que existe, nesse caso, é o dever de assistência material com todos os seus consectários.[311] Mas esse dever de assistência material é existencial ou patrimonial? Na verdade transita pelos dois campos, porque não há no cotidiano das relações entre pais e filhos estas divisões estanques e, claro, a maioria das responsabilidades dos primeiros em relação aos segundos possui dimensão pecuniária, mesmo dentro de um contexto afetivo.

Sem embargo disso, pensando na obrigação como um liame jurídico cuja prestação levará a satisfação de um interesse, afirma-se, sem dúvida, o caráter não-patrimonial do direito aos alimentos. O que não chega a excluir a patrimonialidade da prestação alimentar, conforme a doutrina *"o vínculo obrigacional tem conteúdo patrimonial, mas o seu fim é um dado não-patrimonial: o sustento do credor."*[312]

O destaque alimentar no sistema jurídico pátrio é bem visualizado a começar pelo texto constitucional, cujo art. 5º, LXVII, autoriza a prisão civil do devedor de alimentos. Destaque tradicional no direito pátrio, já que a Lei n. 5.478/68 tratava da matéria especificamente.[313]

---

[310] **Famílias.** São Paulo: Saraiva, 2008, p. 344.

[311] No direito espanhol há menção expressa ao dever alimentar, no entanto, a criação e a assistência material já compreendem, como cláusula aberta, tudo o que o cotidiano do infante exige. Assim, parece-nos ter razão Paulo Lôbo, e, bastante adequada, a redação do artigo 1.634 do Código Civil Brasileiro. Sobre o tema, no direito espanhol: *"La obligación de dar alimentos, cuando tiene como sujetos pasivos a los hijos menores, constituye una de las obligaciones de mayor contenido ético del Ordenamiento jurídico. En concreto, el artículo 39 CE disponde que 'Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoria de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.' Esta obligación es un efecto directamente derivado de la relación paterno-filial, precisando el artículo 154.2 CC que 'La patria potestad... comprende los siguientes deberes y facultades: 1. Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral."* GONZÁLEZ, Juana María del Vas. **Instituciones jurídicas de protección del menor en el derecho civil español.** Madrid: Colegio de Registradores de la Propriedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios, 2009, p. 268.

[312] OLIVEIRA, José Lamartine Côrrea de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Curso de direito de família.** 3ª ed. Curitiba: Juruá, 1999, p. 72, nota (50). Mais ainda, sobre sua origem, considerando que grande parte do direito de família é composta de normas cogentes, trata-se de obrigação *ex lege.* Apesar disso, como lembram José Lamartine Côrrea de OLIVEIRA e Francisco José Ferreira MUNIZ, há também obrigação alimentar derivada de negócio jurídico, nos casos de contrato e testamentos. Exemplo disso: o legado de alimentos previsto, atualmente, no artigo 1.920 do Código Civil. **Curso de direito de família.** 3ª ed. Curitiba: Juruá, 1999, p. 55.

[313] *"A diferenciação de mecanismos para facilitar o recebimento de alimentos é tradicional no Direito pátrio: previsões visando à efetivação do direito aos alimentos estão presentes na Constituição Federal, em lei específica e no Código de Processo Civil. O tratamento normativo privilegiado se justifica pelos valores que se procura resguardar: vida, dignidade humana e solidariedade são os principais fundamentos do direito a alimentos. Em razão da elevação de tais valores, o ordenamento jurídico e seus intérpretes buscam 'tutelar o dependente alimentar com a maior efetividade possível, buscando respostas céleres e úteis para dirimir seus conflitos.'"* TARTUCE, Fernanda. **Processo civil aplicado ao direito de família.** São Paulo: Método, 2012, p. 162.

Abordando os pontos de evolução da obrigação alimentar, nota-se uma expansão inevitável. Com efeito, Paulo Lôbo destacou, ao observar o direito oriundo das Ordenações Filipinas, que ela compreendia o necessário ao mantimento do menor vestido, calçado e todo o mais, além da educação até os 12 anos.[314] Noutro trecho de sua obra, o autor bem aponta, com base na Lei de Diretrizes e Bases que, existindo um conceito legal de educação, acaba-se por abranger *"os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas organizações sociais, nas manifestações culturais, além das instituições de ensino."*[315] Ou seja, o conteúdo semântico da obrigação alimentar, no quesito criação e educação, é expansível, porque expansíveis são as necessidades da criação e da educação atuais.

Neste ponto, a obrigação alimentar, sofrendo esta expansão, fruto da dinâmica vivencial e das novas necessidades que os tempos impõem, não sofreu propriamente uma evolução.[316] Como conteúdo garantidor da vida sadia dos filhos, e no final das contas, é disso que se trata, pouco mudou. Este era o norte e continuará assim.

Todavia há sensíveis evoluções do ponto de vista processual, quando se pensa no plano da eficácia contra a pretensão insatisfeita ou resistida do menor. Lembra Fernanda Tartuce que o Estatuto das Famílias, se aprovado, trará evolução neste particular, a começar pelo artigo 6º, segundo o qual *"são indisponíveis os direitos das crianças, dos adolescentes e dos incapazes, bem como os direitos referentes ao estado e capacidade das pessoas."*[317]

Talvez este seja o grande campo para as evoluções nesta matéria, até porque, no atual contexto teórico, o reconhecimento em tese da obrigação alimentar está fora de qualquer dúvida razoável. Se o princípio *favor debitoris*[318] e a execução pelo meio

---

[314] **Famílias.** São Paulo: Saraiva, 2008, p. 344, nota 376.
[315] **Famílias.** São Paulo: Saraiva, 2008, p. 347.
[316] Trabalha-se com a idéia de que há um grupo de diretivas interpretativas, mais ligadas às finalidades e um grupo de diretivas conectado à realização daquelas. São dois níveis de análise influenciando, ideologicamente, a interpretação. Veja-se: *"A ideologia da interpretação não é determinada somente pelos valores, mas formulada igualmente pelas diretivas interpretativas que servem de instrumentos de sua realização. É porque a ideologia influencia de modo decisivo a atividade interpretativa. Pode-se, então, interrogar se o intérprete escolhe sua ideologia ou se ela lhe é imposta." (tradução livre)* WROBLEWSKI, Jerzy. L'interpretation en droit: théorie et idéologie. **Archives de Philosophie du Droit. n. 17. L'interprétation dans le droit.** Paris: Sirey, 1972, p. 66. Nesse sentido, os valores não evoluíram. Embora sempre conectados ao bem estar da criança e do adolescente, o que mudou foi o rol de diretivas que buscam efetivar os tais valores.
[317] **Processo civil aplicado ao direito de família.** São Paulo: Método, 2012, p. 23.
[318] Sobre o *favor debitoris* e seu fundamento, como princípio geral de direito, ensina José Carlos MOREIRA ALVES: *"Continuo, pois, convencido de que o* favor debitoris *é um princípio geral de direito nos ordenamentos jurídicos que consagram normas que inequivocamente revelam a tendência*

menos gravoso para o devedor (artigo 620 do CPC) entram no cômputo nas execuções de dívida em geral, parece muito mais adequado, para o caso do credor alimentar em geral, pensar o oposto.[319] Máxime, em se tratando da criança e do adolescente, cujo regime legal resta sob o pálio do princípio do melhor interesse.

Muito bem. Os alimentos são tema de importância inegável nas relações familiares em geral, encampados pelo Código Civil, até por conta do primado da solidariedade, este de fundo constitucional. Na seara do poder familiar, nem sequer de solidariedade propriamente se trata. É dever inafastável. Solidariedade será dever, sempre como medida supletiva, na hipótese daquele a quem se dá não poder prover por si mesmo aquilo que lhe é dado. No caso dos alimentos com causa no poder familiar, o ponto não é este. Assim, do dever de criação e de suprir as necessidades e as fragilidades daquele, cuja condição peculiar é reconhecida pela própria lei, dentre outras coisas, desponta a obrigação alimentar, mas, insista-se, seu alcance é muito mais amplo do que aquele, por exemplo, em que um irmão está obrigado ao outro, com base no artigo 1.694, do Código Civil atual.

Apesar disso, paralelamente, há uma perspectiva que não se pode perder: a obrigação alimentar tem também um componente de atuação estatal inegável. É que

---

ao favorecimento do devedor para, sem evidentemente renegar o direito de crédito, tornar o menos gravosas possível as restrições à sua liberdade que a relação obrigacional lhe impõe. Aliás, o próprio Prof. RESCIGNO, no trabalho anteriormente citado, reconhece que a relação obrigacional cria um vínculo à liberdade da pessoa e se compreende por isso que na dúvida se deva negar, e não afirmar, a existência deste, e a este se deva dar também a menor extensão, justificando-se, assim, uma disciplina ditada pela transitoriedade da limitação da liberdade, compreendendo-se as garantias aprestadas para a liberação do devedor, sobretudo onde o adimplemento requeira a ativa cooperação do credor que deve receber a prestação." O *Favor Debitoris* como princípio geral de direito. **Revista Brasileira de Direito Comparado.** Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, 2004, p. 15. Acontece que, no princípio do melhor interesse, a proteção do mais débil nas obrigações alimentares, dá-se exatamente ao contrário. Mais débil é o alimentando, não o alimentante. Aliás, com esta percepção, Carlos Rogel VIDE observa que o princípio *favor debitoris "puede llegar a ser excesivo, en la medida em que no siempre el deudor es la parte más débil, pudiendo serlo el acreedor".* ***Favor debitoris* – análisis crítico.** BIBLIOTECA IBEROAMERICANA DE DERECHO. Madrid: Reus, 2010, p. 33.

[319] Sobre as respostas processuais para a tutela dos vulneráveis, Fernanda TARTUCE problematiza a tendência de um rearranjo específico do direito adjetivo, para esses fins, para além de uma rapidez meramente mecânica na tramitação: *"O que é um processo efetivo? Um processo rápido, a ponto de, havendo uma medida liminar, o processo poder ser considerado efetivo? Ou efetivo é um feito eficaz, no sentido de dar às partes o que elas deveriam conseguir sozinhas?"* Continua a autora: *"Quando se fala em processo efetivo nos dias atuais, vêm à mente ideias de uma tramitação rápida, eficiente, segura e munida de instrumentos adequados de proteção. Como se percebe, a expectativa em torno da efetividade é elevada. Ao abordar o tema sob a perspectiva das demandas familiares, bem esclarece Clilton Guimarães dos Santos que não basta produzir uma decisão que resolva apenas um ponto sobre o qual grassa discussão sobre a culpa; é preciso não só reconhecer o direito ao seu titular, mas, principalmente, proporcionar 'uma solução capaz de delimitar, o tanto quanto possível, condições de eliminação real e concreta da erupção de novos conflitos, sem dissolução dos vínculos pessoais, ou, pelo menos, sem agravar as repercussões dos rompimentos virtualmente já ocorridos'".* **Processo civil aplicado ao direito de família.** São Paulo: Método, 2012, p. 42-43.

vivendo num estado de bem-estar social – apesar dos pesares – as políticas públicas devem fornecer condições vivenciais para os seres humanos (não só os cidadãos daquele Estado). É evidente que o Estado não irá se substituir aos deveres parentais, porque ente imaterial não é possível. Mas, as políticas públicas são ingrediente importante para tanto.

É autismo social pensar que, alguém que não possui emprego, formação, condições de crescer socioeconomicamente, bem proverá as necessidades de sua prole.

De tal sorte é preciso realmente consignar este particular, sob pena de reduzir uma questão que se desdobra por outros segmentos.[320]

Trabalhando interessantíssimo ângulo, inusitado entre nós, Fernando Facury Scaff aduz que, a respeito da relação da família com a tributação, não raras vezes, a família é mais tributada do que uma pessoa jurídica; donde estabelece o que denominou a tese da *Família Ltda.* Num caso que lhe foi proposto, concluiu por transformar aquela família (mantenedores o casal, ambos com alta qualificação) *"em uma espécie de Família Ltda."*.[321] O casal constituiria uma sociedade por cotas

---

[320] Forte nessas percepções, especificamente para a obrigação alimentar entre parentes, Carlos LASARTE obtempera que havendo uma política assistencial imposta pelo Estado social – referindo-se, naturalmente, à República Espanhola – a obrigação civil de alimentos seria subsidiária *"respecto de la política asistencial de carácter público, pues – imaginemos – no parece razonable que quien no solicita la pensión (por desempleo o por jubilación o no contributiva) a que tenga derecho, pretenda vivir a costa de sus familiares."* **Compendio de derecho de familia.** Madrid: Dykinson, 2011, p. 237. Continuando seu raciocínio, entretanto, como *"por desgracia"*, a percepção de proventos e pecúlios do Estado geralmente não garante a satisfação das necessidades pessoais vitais. Nisso, conclui que a obrigação alimentar seria complementar àquela de caráter estatal. Observa, aliás, que o artigo 50 da Constituição Espanhola, *verbis*: *"Artículo 50. Los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiência econômica a los ciudadanos durante la tercera edad. Asimismo, y con independência de las obligaciones familiares, promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio."* http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/titulos/articulos.jsp?ini=39&fin=52&tipo=2. Acesso em 22.12.2012.

[321] Família e tributação – notas para uma análise transdisciplinar. **Família e dignidade humana.** Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.) São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 402. O autor demonstrou suas asserções assim provando que o valor líquido, ou seja, a *renda* de uma família aumentaria, porquanto haveria sensível economia. Demonstrou: *"a) Trabalhador assalariado que receba R$ 20 mil por mês e tenha dois filhos dependentes, pagará de INSS R$ 293,50 e de Imposto de Renda R$ 4.889,50 o que importa em um desconto de R$ 5.183,09 apenas referente a estes dois tributos. Ou seja, o desconto será de 26% sobre o valor bruto recebido. b) O mesmo rendimento (R$ 20 mil por mês), apurado pela Família Ltda., através do sistema de lucro presumido, geraria descontos da seguinte ordem: Imposto de Renda (15% sobre 32%) = R$ 960,00; Contribuição Social sobre o Lucro (9% sobre 32%) = R$ 576,00; PIS/Cofins (3,65%) = 730,00 e ISS (supondo-se uma alíquota municipal de 5%) = R$ 1.000,00. Logo, esta tributação implica em R$ 3.266,00 ou uma redução de 16,33% sobre o valor recebido."* Família e tributação – notas para uma análise transdisciplinar. **Família e dignidade**

limitada. O que esta análise traz é um questionamento sobre a justiça da tributação incidente nas relações familiares. Ora, a base de cálculo ao estabelecer a matéria coletável, ou seja, o que do fenômeno econômico será vertido em obrigação, somada à alíquota que estabelece o quanto, influencia a patrimonialidade familiar, sem dúvida.

Neste sentido, a regra tributária como indutora de condutas, a utilização da própria fiscalidade como instrumento[322], seria um modo de se pensar a intervenção não judicial, mas do Executivo, na família. Sobretudo, no que concerne ao IRPF - Imposto de Renda Pessoa Física - quanto aos abatimentos que poderiam e deveriam ser feitos mais acentuadamente com relação à educação, moradia e saúde dos filhos. São fatos-descréscimos do conceito de renda, cujo cômputo harmoniza-se com o princípio do mínimo existencial.[323]

Voltando aos ângulos propriamente civilísticos, o destaque é a inovação da Lei n. 11.804, de 5 de novembro de 2008, tratando os alimentos gravídicos.

O apoio à gestante e à nutriz é previsto constitucionalmente (art. 7º, XVIII, da Constituição Federal, também art. 8º, §3º e 9º, do Estatuto da Criança e do Adolescente). Logo, não haveria motivo para não existir previsão no campo privado a este respeito.[324]

A inovação legislativa possibilita, antes, exige, rever algumas temáticas:

Já de início, implica a aceitação da teoria concepcionista, ficando afirmada a capacidade de direito, fruto da personalidade, do nascituro.[325] Aquele que possui

---

humana. Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.) São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 403.

[322] Entendendo a fiscalidade como um meio para proteção da família, veja-se: MALDONADO, Juan Manuel Ortega. **El nucleo familiar ante el derecho tributario.** http://www.juridicas.unam.mx/sisjur/familia/pdf/15-188s.pdf. Acesso em 23.12.2012.

[323] QUEIROZ, Luís Cesar Souza de. **Imposto sobre a renda:** requisitos para uma tributação constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 271. Outro ponto de relevo é que o crédito da obrigação alimentar, em si, não é renda.

[324] A tendência do constante aperfeiçoamento do aparato de proteção social não é de se lamentar. Tramita no Congresso o P.L. n. 6388/2002, denominado *"Lei do Prematuro"*, que aumenta o período de concessão do salário maternidade e da licença à gestante, em caso de parto antecipado, com parecer favorável na CCJ da Câmara dos Deputados, em 12.05.2005, aguardando parecer da Comissão de Finanças e Tributação. *Fonte:* http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=47173. Acesso em 23.12.2012.

[325] O que, aliás, não era desconhecido do direito romano conforme trecho de Paulo: *"Qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset custoditur, quotiens de commodis ipsius partus quaeritur: quamquam alii antequam nascatur nequaquam prosit."* Traduzido assim: *"Protege-se aquele que se encontra no útero como se já se encontrasse entre os nascidos (como se já se encontrasse nas coisas humanas) sempre que se trate de seus interesses."* CHINELLATO, Silmara Juny de A. Alimentos gravídicos e os direitos do nascituro. **Direito de família no novo milênio.** Estudos em homenagem ao

direito é pessoa. Vale ainda, um breve parêntese para afirmar que a tendência é mesmo uma defasagem entre os conceitos de pessoa humana e sujeito de direito, porque a evolução técnica, sobretudo médica, assim exige. Este último é uma moldura de corte técnico para afirmar e possibilitar o trânsito do sujeito nas múltiplas relações jurídicas que assume. Mas, a pessoa humana, então, seria conceito mais amplo e de caráter geral, ao passo que sujeito, não. Na verdade, aponta a preferência da legislação pela primeira expressão em detrimento da segunda.[326]

Bem se compreenda que o nascituro já está sendo no mundo, já está submetido à linha temporal como realidade presente, biologicamente. Portanto, negar-lhe a tutela é uma violência contra si e contra os fatos mesmos. E se o direito cria suas próprias realidades, uma negação renitente do que é deve ter uma justificativa muito forte para prevalecer.[327]

No entanto, pensando que mesmo na falta de certeza da filiação, prevalecendo um raciocínio fundado na prevenção, haverá a possibilidade da cobrança dos ditos alimentos gravídicos (nomenclatura criticada por Silmara Juny de A. Chinellato). A tradicional irrepetibilidade deve ser revisitada.

Acerca do tema, Silmara Juny de A. Chinellato posiciona-se, já de início, pela possibilidade de acionar, fundando-se em qualquer meio de prova que indique a convivência com o suposto pai; na dúvida, pela manutenção da vida do nascituro, com toda a assistência pré-natal que lhe é devida, como, aliás, já previa o direito romano.[328]

Professor Álvaro Villaça Azevedo. José Fernando Simão, Jorge Shiguemitsu Fujita, Silmara Juny de Abreu Chinellato, Maria Cristina Zucchi, organizadores. São Paulo: Atlas, 2010, p. 613, nota 5.

[326] POUSSON-PETIT, Jacqueline. La persone humaine sur la scène d'un théâtre d'ombres. *In.* ***Liber amicorum.*** **Marie-Thérèse MEULDERS-KLEIN. Droit comparé des personnes et de la famille.** Bruxelles: Bruylant, 1998, p. 508.

[327] Sobretudo, pensando que já o direito romano trabalhava com a ideia, bastante concreta, daquele que está no útero. Pierangelo CATALANO afirma categoricamente: *"Elemento de fuerza (hoy quizá también de debilidad) del derecho romano clásico y justinianeo fue la no elaboración de conceptos abstractos, salvo que fueran en extremo necesarios. Sel llevará a cabo un rápido examen terminológico. El término usado con más frecuencia para indicar al concebido en las fuentes jurídicas antiguas es* qui in utero est (*o* quod in utero est, *cuando se quiera tener en cuenta la incertidumbre del número); se trata de un concepto bastante concreto. Al lado de este término se usa también* partus *(que puede indicar, además del dar a luz, ya al concebido ya al nacido) para subrayar la continuidad entre el concebido y el nacido por medio del acto de dar a luz."* El concebido 'sujeto de derecho' según el sistema jurídico romano. **Direito de família no novo milênio.** Estudos em homenagem ao Professor Álvaro Villaça Azevedo. José Fernando Simão, Jorge Shiguemitsu Fujita, Silmara Juny de Abreu Chinellato, Maria Cristina Zucchi, organizadores. São Paulo: Atlas, 2010, p. 398.

[328] Alimentos gravídicos e os direitos do nascituro. **Direito de família no novo milênio.** Estudos em homenagem ao Professor Álvaro Villaça Azevedo. José Fernando Simão, Jorge Shiguemitsu Fujita,

Contudo, sem abrir mão da coerência, a eminente civilista observa que se os alimentos são em regra irrepetíveis, havendo prova *"conclusiva"* a afastar a paternidade de quem os prestou indevidamente, com lastro no artigo 186 do Código Civil, pelo caminho da culpa aquiliana, assim, poder-se-ia admitir ao alimentante pleitear indenização. Até pensando no abuso do direito – um dos eixos desta dissertação – é bastante razoável afirmar que, ao acionar para obtenção destes alimentos pré-natais, mesmo ciente de que o alimentante não é o pai - supondo-se um relacionamento de 10 meses atrás -, excede a mãe os limites impostos pela boa-fé, ao demandar de maneira temerária, o que, ademais da repetição do indébito, poderia gerar a responsabilização pelo abuso do direito de demandar.[329]

O avanço do raio de ação cautelar em tema alimentar, aliás, já anteriormente encampado pela jurisprudência, não pode existir sem uma contrapartida adequada para as condutas eivadas de culpa. É uma garantia da própria legitimidade da jurisdição.

Uma última questão, na linha da ideia de evolução da obrigação alimentar, relativa à transmissibilidade desta obrigação aos herdeiros. Euclides de Oliveira esclarece que os alimentos tal como previstos no artigo 1.700 do atual Código Civil não são transmissíveis, ou seja, não há obrigação pessoal do herdeiro, que não fica vinculado *ultra vires hereditatis.*[330]

Silmara Juny de Abreu Chinellato, Maria Cristina Zucchi, organizadores. São Paulo: Atlas, 2010, p. 628.

[329] Alimentos gravídicos e os direitos do nascituro. **Direito de família no novo milênio.** Estudos em homenagem ao Professor Álvaro Villaça Azevedo. José Fernando Simão, Jorge Shiguemitsu Fujita, Silmara Juny de Abreu Chinellato, Maria Cristina Zucchi, organizadores. São Paulo: Atlas, 2010, p. 631.

[330] *"Ante a redação dada pelo novo ordenamento civil, surge a intrigante questão de achar-se vinculado ao pagamento da pensão alimentícia o herdeiro do devedor, com seus recursos próprios,* ultra vires hereditatis. *Se positiva a resposta, já não haveria falar no caráter personalíssimo da primitiva obrigação pensional. Assim não é, todavia. O que se procura demonstrar neste trabalho é que, na verdade, a inovação do texto legal é de mera aparência, uma vez que a obrigação alimentar transmissível depende não só das condições pessoais das partes envolvidas (credor e devedor), como, também, da capacidade da herança, em vista das normas do direito sucessório sobre a limitação da responsabilidade dos herdeiros a encargos que não superem as forças da herança (art. 1.792 do vigente Código, a que correspondia o art. 1.587 do anterior) e, no mesmo sentido, sobre a responsabilização da herança pelas dívidas do falecido e sua transmissão aos herdeiros na proporção dos respectivos quinhões (art. 1.997, sucedâneo do art. 1.796 do Código revogado)."* Alimentos: transmissão da obrigação aos herdeiros. **Afeto, ética, família e o novo Código Civil.** Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Rodrigo da Cunha Pereira (coord.) Belo Horizonte: Del Rey 2004, p. 158.

Logo, o Código Civil atual não optou pelo tipo de enquadre estabelecido pelo art. 23 da Lei n. 6.515/77, que permitia a transmissibilidade.[331] Enquadre, aliás, que o próprio Euclides de Oliveira aponta como limitado: reportando-se ao artigo 1.796, do Código Civil, a transmissibilidade como encargo da herança, no entanto, aponta que em relação ao anterior artigo 402, do Código Civil de 1916, o art. 23 admitia a transmissão da obrigação vincenda.[332] Muito bem, o atual artigo 1.700 também admite, por sua redação, a transmissão como encargo da herança – nunca é demais lembrar – da obrigação vincenda. No entanto, o autor sugeria redação mais consentânea com o seu propósito, o que foi acatado até certo ponto, pelo artigo 119 do Estatuto das Famílias, cuja redação dispõe:

> *Art. 119. A obrigação alimentar transmite-se ao espólio, até o limite das forças da herança.*

Aqui há evidente evolução. Não se trata de transmissibilidade aos herdeiros , mas de transmissão ao espólio (quase pessoa jurídica), portanto, somente até a final partilha, em favor da precisão de conceitos e da segurança jurídica. Uma vez efetuada a partilha dos bens, o quinhão dos herdeiros não responderá pela obrigação alimentar do falecido. O que poderá acontecer é de responderem por suas próprias relações de parentesco, demandando ação autônoma ,ao provar o binômio necessidade & possibilidade. Assim, o artigo 119 estabelece uma regra específica fora do padrão do atual artigo 1.997 do Código Civil atual. O que causa perplexidade é como outras obrigações em geral poderão alcançar o quinhão dos herdeiros, já partilhado, e a obrigação alimentar, apenas o espólio.

---

[331] *"Art. 23. A obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor, na forma do art. 1.796 do Código Civil."*

[332] *"Nesse ponto é que se deu a efetiva inovação introduzida pelo art. 23 da Lei n. 6.515/77, pela regra de transmissão da própria obrigação alimentar, significando a sua subsistência como encargo da herança ou dos herdeiros do devedor relativamente às prestações em marcha."* Alimentos: transmissão da obrigação aos herdeiros. **Afeto, ética, família e o novo Código Civil.** Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Rodrigo da Cunha Pereira (coord.) Belo Horizonte: Del Rey 2004, p. 149.

CAPÍTULO IV. INTERVENÇÃO JUDICIAL NA FAMÍLIA – DIMENSÃO EXISTENCIAL

4.1. Solidariedade, afetividade e cuidado

O afeto é inerente à sociabilidade humana porque possibilita a formação de laços duradouros. Todos o possuem, todos devotam afeto para algo ou alguém. No entanto, sua proteção e sua importância teórica derivam do progresso humano. Se a realização existencial e a busca pela felicidade são, hoje, mais do que nunca, temas em pauta, é porque os níveis de bem estar nas sociedades, sobretudo naquelas altamente industrializadas, assim o permitem. Naturalmente, isto acaba por desembocar na proteção do afeto, componente da dignidade humana.

A evolução do pensamento jurídico no que se refere ao reconhecimento dos filhos ilegítimos[333] já constituiu um avanço enorme, rompendo diques que impediam, de certo modo, uma possível mobilidade social.[334] A família como núcleo produtivo, a família como ente de feição religiosa e política, arrefeceu.[335] Claro que sempre terá sua importância; claro que de seu seio sairão formadores de opinião, mas é o protagonismo da individualidade, não do representante de um clã, de uma estirpe.

Há um princípio da afetividade enquanto norma propriamente dita? Como intróito, trabalhando *a contrario sensu*, é possível observar que a própria figura da coação trabalha com uma pressuposição de afeto. Se há fundado temor de mal grave

---

[333] A esse respeito, monografias de importância, a saber: PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Reconhecimento de paternidade e seus efeitos.** 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. SOUZA NETO, José Soriano de. **Do reconhecimento voluntario dos filhos illegitimos.** 2ª ed. São Paulo: Typographia Academica, 1928. Além do que, havia no direito oitocentista uma sedução, um fetiche na evocação do direito natural para a justificação de determinadas posições. Veja-se: ALMEIDA, Angela Mendes de. **Família e modernidade:** o pensamento jurídico brasileiro no século XIX. São Paulo: Porto Calendário, 1999, p. 101. Depois, com o positivismo de Comte, passou-se a pretender uma abordagem típica das ciências naturais para as ciências sociais.

[334] O elemento de defesa social, protegendo a herança do patriciado reínicola, não passou despercebido ao grande Caio Mario da Silva PEREIRA, já que os filhos naturais de nobres não herdavam *"ab intestato",* muito menos concorriam com os legítimos ou com qualquer ascendente, tendo meramente direito aos alimentos. **Reconhecimento de paternidade e seus efeitos.** 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 19.

[335] Especificamente sobre a faceta econômica, afirmando a necessidade da estabilidade material ,e mais, o fato – recorrente na vida diária – de que as pessoas buscam par em seu próprio meio socioeconômico: ROCHA, Marco Túlio de Carvalho. **O conceito de família e suas implicações jurídicas:** teoria sociojurídica do direito de família. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 71. Muito bem, se hoje ainda possui forte influência, imagine-se em tempos em que a família, o clã, era a única garantia de segurança possível? Fora da família, do seio do grupo, não havia sequer garantia de incolumidade física. Sobre a dimensão religiosa da família remeta-se a FUSTEL DE COULANGES. **A cidade antiga.** Trad. Fernando de Aguiar. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1971, sobretudo p. 36 e seguintes.

à sua família e isso anula um negócio, é porque o afeto do coagido foi manipulado em seu desfavor. Dito isto, a aproximação sobre a afetividade, opta-se, aqui, por fazê-la pelo caminho da dicotomia legalidade & legitimidade. Este último atributo, um elemento de coesão que potencializa a aderência ao poder, embora tema de teoria política sempre referindo-se ao Poder Estatal, pode-se transpor para outros poderes exercidos no campo civil.

A legitimidade, portanto, é fator de enriquecimento da legalidade, dando contextura mais aderente à realidade social. Especialmente num momento em que há várias vozes, antes relegadas ao ocaso institucional – as minorias em geral –, reclamando seu quinhão, a lógica negociação e a busca do consenso passam a fortalecer essa necessidade de legitimidade. Um déficit neste atributo poderia implicar, no limite, uma ineficácia social, muito próxima de uma desobediência civil.

Decorre, daí, a necessidade de integração que *"envolve a aceitação ou não de uma legitimidade."*[336] Distingue Antonio Carlos Wolkmer a legalidade como situada, fundamentalmente, no plano do acatamento da estrutura normativa; já a legitimidade, máxime, numa sociedade plural*"não se funda na legalidade positiva, mas resulta da consensualidade das práticas sociais instituintes e das necessidades reconhecidas como 'reais', 'justas' e 'éticas'".*[337] Muito bem, esta pluralidade, impulsionada pela revolução tecnológica, sexual e demográfica, passa a buscar novos valores, daí, a solidariedade como princípio da República Federativa do Brasil (art. 2º , CF/88). Todos os princípios constantes do artigo 2º, mencionado, possuem feição legitimadora,

Se a solidariedade acaba por abarcar também as relações civis de um modo geral, a afetividade é uma solidariedade qualificada por laços familiares. Note-se: não se trata de laços necessariamente consangüíneos. Os laços, então, derivam do desejo de viver em comunhão familiar e das demonstrações públicas desse mesmo desejo.

É norma-princípio, sim, porquanto não há obrigatoriedade de previsão expressa dos princípios. Além disso, como um desdobro setorizado da solidariedade na órbita familiar, faz todo sentido. Ora, a solidariedade, neste sentido, é um superprincípio, guardando a afetividade, uma relação de conteúdo com aquele primeiro, continente.

---

[336] WOLKMER, Antonio Carlos. Legitimidade e legalidade: uma distinção necessária. **Revista de Informação Legislativa.** n. 124. Brasília, 1994, p. 180.
[337] WOLKMER, Antonio Carlos. Legitimidade e legalidade: uma distinção necessária. **Revista de Informação Legislativa.** n. 124. Brasília, 1994, p. 184.

Dissertando a respeito da afetividade, Romualdo Baptista dos Santos expõe a mudança trazida pela *pós-modernidade,* argumentando que a afetividade é inerente à condição do ser humano, mais ainda advoga a existência do princípio da afetividade secundado no texto constitucional, inclusive por conta da eficácia imediata dos direito fundamentais, lembrando bem que a integridade psíquica – dependente da afetividade enquanto um dado indissociável – é integrante do direito à saúde de espeque constitucional.[338] Contudo, o próprio autor, grande cultor do princípio da afetividade reconhece que o tema é de política pública, ao asserir *"não basta que o Estado proporcione o bem-estar físico e material das pessoas que lhe dão conteúdo, mas também que promova, por meio de ações e políticas públicas, a defesa e a proteção da sua estrutura psíquica."*[339]

Alerta-se que, para as posições tomadas neste trabalho, fundamental não esquecer que, várias e várias questões desembocam no Judiciário por falta de um verdadeiro Estado de Bem Estar Social, o direito judicial, apesar do muito que evoluiu, não é a sede própria para uma série de questões que insiste-se seja ele a resolver. No limite, isto poderia criar uma onipotência de alguns de seus atores, a ser combatida com mais democracia, com mais discussões de nível no âmbito do Executivo e do Legislativo – o que rareia hoje, em que interesses de grupos ou grupelhos sobrepõe-se aos grandes temas do Estado Brasileiro – em suma, com uma revalorização de funções as quais a própria experiência cotidiana, o acúmulo de notícias desabonadoras, tratou de *jogar* na vala do descrédito.

Vale abordar o problema ainda por outro ângulo: conforme R. Alexy a norma-princípio conta com a possibilidade de uma aplicação gradual, no que discrepa das regras. Não possuem um *"mandamento definitivo",* ou seja, seu antecedente lhe permite alcançar uma generalidade de situações jurídicas e o seu consequente permite uma aplicação *in re*, aderente às variações e possibilidades de aplicação que o caso admite, sobretudo, com a ideia de proporcionalidade em relação ao conflito com outros princípios.[340] Claro, possui um grau de proximidade muito grande com o valor, até porque seu conteúdo, não sendo prefixado como o da regra, está muito

---

[338] SANTOS, Romualdo Baptista dos. **Direito e afetividade:** estudo sobre as influências dos aspectos afetivos nas relações jurídicas. Dissertação (Mestrado). São Paulo: Fac. de Direito da Univ. de São Paulo, 2009, p. 132.

[339] SANTOS, Romualdo Baptista dos. **Direito e afetividade:** estudo sobre as influências dos aspectos afetivos nas relações jurídicas. Dissertação (Mestrado). São Paulo: Fac. de Direito da Univ. de São Paulo, 2009, p. 132.

[340] **Teoria dos direitos fundamentais.** Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 104.

sujeito ao uso retórico de um modo geral. Apesar disso, a afetividade é norma deontológica e não critério de valoração.

Nesta questão, Alexy aplica a divisão de conceitos práticos proposta por *Von Wright*, cuja divisão é a seguinte: deontológicos, axiológicos e antropológicos. No que interessa, os conceitos deontológicos *"são os conceitos de dever, proibição, permissão de direito a algo."*[341] Continua: *"Comum a esses conceitos, como será demonstrado mais adiante, é o fato de que podem ser reduzidos a um conceito deôntico básico, que é o conceito de dever ou de dever-ser."*[342] Assim, muito diferentes dos conceitos axiológicos - bom, mau, bonito, feio -, os conceitos deontológicos trabalham com o dever-ser, divisor de águas em matéria de licitude, já que o direito trabalha com o permitido e o proibido.

Ora, quando se pensa que é possível, como hoje a jurisprudência já aceita, classificar o abandono afetivo como ato ilícito do artigo 187, do Código Civil – e o tema, então, é o *an debeatur* –, só pode ser porque há uma norma predicando um dever de participação afetiva.[343] O juízo que se faz é: dever-ser; não, de ser. Logo, aquilo que para os valores é o melhor, para as normas é o devido. Portanto, aceita a possibilidade de configurar ato ilícito, o abandono afetivo, exclusivamente ele, independentemente de outro dano como abandono intelectual, dano moral como fruto de xingamentos, maus-tratos. Por decorrência lógica deve-se aceitar o caráter normativo do princípio da afetividade.[344]

Somando esta ideia com aquela de legitimidade, o princípio da afetividade resulta numa forma qualificada de solidariedade pelo vínculo familial, dando legitimidade àquelas relações, na esteira da repersonalização do direito de família.[345]

---

[341] **Teoria dos direitos fundamentais.** Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 145.

[342] **Teoria dos direitos fundamentais.** Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 145.

[343] Outro exemplo de influência do afeto na órbita jurídica, a provar sua juridicidade, dá Euclides de OLIVEIRA: Com afim e com afeto, fiz meu nome predileto – parentesco por afinidade gera afeto e direito ao nome do padrasto ou da madrasta. *In.* **Direito das famílias.** Contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira. Maria Berenice Dias (Org.) São Paulo: RT, 2009, p. 360 e seguintes.

[344] *"A diferença entre princípios e valores é reduzida, assim, a um ponto. Aquilo que, no modelo de valores, é* prima facie *o melhor, é no modelo de princípios,* prima facie *devido; e aquilo que é, no modelo de valores, definitivamente o melhor é, no modelo de princípios, definitivamente devido. Princípios e valores diferenciam-se, portanto, somente em virtude de seu caráter deontológico, no primeiro caso, e axiológico, no segundo."* **Teoria dos direitos fundamentais.** Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 153.

[345] *"A família atual busca sua identificação na solidariedade (art. 3º, I, da Constituição), como um dos fundamentos da afetividade, após o individualismo triunfante dos dois últimos séculos, ainda que não retome o papel predominante que exerceu no mundo antigo. Na expressão de um conhecido autor*

Repita-se: negar a afetividade, o *status* de norma princípio, implica descaracterizar o abandono afetivo como ato ilícito, tudo se resolvendo na pensão alimentícia. Mas, evidentemente, não é esta proteção limitada que o constituinte quis.

A ampliação da eficácia das finalidades da República talvez passe pelo aumento do número de normas-princípio como comandos de otimização, na expressão de Alexy. Trazem um caráter promocional ao ordenamento jurídico dos nossos tempos.

O cuidado, por sua vez, é critério de valor, de avaliação, incidente em relações de fragilidade tal como, constitucionalmente, reconhecido para a infância e a juventude pelo princípio do melhor interesse. O cuidado é valor; não, norma. Porque é albergado no melhor interesse, na condição peculiar e na expansão do significado da dignidade humana que o exigem, enquanto elemento da paternidade responsável.

Dissertando a respeito, o magistrado Alexandre Morais da Rosa, depois de tecer algumas considerações sobre o *"mito"* dos princípios[346], aponta que o cuidado é critério para avaliação do melhor interesse da criança. [347] Logo, é um componente, não norma em si.

Melhor mesmo é aceitar o fato de que o direito convive com a ideologia, da qual o próprio legislador, sobretudo o constituinte, está impregnado. Narra Sérgio

---

do século XIX: 'Pode-se expressar o contraste de uma maneira mais clara dizendo que a unidade da antiga sociedade era a família como a da sociedade moderna é o indivíduo." LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. **Revista Brasileira de Direito de Família.** n. 24. Síntese. 2004, p. 139. Afora o evidente reconhecimento de realidades para além do direito, sendo de observar que afeto não é equivalente à afeição, abrangendo tanto sentimentos positivos quanto negativos. No entanto, o regramento do direito neste campo deve ser apenas para aquilo que é externado, sob pena de um patrulhamento próximo do *Grande Irmão* de Orwell. Neste sentido: *"Não cabe ao Direito perscrutar, todavia, os afetos de cada qual, ou definir quais os sentimentos ou emoções são adequados em uma dada relação que produz efeitos jurídicos, mas tão somente observar e regular alguns dos efeitos externamente verificáveis, na garantia dos princípios constitucionais da dignidade – que continua hígido, mesmo sem considerar-se o afeto como aspecto norteador das relações familiares, visto que a sua observância depende do respeito a cada indivíduo e aos seus direitos primordiais."* MORRIS, Amanda Zoë. **A intenção na determinação da parentalidade.** Tese (doutorado) São Paulo: Fac. de Direito da USP, 2006, p. 58.

[346] *"Na origem está um mito, dado que é impossível dizer, apontar, de fato, como tudo começou. Atribui-se um princípio para dar conta da largada de significantes. A essência da essência da linguagem é da ordem do impossível; não se tem acesso, definitivamente, salvo pela transcendência* ***Metafísica*** *e/ou* ***Imaginária.*** *Por isto, quando Kant articula a noção de Sistema, o faz a partir de um princípio capaz de catalisar, por seu vazio iluminado, como palavra, o sentido que se articula, ao depois. O* ***princípio*** *surge, então, da impossibilidade de dizer o todo. Miranda Coutinho resgata a visão de princípio a visão de* ***princípio*** *(do latim, principium) como o início, a origem, causa, gênese, entendido como* ***motivo conceitual*** *sobre o qual se funda, por* ***metonímia,*** *a cadeia de significantes, podendo estar positivado (na lei) ou não."* ROSA, Alexandre Morais da. O cuidado como critério do melhor interesse da criança. A questão da destituição do poder familiar. **Revista do Advogado.** n. 101, AASP, dezembro 2008, p. 8. Grifos no original.

[347] ROSA, Alexandre Morais da. O cuidado como critério do melhor interesse da criança. A questão da destituição do poder familiar. **Revista do Advogado.** n. 101, AASP, dezembro 2008, p. 11.

Resende de Barros que a alcunha *"ideólogo"* como algo depreciativo pode ser atribuída a Napoleão Bonaparte que, contrariado em seus interesses, foi mordaz com os *"ideologistas"* de então, cujo objetivo original era inaugurar, desinteressadamente, uma verdadeira *"ciência das idéias".*[348] Continua, o reputado autor, afirmando que a ideologia é um fenômeno inescapável, um fato natural, *"condicionamento"* que *"não se dá por caso pensado"*[349], até porque, é uma forma de adaptação social. Educar-se é também introjetar os valores de seu meio e sua época. O próprio Miguel Reale, apoiado na máxima de Ortega y Gasset, observa que ninguém *"pensa em abstrato, e nenhuma realidade é cognoscível com abstração de suas circunstâncias."*[350] Continua, o mestre, afirmando que o homem é sempre um ser condicionado, *"e condicionado a partir de si mesmo e do seu processo vital. Ele não pensa, em suma,* in abstrato, *mas no bojo de inevitáveis circunstâncias, sendo o pensamento inseparável do querer pensar."*[351]

Assim, o cuidado é inerente à ideologia constitucional do princípio da absoluta prioridade e do melhor interesse da criança e do adolescente, sendo um condicionante hermenêutico do qual o intérprete não pode se afastar.

Toda interpretação envolve este tipo de condicionamento, até porque, a democracia pressupõe que os grandes vetores, não os escolheu o aplicador, mas o titular último do poder. Por conseguinte, não parece aberrante que este critério permeie toda a análise judicial, envolvendo tema de infância, juventude e família.[352]

---

[348] BARROS, Sérgio Resende de. A ideologia do afeto. **Revista Brasileira de Direito de Família.** n. 14, Síntese, 2002, p. 5.

[349] BARROS, Sérgio Resende de. A ideologia do afeto. **Revista Brasileira de Direito de Família.** n. 14, Síntese, 2002, p. 6.

[350] REALE, Miguel. O *a priori* cultural. **Revista Brasileira de Filosofia.** Vol. XLX. Fasc. 197, São Paulo, 2000, p. 8.

[351] REALE, Miguel. O *a priori* cultural. **Revista Brasileira de Filosofia.** Vol. XLX. Fasc. 197, São Paulo, 2000, p. 8.

[352] As três principais fontes da ideologia da interpretação jurídica, aquelas do direito positivo, as oriundas da jurisprudência e as da ciência do direito. Focalizando na primeira, veja-se : *« É no direito positivo em primeiro lugar que se encontram as formulações de finalidades de interpretação, vistas como diretivas de interpretação. Os fins são indicados de maneira implícita pela determinação do lugar e papel dos tribunais enquanto órgãos do Estado chamados a aplicar a lei. As diretivas podem falar, por exemplo, da vontade do legislador a ser reconstituída pelo intérprete, das regras morais ou dos fins do Estado que devem ser postos em consideração tendo em vista a determinação do sentido da norma. A ideologia da interpretação pode ser formulada explicitamente nos textos normativos ou então está oculta e deve ser reconstruída.*" (tradução livre). *"C'est dans le droit positif en premier lieu qu'on peut trouver les formulations des buts de l'interprétation, voire les directives d'interprétation. Les buts sont indiqués de maniére implicite par la détermination de la place et du rôle des tribunaux en tant qu'organes de l'Etat appelés à appliquer la loi. Les directives peuvent parler par exemple de la volonté du législateur à reconstituer par l'interprète, des règles morales ou des buts de l'Etat qui doivent être pris en considération en vue de la détermination du sens de la norme. L'idéologie de l'interprétation peut être formulée explicitement dans des textes normatifs ou*

4.2. Intervenção estatal na família

É na intervenção que se exige todo o requinte do legislador, do juiz, do operador do direito em geral. Porque toda intervenção é, num dado sentido, uma violência. Justificada ou não, isso dependerá do contexto fático, da sua intensidade e da fundamentação apresentada. Mas, como solução de heterocomposição, possui suas evidentes limitações, porque se o conflito foi internalizado pelos litigantes, a solução nem tanto.

O interesse que a família e sua regulação despertam, não é de espantar, sempre existiu. No contexto liberal a intervenção era patrimonialista; no contexto soviético totalitário, a intervenção tinha como finalidade diminuir a influência da família, tornando o indivíduo primacialmente serviente do Estado, tanto que reconhecia poucos laços de família[353]; no contexto social-democrático, a intervenção tem como eixo os direitos fundamentais.

Aqui, é preciso constatar que sempre se trabalhou à custa de dicotomias[354], e no direito, com a tradicional divisão entre direito público e direito privado. A

---

bien elle y est cachée et doit être reconstruite.» L'interpretation en droit: théorie et idéologie. WROBLEWSKI, Jerzy. **Archives de Philosophie du Droit. n. 17. L'interpretation dans le droit.** Paris: Sirey, 1972, p. 63-64. Do que se capta do texto constitucional, sobretudo das finalidades da República, a ideologia do nosso Estado de Direito de oculta não tem nada.

[353] *"Apenas nos resta accentuar que, relativamente ao parentesco, o Codigo obriga, com caracter de reciprocidade, os irmãos, os avós e os netos, a proverem ao mutuo sustento, em certos e determinados casos (arts. 55 e 56). Mas, ainda neste particular, mais parece ter sido intenção do legislador descarregar as responsabilidades do Estado – theoricamente definido como supremo tutor dos indivíduos, - do que crear e manter laços de familia. Bastante reduzido é, de resto, o circulo da familia perante a lei dos Soviets: - sómente reconhece, o Codigo, o parentesco entre ascendentes e descendentes, entre esposos e entre irmãos. Fóra desses limites, laço algum legal prende, entre si, as pessoas oriundas do mesmo tronco, ou unidas, segundo o conceito geral das demais legislações pelo vinculo civil da affinidade."* RÁO, Vicente. **Direito de familia dos soviets.** São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1931, p. 39. Afirmando a concepção toda própria que se tinha, na ordem soviética, da família, veja-se: *"A família constitui um preconceito burguês. Ela não deveria encontrar lugar numa república comunista. Entretanto o Código soviético a manteve. Mas se ele precisa sobre esse ponto, como em muitos outros, chegar à composição, a razão é sempre a mesma. A sociedade não realizou ainda o socialismo integral, um período de transição se impõe." (tradução liver) "La famille constitue un préjugé bourgeois. Elle ne devrait pas trouver place dans une republique communiste. Pourtant le Code soviétique la maintient. Mais s'il lui faut sur ce point comme sur bien d'autres arriver à composition, la raison en est toujours la même. La société n'ayant pas réalisé 'le socialisme intégral', une période de transition s'impose.»* CHAMPCOMMUNAL, J. **Le droit des personnes au pays des soviets.** Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1927, p. 33.

[354] Direito quiritário e direito das gentes, direito internacional público e privado, dentre outras. João Alberto Schützer del NERO observa que toda disciplina tende a dividir seus elementos em duas subclasses, formando *"a grande dicotomia"*, que pode significar uma divisão total, na medida em que qualquer ente, ainda que sujeito à outras divisões, tenha sempre que se alocar numa ou noutra das grandes subclasses ou, então, uma divisão principal, na medida em que outras dicotomias a ela se reconduzem. Do "estado liberal" ao "estado social" – ocaso do direito privado? *In.* **Revista de Direito Constitucional e Internacional.** n. 41. out-dez., 2002, p. 98.

alegação de que se assiste a uma publicização do direito privado deve ser recebida com muita cautela, já que sempre haverá um respiradouro para as iniciativas e quereres individuais.

Questiona-se, assim, o acerto deste raciocínio de publicização do direito privado. Ora, a publicização levada ao limite não é virtude, pelo contrário, é ingerência indevida e injustificada. O critério balizador da legitimidade da atuação estatal – em qualquer de suas funções de estado – parece, hoje em dia, ser muito mais reconduzir-se para a distinção entre direitos fundamentais e não fundamentais do que, propriamente, operar com a dicotomia direito público e direito privado. É que a noção de *jus publicum* e *jus privatum* sempre teve como norte o ramo do direito positivo que se está a trabalhar,do que naquele direito, dito público, cuja presença do Estado é muito mais justificada, por conta da própria relação jurídica de direito analisanda e seu regime jurídico (regime jurídico tributário, regime jurídico administrativo, relação jurídico-processual) ou, então, naquele direito, dito privado, cuja presença do Estado não é imediatamente justificada, mas somente mediatamente (relações de direito civil, direito comercial, direito do trabalho).[355]

Segundo João Alberto Schützer del Nero, diz-se, regularmente, que *"a crescente tendência de 'publicização' do direito privado, um de cujos aspectos mais salientes seria o 'dirigismo contratual', em suas mais variadas manifestações, que, segundo alguns, teria desfigurado um dos 'três pilares' do direito privado – o contrato."*[356] Os pilares são o contrato, a propriedade privada, a família.

---

[355] No direito penal, tributário, administrativo e no direito processual em geral, o Estado aparece e atua imediatamente. Ora, a persecução penal, o lançamento tributário, o ato jurídico administrativo são prerrogativas do ente estatal. A relação jurídico-processual só se instala a custa do *actum trium personarum*, envolvendo o Estado-Juiz, como ator imparcial. Logo, o ato processual depende do Estado também. Já no direito civil, comercial e mesmo no direito do trabalho, dito direito social, a intervenção do Estado acontecerá imediatamente. Como prova disso, o ato jurídico civil, o negócio jurídico, o ato de comércio – para a antiga concepção do Regulamento 737/1850 – a constituição da empresa, o contrato de trabalho, não dependem do Estado para sua eclosão, ou seja, o Estado só atuará mediatamente, pelo Judiciário para o cumprimento da lei. A divisão norma cogente e norma dispositiva tem a ver com o tipo de interesse normado. O seu grau de importância admite ou não a supressão de escolha do particular. Dizer que toda norma cogente é direito público e toda norma dispositiva é direito privado é uma simplificação exagerada e improcedente. Veja-se: ser de direito público ou privado tem a ver com a imediatidade, ou não, da atuação estatal. Mesmo a norma dispositiva, quando descumprida, quando violada, traz interesse do Estado em resgatar a ordem rompida. No mais, pensar que a norma cogente vale mais e a norma dispositiva menos é também um reducionismo, primeiro, porque desconsidera o veículo pelo qual foi inserida a norma no sistema – critério principal em tema de hierarquia – segundo, porque haverá normas dispositivas tratando de temas importantes, mas cujo campo admite ou, por vezes exige, maior liberdade e autonomia.

[356] NERO, João Alberto Schützer del. Do "estado liberal" ao "estado social" – ocaso do direito privado? *In.* **Revista de Direito Constitucional e Internacional.** n. 41. out-dez., 2002, p. 97.

Nos contratos e na família, a intervenção estatal se dá pela fundamentalidade dos direitos envolvidos. Basta lembrar a ideia contrato existencial, cujo objeto é essencial à vida cotidiana. Ou seja, o objeto da obrigação é um bem fundamental, porquanto conectado a um direito jurídico fundamental. Por outro lado, na família, também, a intervenção é pela fundamentalidade, porquanto não é ignorável o princípio da não-intervenção do Estado na família, sem o qual democracia não há. A prova da não-intervenção se tem, por exemplo, em tema de planejamento familiar, que possui destacado caráter educativo.

O único pilar cuja intervenção se dá de maneira mais intensa, dispensando o critério da fundamentalidade, é a propriedade privada, porque a função social poderá ser invocada em diversas situações que não tratem de direitos fundamentais, embora, na maior parte dos casos, trate de interesse público – como no planejamento urbano, por exemplo. No direito das coisas a intervenção é imediatamente sobre o patrimônio, ou melhor, parte dele. No direito obrigacional e no direito de família a intervenção colide de maneira mais intensa com a liberdade, portanto, mais suave à interferência.

Nos três planos de intervenção na família - legislativo, executivo e judiciário -, o que se deve ter em conta é: primeiro, a intervenção judicial é uma última cartada e deve, sempre que possível, ser evitada. A intervenção legislativa deve ter caráter educativo, como na mencionada Lei n. 9.263/1996, primando pelo respeito à individualidade dos sujeitos de direito.

Por outro lado, a intervenção executiva poderá ser preventiva ou repressiva, com a atuação do Conselho Tutelar. Aliás, sobre a intervenção repressivo-retributiva da sanção, há doutrina levantando a hipótese do desaparecimento dessa feição da sanção. Explica, Christine Desnoyer, a respeito do enfraquecimento da sanção em direito de família, suas razões intrínsecas:

Em primeiro lugar, observa o abandono (ou, pelos menos, perda de espaço) da conduta culposa – *faute*[357] – como critério de escolha do regime e dos efeitos de uma sanção específica em direito de família.[358]

---

[357] Embora a expressão se refira, numa tradução literal, à falha, parece mais adequado traduzir *faute* como conduta culposa. Não se utiliza a expressão dano-evento porque esta remonta especificamente à responsabilidade civil geral, não à sanção específica do direito de família.

[358] DESNOYER, Christine. **L'évolution de la sanction en droit de la famille.** Paris: L' Harmattan, 2001, p. 221. Dois são os motivos que alega a autora: um enfraquecimento do regime da sanção e o retraimento dos seus efeitos retributivos.

Em segundo lugar, argumenta com a evolução das regras processuais embebidas de uma concepção utilitária do formalismo processual. Seria o caso da *desdramatização* do processo de divórcio e da facilitação do processo de reconhecimento de paternidade.[359]

Depois, aborda com grande apuro, o fato de que essa perda do caráter retributivo da sanção em direito de família, por outro lado, leva ao caminho da responsabilidade civil, em tema de culpa aquiliana.[360] Vertendo para o nosso direito, não se trata de discutir quem tinha a culpa na separação, mas, havendo dano indenizável, a parte lesada irá buscar reparação em juízo. Interessante analisar as ponderações de Maria Berenice Dias. A um só tempo a autora repele a culpa em direito de família, em tema de separação, uso do nome, sucessão (art. 1830); mas ao mesmo tempo dá ênfase ao chamado dano afetivo.[361]

Nada de contraditório neste particular. O que acontece é que a *faute* deslocou-se. Dito de outro modo: como as instituições de direito de família estão, sob o atual enfoque, funcionalizadas (eudemonismo), o seu rompimento factual não gera, ou gera com muito menos força do que outrora, uma sanção privada específica. No entanto, esta mesma conduta culposa quando atinge aspectos substancias do *ser*, da vítima em sua integridade física ou psíquica, dá a perfeita justificativa para uma ação judicial de reparação. Note-se, reparação; não, retribuição.

Ou seja, quando se pensa nas sanções como vedação do uso do nome para o cônjuge culpado, mesmo nas hipóteses então bastante restritas de separação judicial, a proteção era voltada para preservação dos institutos. Hoje, pensando na ampla reparabilidade dos danos, inclusive o dano moral puro, o que se tem é a preservação da pessoa mesmo. Daí, vale um olhar mais aguçado para perceber, com o devido respeito, de que não se trata propriamente da morte da culpa em direito de família,

---

[359] DESNOYER, Christine. **L'évolution de la sanction en droit de la famille.** Paris: L'Harmattan, 2001, p. 241.

[360] *"O desaparecimento da essência retributiva da sanção tem por consequência deixar insatisfeita a necessidade de retribuição do litigante. Essa necessidade é natural: é da ordem das coisas que a vítima de um dano culposo sinta a necessidade de ver sancionada pela pronúncia de uma justa pena." (...) "O fenômeno que nós vamos descrever pode ser tanto judiciário quanto legal. É judiciário porque a compensação é obra do juiz. É suficiente para tomar no direito comum o mecanismo sancionador adequado e de implementar paralelamente à sanção. O fenômeno é, de outra parte, legal porque ele procede de uma intervenção legislativa. É assim que a instituição legal de um novo mecanismo sancionador reativo ao mesmo fato gerador que a sanção é, de si só, significativa: ela revela a preocupação do legislador de compensar a insuficiência sobre o plano retributivo da sanção privada de sua essência natural."* (tradução livre) DESNOYER, Christine. **L'évolution de la sanction en droit de la famille.** Paris: L'Harmattan, 2001, p. 274.

[361] DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 7ª rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2010, p. 449.

mas sim seu deslocamento. Deixa de justificar uma resposta retributiva (sanção), visando proteger a manutenção do estado civil dos envolvidos; passa a justificar uma resposta reparadora (indenização) para proteção da incolumidade integral da pessoa humana. Tal abordagem, em se tratando de poder familiar, atinge o paroxismo porque nunca se privará genitor nenhum de coisa alguma relativa ao filho, que não seja pensando no melhor interesse deste último.

Assim, a sanção perde espaço para a reparação. Daí, assistir-se ao aumento de ações de indenização em direito de família, e, em contrapartida, a uma diminuição das respostas institucionalizadas para a preservação do núcleo familiar a qualquer custo.

Ainda diga-se que, trabalhando com a figura do ato jurídico em sentido estrito[362], o direito de família não se amolda propriamente à autonomia da vontade de caráter negocial, secundada numa liberdade negativa.[363] No ato jurídico, a vontade é interna a ele porque não regula nem modula efeitos. Estes são derivados unicamente de lei. Ela deflagra o ato, mas não lhe dá os efeitos.

A suma dos argumentos postos acima conduz ao enfraquecimento da sanção em tema de direito de família, sempre lembrando que esta figura sempre foi capital na teoria normativa. Além do que, a insuficiência da liberdade negativa, que é aquela que a figura reativa da sanção mais eficazmente protege, acaba por demonstrar os limites da jurisdição estatal em tema de direito de família.

A sanção perde espaço. Logo, a sentença judicial, por certo ângulo, perde também. A liberdade negativa perde espaço também, por consequência disto, e por outro lado, as sentenças passam a ter de avaliar danos historicamente inusitados,

---

[362] *"Foi com a elaboração do Código Civil Alemão (B.G.B.) que se abriram novas e largas perspectivas à construção doutrinária dos atos jurídicos em sentido estrito. Já os Motivos do Projeto (Motive zu dem Entwurfe eines Buergerlichen Gesetzbuches fuer das Deutsche Reich) acentuavam a diversidade entre as duas categorias de atos jurídicos, ao conceituar os negócios jurídicos. 'Negócio jurídico, no sentido do projeto, é uma declaração de vontade privada, dirigida à produção de um efeito jurídico, que, conforme a ordem jurídica, se realiza porque é querido. A essência do negócio jurídico está no fato de que se manifesta uma vontade dirigida à produção de efeitos jurídicos e de que, em reconhecimento dessa vontade, a decisão da ordem jurídica efetua, no mundo do direito, a formação jurídica. (Omissis) 'A delimitação dada ao conceito do negócio jurídico conduz a uma categoria especial de atos jurídicos. Aos negócios jurídicos, que se efetuam porque são queridos, contrapõem-se atos, a que se ligam consequências jurídicas, para cuja realização é indiferente, segundo a ordem jurídica, se os mesmos são queridos, ou não queridos pelas partes.'"* SORIANO NETO. **A construção científica alemã sobre os atos jurídicos em sentido estrito e a natureza jurídica do reconhecimento da filiação ilegítima.** Recife: Impr. Universitária, 1957, p. 5.

[363] RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do Direito Civil e liberdade(s):** repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011, p. 317.

como a perda de um afeto ou um alegado *"direito de não nascer"*.[364] Mais do que dano moral puro, o Judiciário passa a ter de avaliar situações existenciais puras, em que fica muito visível a insuficiência do caráter indenizatório, a qual acaba por fortalecer a alegação de impossibilidade do pedido, como no caso de abandono afetivo dos filhos, que ainda encontra resistências.

4.3. O juiz de família e a interdisciplinaridade

Se a sanção perde força e a lógica meramente retributiva, também, visando apenas reprimir para estabelecer ou manter padrões tidos como os melhores, a própria jurisdição no segmento de família acaba por ganhar novos contornos. Ainda com apoio em Christine Desnoyer[365], cujas conclusões valem a reflexão, diga-se que

---

[364] *Affaire* Perruche. No caso, a criança Nicolas Perruche, por conta de um equivocado diagnóstico pré-natal que não detectou a anomalia fetal, teve a perda de uma chance de sua mãe, Josette Perruche, interromper a gravidez. Daí, o próprio Nicolas, por ela representado, moveu ação de reparação porquanto esse nascimento representaria dano não só a mãe, mas ao próprio filho. A polêmica é que, ao decidir pela possibilidade do nascido figurar como autor desta ação, como decidiu a *Cour de Cassation*, em acórdão n. 457, de 17 de novembro de 2000, acabou por reconhecer indiretamente um direito de não nascer. O caso, independente de qualquer outra consideração, demonstra o tipo de valores que estão a entrar no cômputo das decisões judiciais. Aqui, bem ou mal, a autonomia privada contratual simplesmente não dá conta da complexidade envolvida, em que se alegou ter sido impossibilitado, por falta de previsão clínica, de interromper um direito à vida. Sobre o caso Perruche, donde foram extraídas as informações acima: GODOY, Gabriel Gualano. **Acórdão Perruche e o direito de não nascer.** Dissertação (Mestrado). Curitiba: Univ. Federal do Paraná, 2007, p. 6. In: http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/12026/nao_nascer_FINAL.pdf;jsessionid=32BDD0BCDA31627967BCAC3CB517AC50?sequence=1 Acesso: 03.01.2013.

[365] Conclui ela que, de uma maneira geral, a evolução da sanção no direito positivo é reveladora da evolução geral do direito; que a objetivação das instituições como o divórcio e a perda do poder familiar, que passam a se afastar do elemento culpa, leva justamente a uma afirmação de direitos subjetivos, o direito ao divórcio, o direito do filho de ser protegido de seus pais quando for o caso, etc. Enfatiza Desnoyer, com razão, que não há um direito do, mas um *"direito a..."*, ou seja, uma *subjetivização* paradoxal que valora os interesses segundo uma lógica diferente. Explica:
« Ontem, com efeito, a exigência da demonstração da culpa levava a fazer a escolha de um modo de regramento todo particular: para poder decidir o conflito em favor do interesse inferior em dignidade, o interesse antagonista (por hipótese superior em dignidade) devia poder ser qualificado como culposo. Hoje, o legislador optou por uma fórmula diferente: o interesse inferior é alçado ao patamar dos direitos subjetivos, o que tem o efeito de reverter a hierarquia dos interesses em presença e permite, desta maneira, de fazer ceder o interesse inicialmente superior em dignidade diante do interesse contrário. A culpa e o direito subjetivo aparecem, então, como duas técnicas jurídicas utilizadas pelo legislador para regrar conflitos de interesses particulares. Na hora atual, a segunda – o direito subjetivo – se substitui progressivamente à primeira – a culpa -, como testemunha a objetivação do divórcio, da ação de reconhecimento de paternidade natual e da perda do poder familiar (autoridade parental).» (tradução livre)
"Hier, en effet, l'exigence de la démonstration d'une faute revenait à faire le choix d'un mode de règlement tout à fait particulier: pour pouvoir trancher le conflit en faveur de l'interêt inférieur en dignité, l'intérêt antagoniste (par hypothèse supérieur en dignité) devait pouvoir être qualifié de fautif.Aujourd'hui, le jurislateur a opté pour une formule différente: l'intérêt inférieur est hissé au rang des droits subjectifs, ce quis a pour effet d'inverser la hiérarchie des intérêts en présence et permet, de cette manière, de fair céder l'intérêt initialement supérieur en dignité devant l'interet contraire. La faute et le droit subjectif apparaissent donc comme deux techniques juridiques utilisées

a objetivação do divórcio, da perda do poder familiar (autoridade parental, na nomenclatura francesa), da ação de reconhecimento de paternidade, gera o desaparecimento da função retributiva da sanção, de que mesmo a sanção dita "curativa" era caudatária - o tema era a instituição, não a pessoa humana - e do direito positivo, função mais próxima dum ideal de neutralidade que é inalcançável, especialmente sob a égide duma Constituição dirigente repleta de princípios.

Abandonado o enfoque meramente de proteção e controle institucional da família matrimonial, novos objetivos e finalidades surgem. Mas é exatamente nesta hora que a interdisciplinaridade passa a importar. Exatamente nesta hora em que o produto legislado incorpora ao seu, o léxico de outros saberes, surge uma necessidade de *migrar* conceitos de um campo para o outro, conforme Mara Caffé.

Um parêntese se coloca a respeito das nomenclaturas envolvendo as múltiplas possibilidades de inter-relação entre diversas disciplinas, afirmando uma salutar humildade desses diversos ramos da árvore do saber humano obtempera reconhecendo a incapacidade da ciência moderna para compreender a realidade atual.[366] Além do que, merece destaque a postura de humildade do direito relativamente à suas próprias expectativas funcionais. Dizendo de modo bem direto: uma visão idílica para um saber cuja matéria prima é o poder estatal, nada menos que isso, pode implicar uma série de intenções desvirtuadas e violências as quais convém evitar, mediante uma postura crítica, mas, sobretudo, autocrítica, sob pena de uma doutrina e jurisprudência egóicas, autocentradas.

Da perspectiva de um magistrado de segundo grau, José Carlos Teixeira Giorgis aplaude o ativismo judicial secundado na interdisciplinaridade, porém *"resguardada a imparcialidade e genuflexo ao contraditório".*[367] Além do que,

---

par le jurislateur por régler des conflits d'intérêts particuliers. A l'heure actuelle, la seconde – le droit subjectif – se substitue progressivement à la première – la faute - , comme en témoigne l'objectivation du divorce, de l'action en recherche de paternité naturelle et du retrait de l'autorité parentale. » **L'évolution de la sanction en droit de la famille.** Paris: L'Harmattan, 2001, p. 353-354.

[366] SANTOS, Romualdo Baptista dos. **Direito e afetividade:** estudo sobre as influências dos aspectos afetivos nas relações jurídicas. Dissertação (Mestrado). São Paulo: Fac. de Direito da Univ. de São Paulo, 2009, p. 40. Acerca das nomenclaturas em si, a multidisciplinaridade é a interação entre saberes sem efetiva cooperação ou diálogo, portanto, esporádica; a pluridisciplinaridade consiste numa interação sem uma coordenação central, um *leitmotiv*; a interdisciplinaridade seria a forma autêntica de interação entre ramos de saber, com uma coordenação que lhe dá um sentido finalístico e lhe imanta os vários elementos; a transdiciplinaridade ou pandisciplinaridade é o global, à redução ao uno de impossível praticabilidade. SANTOS, Romualdo Baptista dos. **Direito e afetividade:** estudo sobre as influências dos aspectos afetivos nas relações jurídicas. Dissertação (Mestrado). São Paulo: Fac. de Direito da Univ. de São Paulo, 2009, p. 42.

[367] GIORGIS, José Carlos Teixeira. **A paternidade fragmentada:** família, sucessões e bioética. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 22.

pensando na cognição como um direito, já que é dela que deriva a possibilidade de um provimento jurisdicional próximo do pedido mediato, o bem da vida, o autor defende que, em direito de família, a questão da prova seja posta em sob outro ângulo: defende uma visão intermediária relativamente ao conhecimento da prova baseada no princípio da proporcionalidade, por via da ponderação dos interesses em conflito, desde que não haja outro meio de provar aquele fato sustentáculo da pretensão, *"como ocorre com a gravação feita pelo cônjuge de conversa telefônica do outro, para constatar a violação dos deveres do casamento."*[368] Outrossim, aponta para a aplicação do princípio da carga dinâmica da prova nas disputas familiares, sempre que uma das partes se encontrar mais *"apetrechada pelas condições materiais e outra vulnerável pela carência afetiva e de recursos."*[369]

Sem dúvida são caminhos a serem percorridos, mas, sempre com a cautela devida. Como já é bastante seguro afirmar, o mundo atual é avesso às soluções definitivas, porque elas sempre deixam algum ponto a descoberto. É o caso da relativização da cognição da prova ilícita para, antes de tudo, provar a culpa. Ou seja, discussão de cariz litigioso em que todos saem perdendo, sobretudo os pequenos. Assim, se não é possível negar que, pela multiplicidade que as causas judiciais propõem, haverá situações que exigirão sim que se conheça da prova ilícita. Apesar disso, uma aceitação não criteriosa desse tipo de produção probatória poderá ter o efeito perverso de instalar verdadeiro *"vale tudo"* numa relação já completamente esgarçada, prejudicando diretamente o próprio melhor interesse da criança com um acirramento de voltagem ainda mais alta.

O próprio exemplo que o autor dá, nesse particular, já se coloca como um tanto ultrapassado, a prova da culpa da quebra dos deveres do matrimônio. Ora, se hoje há a possibilidade do divórcio direito (Emenda Constitucional 66 que alterou o artigo 226 da Constituição Federal), então essa necessidade de provar culpa só haverá para caso de responsabilização civil. Num contexto como esse, as relações já estarão completamente destruídas.

Talvez a possibilidade da distribuição da prova com base na teoria das cargas dinâmicas seja mais adequada. Aqui, poderá existir um grande proveito para o interesse daquele circunstancialmente mais fragilizado: seja por menor poder

---

[368] GIORGIS, José Carlos Teixeira. **A paternidade fragmentada:** família, sucessões e bioética. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 19.
[369] GIORGIS, José Carlos Teixeira. **A paternidade fragmentada:** família, sucessões e bioética. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 20.

socioeconômico, seja por uma fragilidade, demência senil, dentre outros. Então, essa possibilidade da carga dinâmica da prova tende, no futuro, ganhar mais e mais terreno.

Afirmação certa, contudo, é a de que a dimensão substancial na defesa da personalidade exige o estudo dela, para além de um sistema sancionador. Gustavo Tepedino, tratando do tema, afirmou que tentar proteger os direitos da personalidade por via da mesma técnica que se protege a propriedade (em termos apenas negativos) é inadequado[370]. No que seu discurso se aproxima daquele de Christine Desnoyer, já citada, tratando do desgaste da feição retributiva da sanção, com proteção meramente reativa e secundada na noção de *faute.*

Não é só. A incorporação pelo normativo da idéia de personalidade, como objeto de tutela do direito, existindo um rol de situações jurídicas a se proteger porque muito de perto toca a dignidade do ser, passa pela própria avaliação do que seja o seu conteúdo.

Deste modo, a definição tradicional – aptidão para ser sujeito de direitos – não satisfaz. Ela poderá ser um início de construção de sentido, mas é só. [371]

A propósito, o valor personalidade está na base de *"uma série aberta de situações existenciais, nas quais se traduz a sua incessantemente mutável exigência de tutela."*[372]

No entanto, tudo cairá no vazio, se essa série aberta de situações singulares não for analisada com enfoque exatamente na sua singularidade. Não há como tratar destes temas existenciais de família sem recorrer ao aparato interdisciplinar, porque o

---

[370] Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: **A Parte Geral do Novo Código Civil:** estudos na perspectiva civil-constitucional. 2 ed. atual. São Paulo/Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. XXIII.

[371] Duas citações interessam: *"A doutrina do direito da personalidade, cheia ainda de imprecisões, contradições e perplexidades, continua a não dispensar o arrimo retórico para suprir o seu déficit de clareza e coerência."* Outra: *"Em Direito, define-se personalidade com grande precisão, nestes termos: a aptidão para ser sujeito de direito. Ser sujeito de direito (de direitos e obrigações) é ser pessoa. Pessoa e sujeito, no plano jurídico, são conceitos equivalentes. Personalidade vem a ser, então, aptidão para ser pessoa; seja, personalidade é o* quid *que faz com que algo seja pessoa. E isto é exato. Estes conceitos de personalidade e de pessoa pode afirmar-se que satisfazem os desígnios práticos do trato jurídico estrito, onde o que interessa da pessoa é ser ela o sujeito de atribuição dos direitos e das obrigações. Admiravelmente simples e claros, aptos a serem apreendidos de imediato, não revelam, contudo, as extensões conceituais de que necessitamos para avaliar a personalidade pelo prisma crítico de um possível objeto de direito."* MORAES, Walter. Concepção tomista de pessoa. Um contributo para a teoria do direito da personalidade. **Revista dos Tribunais.** v. 590. dez./84, p. 15-16.

[372] PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil:** introdução ao direito civil constitucional. Trad. Maria Cristina de Cicco. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 156.

direito positivo é demandado a fazê-lo, senão retroagirá ao tempo de uma *tutela de superfície*.

Surge, então, uma nova epistemologia, conforme acentua Giselle Câmara Groeninga, calcada na dignidade da pessoa humana, o que exige atender a este princípio, considerando não só o que é objetivo e exterior, mas também o que é subjetivo e interior.[373] Porque, segundo afirma, a separação sujeito & objeto, está em queda livre, levando a uma crise paradigmática, em que se reconhece além do sujeito de direitos, também o sujeito de desejos.[374]

Deste encontro, o discurso jurídico não escapa incólume. Pensando no tema, ao valer-se de laudo técnico de um perito judicial (psicólogo ou psicanalista), como razão de decidir, o discurso jurídico é substancialmente alterado. Isto é mais do que utilizar o critério objetivo de um laudo de engenharia ou contabilidade. O motivo é que esses discursos exatos não alteram o tipo de avaliação que a sentença faz, apenas lhe dão a certeza e uma legitimidade própria de sua *"exatidão"*.

Já o trabalho efetuado por um psicanalista, tem como mote *"dispor o conflito em termos interpretáveis"*[375], em contrapartida a prática jurisdicional *"procura dispor o conflito em termos decidíveis."*[376] Ao incorporar as razões da *escuta analítica* como as suas razões de decidir, há uma alteração substancial no discurso jurídico, porque o juízo de valor subjacente à sentença é enriquecido por uma outra forma de pensar o conflito. É enriquecido pelas características deste outro ramo do saber, em que também a linguagem, o discurso, é elemento central.

Vale apontar que, com base na experiência narrada por Mara Caffé, autora com atuação na área como perita judicial, o que importa nesses casos é a análise da qualidade do vínculo afetivo que os pais mantêm com os filhos. É isso que será objeto de análise. E isso, para o juiz, não está presentificado de maneira adequada, senão através desse outro olhar. [377]

---

[373] Direito e psicanálise – um novo horizonte epistemológico. **Afeto, ética, família e o novo Código Civil.** Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Rodrigo da Cunha Pereira (coord.) Belo Horizonte: Del Rey 2004, p. 262.

[374] Direito e psicanálise – um novo horizonte epistemológico. **Afeto, ética, família e o novo Código Civil.** Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Rodrigo da Cunha Pereira (coord.) Belo Horizonte: Del Rey 2004, p. 252.

[375] CAFFÉ, Mara. **Psicanálise e direito:** a escuta analítica e a função normativa jurídica. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 23.

[376] CAFFÉ, Mara. **Psicanálise e direito:** a escuta analítica e a função normativa jurídica. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 24.

[377] *"A questão judicial em causa nos litígios familiares que nos ocupam refere-se à guarda de menores e/ou à regulamentação de visitas dos pais aos mesmos. Na tarefa de decidir sobre estas*

Sem esquecer o deslocamento da *faute*, acima referido, aliás, exatamente por conta dele, o que o perito nesse caso avalia é o melhor interesse da criança. A perquirição da culpa, muito mais fácil para o juiz, porque implicaria apenas em revolver o passado, aqui não se coloca. Ao contrário, o que interessa é a dinâmica familiar como um todo, sobretudo as condições presentes, se efetivamente atendem ao melhor interesse da criança ou não.

A interdisciplinaridade é a interação de duas ou mais disciplinas, com intercâmbio de conceitos, no qual as duas saem enriquecidas. Logo, haverá desse encontro um produto com características de ambas, sendo ele próprio, um algo mais em relação a ambas.

Daí porque, há um alargamento da cognição do magistrado que é, mais e mais, incentivado e, verdadeiramente, exigido. Exigido, porquanto o melhor interesse da criança, como princípio[378], portanto sem consequente prefixado, exige múltiplas adaptações para afirmar-se concretamente. Exigido, porquanto o desafio é a aplicação da isonomia no seu binômio da especialidade, sobretudo porque o próprio sistema jurídico positivo reconhece a condição peculiar das crianças e adolescentes. Ainda, implica, exatamente por isso, uma delegação a um direito judicial que precisa de novos aportes para justificar suas decisões neste campo.

4.4. Indícios de abuso do poder familiar

Justamente, em continuação do acima articulado, os indícios do abuso do poder familiar, mais ainda quando se fala em integridade psicofísica, muito mais do que uma incolumidade, caracterizada apenas pela "ausência de manchas roxas", a captação dos indícios, na verdade, depende da acurácia do juiz e da constante

---

questões, o juiz terá que levar em conta, entre outras coisas, as condições psíquicas em que se encontram as crianças e a qualidade de suas relações com os pais, elaborando e justificando sua sentença judicial, tendo em vista as melhores condições ao desenvolvimento dos menores. É neste sentido que ele convoca o auxílio do psicólogo perito que, por meio de suas investigações, lhe prestará esclarecimentos acerca dos vínculos afetivos em vigência na família, bem como da dinâmica das relações estabelecidas entre pais e filhos."
CAFFÉ, Mara. **Psicanálise e direito:** a escuta analítica e a função normativa jurídica. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 83.

[378] *"El interés del menor también há sido definido como* standard *jurídico. Si bien, en realidad cumple una función que no se limita a la de mero* standard *(en el sentido algosajón del término), sino que además funciona como cláusula general, en tanto que cumple una función de transformación y delegación em la formación de normas, antes que mera recepción o remisión a normas sociales."*
PEREA, José Manuel de Torres. **Interés del menor y derecho de familia:** una perspectiva multidisciplinar. Madrid: Iustel, 2009, p. 25-26.

ampliação da capacidade discursiva deste, do quanto ele transita com outros saberes, com outras linguagens, estas mais sutis, porque trabalham com uma aproximação diferente, não decisionista do conflito.

O indício, no linguajar tradicional do direito processual, é um meio de prova indireta de que se vai do fato conhecido (indício) para o desconhecido, aquele a provar. No entanto, poderia o indício ser compreendido, ele próprio, como uma operação mental que *"conduz à aceitação de um fato independentemente de prova."*[379] Logo o indício é o início pontual, destacado da base fática, de uma construção mental que demonstra uma situação maior, um contexto tal que justifica uma decisão judicial. E mais, se o indício é uma operação mental, esta constatação apenas reforça a participação ativa do juiz de família (não participação invasiva, note-se), que deve ter seu horizonte alargado pelo viés interdisciplinar.[380]

O abuso do poder familiar geralmente é continuado, reiterado. Porém, acobertado pelo próprio recato doméstico que acaba sendo ideal para que se escondam diversos dramas vivenciais terríveis, sob a capa da mais mansa normalidade.

Os indícios do abuso do poder familiar podem ser divididos, com apoio na própria condição de uma criança ou adolescente padrão: **1º** indícios físicos; **2º** indícios comportamentais; **3º** indícios fornecidos pelos próprios pais; **4º** indícios fornecidos por terceiros; **5º** indícios institucionais.[381]

Primeiro, sobre os indícios físicos, tocando o tema da agressão na família, vale observar que na grande maioria dos casos o agressor é o homem que vive na casa, ou seja, padrasto, pai, etc.[382] Estes indícios possuem caráter objetivo – já que não se

---

[379] LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil.** São Paulo: RT, 1999, p. 59.

[380] *"Nas sociedades actuais, em constante movimento e mutação, a Jurisdição de Família e Menores exige uma concepção moderna do direito, marcada pelo pluralismo, pelo intercâmbio de saberes, pela interpenetração de códigos, pela socialização do direito e pela judicialização do social, dir-se-ia mesmo que exige uma nova Arte de Julgar.*
Aprende-se na termodinâmica que o isolamento de um sistema aumenta irreversivelmente com o tempo, que quanto mais isolado estiver, menos capaz será de manter os seus níveis de coesão e organização e que, pelo contrário, abrindo-se ao exterior consegue aumentar a força e coesão necessárias à sua subsistência.
Trata-se de regra da Física que tem toda a sua aplicação nas ciências humanas: A abertura do sistema judiciário a outras áreas científicas é uma inevitabilidade e há-de ser a heterogeneidade de pessoas associadas ao mundo judiciário que vai permitir o enriquecimento de saberes e de sensibilidades e o seu crescimento global." OLIVEIRA MORGADO, Maria do Rosário Correia de. O Tribunal e as Assessorias. *In.* **Direito tutelar de menores:** o sistema em mudança. Guilherme de Oliveira (Coord.) Coimbra Editora: Coimbra, 2002, p. 82.

[381] O rol, como é evidente, não tem nenhuma pretensão de exaustividade ou definitividade.

[382] Versando sobre a realidade portuguesa, confiram-se os dados seguintes: *"Em 2000, os casos de violência doméstica registados pela APAV, em que a vítima era mulher, representavam 94,8% do*

exige muito para verificar as marcas no corpo de quem quer que seja – no entanto, mesmo assim, é preciso que sejam bem compreendidos os sinais. Ou seja, sua aparente simplicidade e objetividade podem levar, na prática, a conclusões precipitadas.[383]

Segundo, os indícios comportamentais são constituídos pelas atitudes do infante: um retraimento anormal, uma violência e rebeldia que não eram, até pouco tempo, características suas, até uma sensualidade incompatível com a idade e com a sua maturidade sexual. São indícios que exigem o trato especializado e para os quais a interdisciplinaridade é vital.

Com relação aos indícios fornecidos pelos próprios pais, o que se acaba por ter é um verdadeiro exame das condições familiares da criança. As rotinas, os hábitos dos pais, o tipo de relação social e o círculo pelo qual transitam. Tudo isto fornece um panorama essencial. Ora, se o pai possui vida social e noturna incompatível com a atenção que deveria dispensar ao filho, muito provavelmente – presunção *hominis* – este é negligenciado; se a mãe, embora zelosa, possui conduta incontida e sua casa é frequentada por toxicômanos. Isto é um item a ser levado em conta, até por força de lei (art. 19, *caput*, do ECA).

É bom lembrar que a família deve ser protegida e o direito ao convívio familiar deve ser assegurado se, e enquanto atender ao melhor interesse da criança. Muitas vezes a família é o nicho da violência; muitas vezes é lá que está o problema.[384]

---

total de processos de apoio, contra 4,2% de vítimas masculinas. No que concerne ao crime de maus tratos a cônjuge ou companheiro, registaram-se 82 casos de mulheres agressoras, o que corresponde a 1,79% do total. Este número cresceu em 2001, tendo sido denunciados 144 casos de maus tratos a cônjuge ou companheiro perpetrados por mulheres, o que representa uma percentagem que ronda os 2,6%. Em Espanha, o número estatístico de vítimas masculinas rondará os 2%, segundo SANMARTÍN, ob. cit., p.48. Segundo a APAV, no primeiro semestre de 2004, no domínio da violência doméstica, 7,8% das vítimas eram do sexo masculino, pese embora não possamos afirmar que se tratem de cônjuges, uma vez que são tratados conjuntamente todos os crimes a que a violência doméstica é subsumível." FERREIRA, Maria Elisabete. **Da intervenção do estado na questão da violência conjugal em Portugal.** Coimbra: Almedina, 2005, p. 50, nota 98.

[383] Como no caso de um médico que impressionado pela inflamação vaginal de uma menina, não lhe ocorreu o óbvio: de que poderia ser uma infecção urinária ou uma vaginite. Deu notícia para a autoridade policial de algo que não se confirmou como violência, constrangendo inutilmente os indiciados. Não teria sido o caso de, antes de informar a autoridade policial, pedir o apoio de uma assistente social ou de um psicólogo?

[384] Com muita propriedade observa Paulo Afonso GARRIDO DE PAULA que a família não pode ser entronizada de maneira simplista, quando, em diversos casos concretos, é nela que reside o problema. Diz o autor: *"Anote-se que a intangibilidade da família, princípio de direito civil, não vai ao ponto de se permitir que a criança ou adolescente não reaja diante das mazelas que, nas raras vezes, são provocadas pela própria entidade. A Constituição da República ao dizer que* O Estado assegurará assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações (art. 226, §8º), *afasta a visão maniqueísta de que tudo que se encontra na família representa o bem, o adequado, o protegido e, em conseqüência, o que se encontra*

Os indícios fornecidos por terceiros serão: desde a informação sobre uma abrupta alteração de comportamento, até mesmo a condição da vítima de uma atuação de tipo *bullying*, já que muitas vezes essa conduta reflete um extravasamento de tensões e mimetização de exemplos, o que reconduz ao item segundo, pertinente as manifestações comportamentais do filho.

Por indícios institucionais, estes seriam, sobretudo, o aproveitamento em atividades como a escola, cursos livres, esportes, dentre outras atividades feitas em grupos socialmente institucionalizados: escola, clube, academia de lutas marciais, dentre outros.

A *internet* e os sítios de relacionamento social serão outra fonte para análise do perfil das crianças, dos adolescentes e dos pais. Com o muito que se revela nestes veículos, pode-se depreender bastante sobre a família, a qualidade de seus laços e a maturidade dos genitores.

Na verdade, diversos desses indícios, já por si só, independentemente da caracterização de um continuado abuso de poder da parte do genitor, indicam para a falta de um ambiente ou de condições que possibilitem atender ao melhor interesse da criança. Aqui, há um detalhe que faz toda a diferença: afirmou-se, linhas atrás, que há uma constante objetivização em tema de perda do poder familiar, o que não é uma punição, mas a asseguração de que o melhor interesse do filho será atendido.

Daí, o tema da ilicitude – artigos 186 e 187 do Código Civil – perder, por si só, espaço. Claro que o abuso do poder familiar é um ato ilícito; claro que deve ser reprimido severamente. Mas, mesmo na falta deste ilícito, poderá haver situações em que o melhor interesse da criança não está atendido, e pode sê-lo. Ou seja, o preenchimento da prova é matizado não por uma lógica de punição, mas de prevenção de qualquer lesão física ou psíquica contra aquele que se encontra na situação peculiar de pessoa em desenvolvimento. Esta finalidade clara acaba por influenciar na interpretação das normas regentes da matéria, mas deve sê-lo, também, na própria interpretação das provas do caso concreto.

---

fora o mau, o impróprio, o perigoso, porquanto não raras vezes a opressão e a violência são marcas da entidade familiar. Nesse sentido a fuga de uma criança ou adolescente de seu núcleo familiar originário pode representar o último lampejo de saúde mental, de busca de um espaço de vida mais saudável, de modo que à luz do Direito da Criança e do Adolescente a família, embora desfrutando de enorme importância, não se trata de instituição intocável." Reflexos do novo Código Civil no Estatuto da Criança e do Adolescente. In. http://www.mp.sp.gov.br/portal/page/portal/cao_infancia_juventude/doutrina/doutrinas_artigos. Acesso em 17.07.2011.

Avulta a figura da presunção *hominis* como critério de desate para esses casos, porquanto é ela uma construção baseada nos indícios pelos quais o juiz constrói o quadro vivencial da criança e do seu entorno. Aqui, note-se: não se trata da prova histórica do fato passado, mas a prova da inadequação, ou não, daquela situação presente.

Da distinção entre indício e presunção, recolhem-se os significados da expressão *indício.* A este respeito, ele pode ser muito mais do que o fato conhecido, autônomo, pelo qual se chega ao fato desconhecido ou probando. Poderá ser em situações muito complexas, o indício do indício, qualificado como *cascaded evidence.*[385] Também, porque dentre as acepções do vocábulo está aquela, já referida, que o dá como sinônimo de presunção ou conjectura.[386]

A conjectura é a porta de entrada para o elemento emocional do próprio julgador, de sua mundividência e de seus valores. O que pode ser muito bom, ou não. Porque o *case law* do direito de família – e todos possuem um ideal de família e uma pauta moral sobre os assuntos que gravitam em torno dela: sexualidade, filiação, educação religiosa, etc. – não deve ser o que pensa o juiz, mas o que quer a Constituição e o sistema legal como um todo. E se alguém disser que isso sempre deve ser assim, claro, estará correto. Sem embargo, no aspecto do direito de família, assume uma importância maior porque a tentação de uma patrulha moral é muito presente, o que não acontece em temas de direito tributário ou contratual. Ou seja, o elemento comportamental, aqui, é muito mais presente, tornando o direito de família suscetível aos mais variados tipos de tendências e discursos.[387]

Aqui, interessam a incidência dos princípios porque seu forte conteúdo de valor acaba por influenciar também na interpretação da prova, o que não implica perda da parcialidade; mas, sim, influência de máximas de experiência que acabam propiciando a entrada da subjetividade do magistrado, sua bagagem vivencial.

---

[385] Tratando-se de inferências em cadeia, sua aplicação exigirá um rigor bastante específico e se legitimará *"sólo si cada inferência específicamente considerada produce conclusiones dotadas de un grado de confirmación capaz de legitimar una valoración de certeza por parte del juez."* TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos.** 4ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2011, p. 276.

[386] TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos.** 4ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2011, p. 479.

[387] A ponto de a previsão constante do artigo 226, §3º, da Constituição, parte final, aonde diz que deverá a lei facilitar a conversão da união estável em casamento, ser interpretada não como um facilitador para o ato jurídico do casamento, mas como uma hierarquia implícita entre a família matrimonial e a família de união estável, interpretação de uma artificialidade forçada e de todo reprovável, apenas demonstrando o grau das *paixões* que o discutir e interpretar a família desperta também nos intérpretes. O renitente conservadorismo é de todo lamentável.

Especialmente para a prova indiciária, o saber experimental é importante[388], já que a máxima de experiência não figura como simples conexão entre acontecimentos. Sua força deriva da *"expectativa de que as observações coincidentes feitas em situações similares serão, outra vez, válidas para aquele determinado fato."*[389]

A verdade é que a decisão judicial nunca é um processo isento de subjetivismo porque contabiliza os interesses postos em conflito, valorando-os. A este respeito Philipp Heck já observava quanto ao silogismo da sentença que *"todo o juiz que não quer decidir segundo o seu arbítrio e fantasia, tem de destacar, na situação de facto considerada, os elementos relevantes, distinguindo-os dos irrelevantes."*[390] Esta separação criaria para o juiz uma representação mental duma hipótese e duma consequência, o que seria exatamente a premissa maior. Então, a determinação da norma a aplicar dividir-se-ia em duas fases: a primeira com o conhecimento histórico dos dispositivos legais e dos interesses legislativos; a segunda, com a articulação desses conhecimentos para a construção da norma individual e concreta.[391]

Tudo isso acaba por combinar-se perfeitamente com a percepção de que *"o segredo da justiça está no fato de o juiz saber que a neutralidade não significa fugir das pessoas em litígio, mas se colocar na posição delas."*[392]

4.5. Situações de intervenção judicial

As situações constantes do artigo 1.638 do Código Civil atual não guardam grande dificuldade sob a perspectiva teórica e nem são enquadráveis como abuso de direito, à luz do artigo 187, porque não contêm a aparência de legalidade que dele se exige. São hipóteses de ato ilícito em sentido estrito do artigo 186, cuja gravidade enseja a perda do poder familiar.

---

[388] CRESCI SOBRINHO, Elício de. O juiz e as máximas de experiência. **Revista Forense.** Vol. 296, p. 432.
[389] CRESCI SOBRINHO, Elício de. O juiz e as máximas de experiência. **Revista Forense.** Vol. 296, p.432.
[390] **Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses.** Trad. José Osório. São Paulo: Saraiva, 1947, p. 98.
[391] **Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses.** Trad. José Osório. São Paulo: Saraiva, 1947, p. 99. Nesse mesmo sentido: ALMEIDA PRADO, Lídia Reis de. **O juiz e a emoção:** aspectos da lógica da decisão judicial. 5ª ed. Campinas, SP: Millennium, 2010, p. 17.
[392] ALMEIDA PRADO, Lídia Reis de. **O juiz e a emoção:** aspectos da lógica da decisão judicial. 5ª ed. Campinas, SP: Millennium, 2010, p. 23.

Em breve apanhado, sobre as intervenções estatais de um modo geral para esses casos, é adequado salientar os níveis em que essas podem ser feitas, aproveitando a nomenclatura proposta por Maria Elisabete Ferreira.[393]

Primeiramente, a intervenção primária ou preventiva em sentido estrito consistente em programas, iniciativas estatais de cunho educativo sobre os temas da família, da parentalidade responsável, da prevenção e combate à violência doméstica. Dentre outros, são fóruns de debate: as visitas às escolas, explicação sobre os direitos constitucionais à vida, à dignidade humana. Até uma inserção no currículo obrigatório, trazendo as temáticas inerentes aos direitos, ao civismo, já é um ponto favorável para a educação e o combate da violência na família.[394]

Em resumo, a prevenção dos problemas passíveis de surgimento na família já se dá com o funcionamento adequado do Estado de Bem Estar. Este é, mais do que tudo, o objetivo a ser buscado pelos sucessivos governos, não uma profusão de leis.

Já como intervenção preventiva secundária ou intervenção pós-conflitual, a modalidade dominante, Maria Elisabete Ferreira divisa as sanções penais e as sanções civis. No entanto, abandona-se a nomenclatura dada pela autora para acrescentar o seguinte: a intervenção pós-conflitual poderá ainda ter um cunho preventivo para evitar danos ou minorá-los.

Portanto, essa intervenção poderia ser dividida em intervenção pós-conflitual preventiva e intervenção pós-conflitual responsabilizadora. A preventiva, seria a própria mediação, o poder geral de cautela, algumas das medidas previstas na Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), a atuação do Conselho Tutelar.

A intervenção responsabilizadora já compreenderia a responsabilidade penal e civil. No tocante às medidas restritivas do poder familiar, a suspensão seria preventiva e a sua perda seria intervenção responsabilizadora.

---

[393] FERREIRA, Maria Elisabete. **Da intervenção do estado na questão da violência conjugal em Portugal.** Coimbra: Almedina, 2005, p. 71 e seguintes.

[394] Importante notar, no âmbito brasileiro, que a Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1994, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, prevê no art. 32, §5º: *"O currículo do ensino fundamental incluirá, obrigatoriamente, conteúdo que trate dos direitos das crianças e adolescentes, tendo como diretriz a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que institui o Estatuto da Criança e do Adolescente, observada a produção e distribuição de material didático adequado."* Também a Lei n. 11.320/2006, Lei Maria da Penha, prevê programa e inserção no currículo de tema ligado aos direitos humanos, no artigo 8º, VIII e IX. No âmbito português, Maria Elisabete Ferreira menciona reforma curricular de 2001 que criou a área curricular não disciplinar, denominada *Formação Cívica*. **Da intervenção do estado na questão da violência conjugal em Portugal.** Coimbra: Almedina, 2005, p. 74.

Tecidas estas considerações breves, passa-se à análise de algumas situações de intervenção, sempre com foco nas singularidades, não naquilo que é padrão, e, portanto, amplamente tratado.

A integridade psicofísica do ser humano é uma conquista que, como já se vê, sofistica os litígios familiares porque além de trazer um item repressivo, pós-conflitual por natureza - a proteção ao corpo, à incolumidade física -, traz também uma evolução que é a integridade psíquica a ser protegida, preventiva e repressivamente. A propósito do direito à integridade psíquica, caudatário do direito à diferença, as singularidades de cada um, o modo como articula as relações vivenciais, deve ser respeitado naquilo que possui de seu. Logo, a lei da diferença, apontada por Giselle Câmara Groeninga permite o alcance real da proteção da dignidade humana. Observa ela, de modo muito perspicaz, um detalhe que a história dos povos confirma: a ideologia é egocêntrica, planifica as diferenças, uma verdadeira violência.[395]

Das formas de ameaça a essa integridade, ainda com Giselle Câmara Groeninga, verifica-se a privação de modelos de identificação resultando em problemas na formação da personalidade. Aqui, o tema do abandono moral entra no cômputo, mas porque priva o filho de um convívio que é um direito seu. O tema do afeto não é simples, com efeito. Alguns juízes são refratários à ideia de obrigar alguém ao convívio, ao afeto. Mas, é disso mesmo que se trata?

A percepção de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka é francamente favorável a indenizabilidade do abandono afetivo. Tece longas considerações acerca do tema, dentre as quais, destacam-se: **(i)** uma necessidade de defesa da espécie, o que justificaria biologicamente o afeto e o laço de pais e filhos, já que há um atavismo que se observa inclusive nos animais, os quais ensinam às suas crias as táticas de sobrevivência passadas geração após geração[396]; **(ii)** argumenta ainda com um *direito ao pai* que, longe de ser novidade, tem uma razão de ser também fundada na própria natureza, sendo a figura masculina o papel de apresentar o mundo, a

[395] O direito à integridade psíquica e o livre desenvolvimento da personalidade. **Família e dignidade humana.** Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.) São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 445.

[396] Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos: além da obrigação legal de caráter material. **A outra face do Poder Judiciário:** decisões inovadoras e mudança de paradigmas. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 455.

ordem, os limites que devem valer no grupo social em que estão[397]; **(iii)** a falta, seja do pai, seja da mãe, pode causar danos, rompendo o espírito, marcando o filho permanentemente[398]; **(iv)** o dano gerado pelo abandono afetivo, portanto, pode e deve ser indenizado se produzido, no caso, o liame de causalidade da responsabilidade civil.[399]

Ora, se o inconsciente é um oceano vasto e profundo, se nem sobre as suas percepções e formação integral tem completo controle o ser humano, parece claro que as figuras dos pais exercem um papel decisivo em certa fase da vida, a fase da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Isto porque, o ser humano, ao contrário dos demais mamíferos, tem grande parte de seu aparelhamento mental, emocional e social como adquirido. Exatamente porque nele, o instinto não é preponderante, ainda que presente. O ser humano é muito mais frágil em determinada fase da vida. A plasticidade da criança é assombrosa. A falta dos estímulos apropriados, no momento certo, gera uma perda irreparável na sua formação.

Adauto de Almeida Tomaszewski narra o caso relatado em 1940, da menina achada, *"completamente isolada,"* num celeiro. Por ser filha de relacionamento extraconjugal, seus avós não a quiseram no convívio familiar; portanto, era mantida isolada pela mãe. Seu contato com outros seres humanos era mínimo. Observa que a menina, os seus seis primeiros meses de vida, os passara em creche de maneira absolutamente normal. Não havia nada de errado com ela e seu desenvolvimento. Depois, com o isolamento por quase seis anos, quando a descobriram, embora tivesse seis anos, tinha idade mental de mais ou menos um ano. Muito embora o esforço que se fez, posteriormente à sua descoberta nesta terrível condição, ela nunca chegou a falar[400].

Desfecha o monografista que *"como tivessem faltado os estímulos sociais e afetivos, todo um aspecto capital da personalidade da criança, de sua 'humanidade',*

---

[397] Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos: além da obrigação legal de caráter material. **A outra face do Poder Judiciário:** decisões inovadoras e mudança de paradigmas. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 457.

[398] Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos: além da obrigação legal de caráter material. **A outra face do Poder Judiciário:** decisões inovadoras e mudança de paradigmas. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 459.

[399] Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos: além da obrigação legal de caráter material. **A outra face do Poder Judiciário:** decisões inovadoras e mudança de paradigmas. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 465.

[400] **A tutela da personalidade da criança e do adolescente**. Tese (Doutorado). São Paulo: Fac. de Direito da Pontifícia Universidade Católica, 2000, p. 36.

poderíamos dizer, jamais se constituiu."[401] Tudo isso acaba por colocar em termos muito mais relevantes a proteção da personalidade da criança ainda em formação[402]. Daí cooptar sua vontade, estimulá-la de modo manipulativo, sem qualquer fundo educacional sério, ou privá-la da afetividade de que necessita, tudo isso constitui violência das mais graves, porque a sequela habitará seu ser, sua forma de relação com o mundo.

Ora, a efetividade da dignidade humana, enquanto meta, depende da observância das diferenças. Este o desafio do novo século para as famílias, para o Estado, para a sociedade civil.

Dizer que não se pode indenizar o abandono afetivo porque não se pode obrigar ninguém a gostar de ninguém é simplificar as coisas. É reducionismo puro e simples. Claro que não se pode. Mas se a atuação humana é livre, a paternidade deve ser fruto de um exercício responsável, em que a centralidade é mesmo o interesse do fragilizado, porque sua dignidade sobrepuja a qualquer outra, seu interesse sobrepuja ao de seus genitores; porque ele possui pouquíssimo aparelhamento para a vida. Sua liberdade é restrita pelas limitações físicas e mentais próprias de sua idade e condição, portanto, precisa de seus pais, o que é um fato sabido.

Dizendo de outro modo: não se pode obrigar ninguém a gostar de ninguém, entretanto, devem-se obrigar aqueles que geraram ao bem estar daquele que foi gerado, não só com sustento material, como se isso já fosse um *maná* pelo qual o filho deve ser grato e não importunar quem lhe nega, reiteradamente, o afeto[403]. O importunador foi gerado, sem possibilidade de escolha alguma. Ora, a contrapartida

---

[401] **A tutela da personalidade da criança e do adolescente.** Tese (Doutorado). São Paulo: Fac. de Direito da Pontifícia Universidade Católica, 2000, p. 37.

[402] **A tutela da personalidade da criança e do adolescente.** Tese (Doutorado). São Paulo: Fac. de Direito da Pontifícia Universidade Católica, 2000, p. 39.

[403] Embora não tratando do afeto como norma-princípio, até porque o horizonte da época não permitia. Mas, observando que a assistência meramente material é incompleta, e, portanto, sugerindo uma análise do abandono moral como causa da infração penal de abandono de família, o penalista espanhol Eugenio Cuello CALÓN, argumenta que a proteção material seria *"una asistencia a medias"*. Não se podia esquecer a assistência moral para evitar a corrupção e a imoralidade, especialmente tratando-se dos filhos. Naturalmente, a assistência moral estava mais para imposição de uma disciplina do que para o afeto. No entanto, é bom notar que a percepção já existia em algum nível. A possibilidade do abandono moral encontrou, todavia, no princípio *nullum crimen nulla poena sine lege*, caudatário da necessidade de lei certa, um obstáculo que foi, segundo o autor, apontado por muitos opositores da incorporação do abandono moral. CALÓN, Eugenio Cuello. **El delito de abandono de familia.** 2. ed. Barcelona: Bosch, 1948, p. 18.

da liberdade de gerar, sua outra face, é a responsabilidade, e dessa não pode quem abandona sua prole ilegitimamente e com dano esquivar-se.[404]

Acerca da alienação parental, introduzida pela Lei n. 12.318, de 27 de agosto de 2010, vale anotar que, independentemente de ser síndrome ou não, aproveitar-se da já afirmada plasticidade da criança, enquanto sujeito em formação, para desconstruir a imagem que possui do outro genitor é, sem sombra de dúvida, uma violência, um ataque à sua integridade psíquica. Talvez, para a técnica jurídica, a só reincidência de atos de alienação ao longo de um hiato considerável de tempo, já baste para falar em dano. Ora, houve dano sim, *dano-evento* consistente na reiterada privação de um convívio que é um direito. Agora, claro, eclodiu-se, além disso, dentro da técnica das ciências da mente, uma síndrome adquirida, isto é, um *dano-prejuízo* que deverá ser computado numa indenização de caráter lenitivo.

A tendência a deixar de lado a expressão *síndrome*, discussão afeta aos campos da psiquiatria e da psicologia, facilita a proteção do melhor interesse da criança que possui direito autônomo ao convívio com o outro cônjuge e sua família extensa.[405]

Então, o tema é para fins preventivos, simples: os atos que constituem alienação do genitor não-guardião já admitem uma intervenção judicial. É evidente que essa intervenção não soluciona, mas poderá minimizar o impacto das condutas alienantes, até porque observando as consequências institucionais sofridas pelo alienante. A percepção de que uma resposta foi dada poderá, inclusive, ter um efeito benéfico no mundo infantil daquela criança, já que terá possibilidade de associar a

---

[404] Contudo, seja permitido lembrar que para a manutenção dos filhos, para a formação de um ambiente propício à afetividade, pode contribuir o Estado. Quando o *Welfare State* funciona, os dramas familiares não deixam de existir, mas ficam com seu impacto diminuído. Logo, a paternidade responsável como princípio não elimina as responsabilidades do Estado, sobretudo no Brasil, onde o bem estar social chega de maneira bastante irregular, sem a consistência que seria de se esperar. Sobre o abandono, observou José Raimundo GOMES DA CRUZ, que não há abandono, quando os pais, sem condições ou premidos pela necessidade de deslocar-se na luta pela vida, escolhem com apuro alguém de seu círculo para exercício de uma guarda de fato. Narra o monografista que, quando de sua carreira como procurador de justiça, seus pareceres entendiam – com razão – que, a destituição do poder familiar (pátrio poder na época) por abandono não serve para regularizar guarda de fato, evitando o restabelecimento do relacionamento natural dos pais com os filhos; mas dá-se em hipóteses limite e no exclusivo interesse do menor. Destituição do pátrio poder. *In.* **Revista de direito civil.** 35. São Paulo: RT, março de 1986, p. 35.

[405] Nessa linha, fixando-se menos na *síndrome* e mais, nos atos alienantes em si, veja-se: *"Do ponto de vista jurídico, interessa levar em conta apenas o fenômeno próprio da alienação parental, deixando à investigação psicológica ou psiquiátrica a análise da síndrome que caracterize aquele resultado danoso do ponto de vista do relacionamento paterno-filial."* OLIVEIRA, Euclides de. Alienação parental. **Família e responsabilidade:** teoria e prática do direito de família. Rodrigo da Cunha Pereira (coord.) Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010, p. 236.

resposta institucional à causa gerada pelo genitor alienante (o art. 2º, da Lei n. 12.318/2010, inclui qualquer cuidador).

Assim se força a reflexão, permitindo também à criança articular defesas mentais contra a imagem que o genitor alienante insiste em lhe impor.[406]

Sobre a alienação parental: se a criança mimetiza e mimetizando aprende e absorve a privação da convivência com o outro genitor (geralmente o pai), acaba-se por privá-la de um aspecto educacional importante, restringindo seu horizonte de poder. Em suma, restringindo, por via oblíqua, sua liberdade de conhecer e compreender o mundo também sob a influência dos olhos do genitor alienado.[407] É de um escravizar. Os grilhões embora imateriais e, mais do que isso, dissimulados, estão lá: num compromisso inventado para atrapalhar a visitação alheia; num comentário maldoso, *displicentemente* proferido, dentre outros.

Como os tribunais se posicionarão frente a estes indícios, casuísticos evidentemente, é algo a construir, sempre secundado nas observações interdisciplinares, como o próprio rol de indícios constante do artigo 2º, p.u., da Lei n. 12.318/2010 *chama* este novo aporte. Um caso de alienação parental interessante é aquele da constante mudança de domicílio para deslocamento da competência de feito judicial. Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça tem procurado inibir este tipo de conduta, percebida como algo mais do que abuso processual, uma verdadeira alienação parental, o que o artigo 8º, da Lei n. 12.318/2010 consagra.[408]

---

[406] Como observam Giselda Maria Fernandes Novaes HIRONAKA e Gustavo Ferraz de Campos MONACO, é comum, ao amadurecer, que a criança perceba a injustiça cometida e sinta-se culpada por isso. Síndrome de alienação parental. *In.* **Direito das famílias.** Contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira. Maria Berenice Dias (Org.) São Paulo: RT, 2009, p. 547.

[407] Sobre educação, poder e liberdade, afirmando que a educação deve dar poder à criança e fomentar-lhe a imaginação, o que a tornará mais livre, portanto, mais capaz de atuar e compreender seu ambiente veja-se: WARNOCK, Mary. **Os usos da filosofia.** Trad. Luzia Aparecida de Araújo. Rev. Téc. Osvaldo Pessoa Júnior. Campinas, SP: Papirus, 1994, p. 186 e seguintes.

[408] "*EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. OMISSÃO. CONTRADIÇÃO. INEXISTÊNCIA. AÇÃO DE MODIFICAÇÃO DE GUARDA. AÇÃO PROPOSTA ONDE O DETENTOR DA GUARDA NÃO MAIS TEM DOMICÍLIO. ENVIO DOS AUTOS PARA O JUÍZO COMPETENTE. INEXISTÊNCIA DE CONFLITO.*

1. Consoante se verifica das informações prestadas pelos Juízos suscitados, não há discrepância de entendimento acerca da competência para julgamento da ação de modificação de guarda, não restando configurada qualquer das hipóteses do art. 115 do Código de Processo Civil.

2. No caso, tendo a detentora da guarda se mudado para outra comarca, a propositura da ação de modificação de guarda, ajuizada pelo pai nesse mesmo período, lá deveria ter se dado, consoante entenderam os Juízos suscitados. Não se trata de mudança de endereço depois de proposta a ação e efetivada a citação. Incidência do art. 147, I, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

3. Os conflitos de competência apontados pelo embargante como representativos da jurisprudência desta egrégia Corte, tratam, na realidade, de hipóteses excepcionais, em que fica clara a existência de alienação parental em razão de sucessivas mudanças de endereço da mãe com o intuito exclusivo de deslocar artificialmente o feito, o que não ocorre nos autos.

Porém, como em tudo, a arte de julgar deverá ser permeada pela prudência, ora, consoante à crítica de Maria Clara Sottomayor, a alienação parental provocaria *"a menorização das crianças e a discriminação de gênero contra as mulheres, bem como a 'psiquiatrização' do exercício de direitos legais por parte das mulheres que defendem os seus filhos/as."*[409] A autora questiona, inclusive, a cientificidade do conceito de síndrome de alienação parental, argumentando que a teoria proposta pelo psicólogo Gardner (pioneiro do tema, criador da nomenclatura "síndrome de alienação parental") ignora as causas da recusa da criança em aceitar o genitor não-guardião. Na perspectiva do direito brasileiro atual *legem habemus.* Destarte, será o caso de aplicar a lei específica sobre o tema. Apesar disso, como já se afirmou linhas acima, a questão da cientificidade, ou não, dessa tal síndrome, não altera o direito à convivência familiar e a proteção inerente ao melhor interesse da criança, o que as condutas alienantes – síndrome ou não síndrome – acabam por malferir.

Em curtíssimas linhas, a essa altura, cumpre estabelecer um paralelo sobre as nomenclaturas científicas, vez que já foram amplamente utilizadas a serviço das ideologias de ocasião: assim essas expressões "síndrome", "transtorno", dentre outras, devem ser usadas com prudência pelas áreas que lhe são próprias. Há, inclusive, críticas dentro da área contrárias a baixa do *"limiar que pertence à patologia".*[410]

Se ontem, a medicina e os higienistas serviam a uma mentalidade repressora da mulher, por exemplo, é preciso cuidado para, hoje, não surgirem novas repressões, novas pautas uniformizadoras do fenômeno da individualidade humana, porque todo rótulo acaba por, semanticamente, adquirir uma conotação rica em valores geralmente depreciativos.

---

4. Desta forma, ausente qualquer equívoco manifesto no julgado, tampouco se subsumindo a irresignação em análise a alguma das hipóteses do art. 535 do CPC, não merece ressonância a insurgência em questão.
5. Embargos de declaração rejeitados." STJ, EDcl no Conflito de Competência n. 108.689/PE, rel. Min. Raul Araújo.

[409] **Regulação do exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio.** 5ª ed. Porto: Almedina, 2011, p. 158.

[410] *"Em vários casos, a nova versão do Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (DSM 5) da Associação Americana de Psiquiatria, prevista para este ano, baixa o limiar do que pertence à patologia, designando como transtornos – passíveis de cuidado médico e psicológico – afetos, pensamentos, humores que, até hoje, eram considerados parte da experiência humana normal. Em outras palavras, somos cada vez mais considerados 'doentes' (e convidados a procurar tratamento) por uma psicologia e uma psiquiatria que não param de definir nossa 'normalidade' – com as melhores intenções."* CALLIGARIS, Contardo. Loucos e adolescentes suicidas. **Folha de S. Paulo,** Caderno Ilustrada, quinta-feira, 17.01.2013, p. E12.

Exatamente por isso é válida a crítica de Maria Clara Sottomayor para que não se perca desta *descoberta* das ciências da mente aquilo que nelas é central, a pessoa no seu conteúdo único, afastando soluções apriorísticas. Se a psicanálise, por exemplo, é um *front* contra a sociedade de massa,[411] tal deve alertar para o fato de que cada conflito é único a exigir solução exclusiva, sob medida, sempre à luz dos fatos da causa, cuja centralidade não se pode perder de perspectiva. Logo, nem toda conduta alienante é um abuso do exercício do poder familiar, mas muitas vezes é uma defesa legítima dos filhos. Nem toda alegação de abuso sexual é um factóide, até porque, já é sabido que grande parte dos abusos ocorre covardemente ao abrigo de olhares incômodos, sendo o lar o ambiente perfeito. Nem toda memória ruim é implantada artificiosamente, mas por vezes é um dado de realidade na biografia da criança.

Assim, o caminho é árduo, e exigirá dos aplicadores do direito um nível de acuidade com relação ao exame da prova, cada vez maior. Nessa linha, o veto ao artigo 10º da Lei n. 12.318/2010 foi completamente acertado, já que não é no recrudescimento penal, criando tipos invasivos, que se resolverá o problema da família desarmônica.

Aonde se requer um avanço sutil não se pode fazer entrar a cavalaria.

4.6. Poder geral de cautela e melhor interesse da criança e do adolescente

O poder geral de cautela está potenciado pela dignidade da pessoa humana a exigir em situações existenciais graves, uma pronta resposta do Poder Judiciário. Sobretudo, pensando na alegada plasticidade da criança sobre quem os abalos físicos e psíquicos quando recaem, deixam profundas e permanentes sequelas, a prevenção em tema de direito de família, e especialmente de direito de infância e juventude, é evidente. A cautelaridade ganha novos contornos, e, pensando na prioridade absoluta da criança e do adolescente, encontra fundamento no próprio texto constitucional. Por conta disso, e da própria leitura do artigo 5º da LINDB, é perfeitamente possível fundamentar cautelares atípicas no direito de família, até por causa da singularidade dos conflitos.

---

[411] GROENINGA, Giselle Câmara. O direito à integridade psíquica e o livre desenvolvimento da personalidade. **Família e dignidade humana.** Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.) São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 440.

Sobre a cautelaridade nas lides familiares em geral, cumpre alinhavar consideração escudada no pensamento de Benedito Silvério Ribeiro, magistrado que observa serem as cautelares do artigo 888 do CPC todas de caráter satisfativo[412], apesar disso exatamente pensando na fungibilidade entre satisfatividade e cautelaridade, sobretudo para as medidas inominadas e em tema de direito fundamental é de se ultrapassar essa dicotomia que visualiza uma divisão rígida entre medida cautelar e antecipação de tutela. Até porque, em tema de direitos existenciais, a cautelaridade confunde-se com a satisfatividade porque, seja qual for o nome, a medida liminar atende a um direito substancial por excelência.

Exemplo disso consiste na ação de alimentos cujas liminares serão sempre satisfativas, tratando do direito ao existir e ser alimentado, por conta de uma relação jurídica de direito substantivo que assim autoriza exigir.

A cautelaridade em temas tais não deveria ficar presa a esquematismos[413], aproximando-se, como é o caso da jurisdição voluntária, de uma decisão de equidade. É que o tradicional enquadramento não comporta uma série de situações vivenciais que poderiam ter um tratamento mais adequado se mais livre o julgador. Claro que, deverá haver limite, mas este já será o próprio contraditório diferido: a dialética processual já seria um limite e um item a forçar o correto fundamento e justificação de uma dada medida provisória. Uma possibilidade é o encaminhamento obrigatório a programas de educação e mediação. Claro que uma mediação *"obrigada"* não surtirá efeito, mas talvez depois do primeiro contato, vencida a resistência, amadureça relações e desperte a autocrítica.

Ademais, entre as medidas nominadas, há a multa cominatória e a cautelar de busca e apreensão, amplamente utilizadas em direito de família. A multa cominatória é meio para evitar a vulneração ao direito de visitas, igualmente, poderá o magistrado rever a cláusula que dispõe nesse sentido, de modo a reprimir o abuso pelo cônjuge guardião. No limite, pode-se pensar até no crime de desobediência do artigo 330 do Código Penal. Afinal de contas, é disso mesmo que se trata.[414]

---

[412] RIBEIRO, Benedito Silvério. **Cautelares em família e sucessões.** São Paulo: Saraiva, 2009, p. 42.

[413] Pensando na personalidade e nos direitos que dela defluem, destinado está à mudança o entendimento de que o poder geral de cautela do magistrado só se aplica quando não há uma cautelar específica prevista na lei. Chegará o momento que, nesse tema, se terá um cumprimento preliminar da obrigação meramente. A própria imiscuição conceitual e prática entre o que é medida cautelar e o que é antecipação dos efeitos da tutela, salvo melhor juízo parece apontar nesse sentido. Sobre o tema: RIBEIRO, Benedito Silvério. **Cautelares em família e sucessões.** São Paulo: Saraiva, 2009, p. 39.

[414] Nesse sentido: TJSP, Agr. Instr. n. 0041070-17.2011.8.26.0000, rel. Antonio Vilenilson, j. 20.09.2011; HC n. 990.09.002199-3, rel. Damião Cogan, j. 02.04.2009.

Temas processuais, afins com a própria garantia de acesso à Justiça, perfeitamente harmônicos com a garantia da tutela da criança e do adolescente são: a antecipação de tutela de ofício e a dispensa de caução ou garantia em geral para medida cautelar.

A este respeito, salienta Fernanda Tartuce ser a passagem do tempo especialmente danosa em litígios envolvendo vulneráveis. Daí, invoca a razão e a sensibilidade do julgador.

Com efeito, a letra do artigo 273 do CPC veda a concessão *ex officio.* Acontece que várias vezes o fragilizado tem acesso a profissional com limitações técnicas, as quais se fazem sentir na demanda. Pode o juiz superar tais limitações? É essa aguda questão que coloca Fernanda Tartuce.[415]

De um lado a inércia da jurisdição como garantia da equidistância do juiz em relação às partes; de outro, a dignidade da pessoa humana e o dever compartido de zelar pelo melhor interesse da criança (artigo 227, *caput*, CF/88). A máxima eficácia exigida pela constitucionalização do sistema de proteção dos direitos exige, em casos específicos, cujo ônus argumentativo o juiz prolator da decisão deve enfrentar, a concessão da tutela de ofício, apesar da disposição proibitiva. Trata-se de verdadeiro ultrapassar do comando legal com fundamento na equidade e na própria asseguração do resultado útil do processo e da incolumidade do autor, em litígio sempre envolvendo direito fundamental.

Como contrapartida, entretanto, na hipótese do magistrado ter sido induzido ao erro por malícia ou abuso, tal deve ser severamente punido. Poderá a parte contrária até mover ação regressiva pelos danos ocasionados. Aliás, em tema de cautelar, o Código de Processo Civil estabelece, no seu artigo 811, a responsabilização do autor com liquidação dos danos nos próprios autos da ação, nos termos do parágrafo único.

Sem embargo, o fato é: hipóteses excepcionais devem ser tratadas como tal, já que a aplicação da regra pressupõe a normalidade dos fatos, comportados na sua semântica própria. Fatos extraordinários, conexos aos direitos fundamentais, em que o fator tempo seja comprovadamente preponderante, exigirão do juiz uma atuação diferenciada, desde que escorados em uma verossimilhança, também, agravada acima do exigível para as antecipações de tutela em geral.

---

[415] **Igualdade e vulnerabilidade no processo civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 324.

Sobre a alegada violação ao princípio dispositivo, a processualista mencionada rebate que, garantido o contraditório e a final decisão de mérito, confirmando ou não, a tutela antecipada, não será privada a parte contrária de exercer sua defesa.[416] Logo, uma atuação de ofício, desde que justificada nos autos em face de periclitação da vida do jurisdicionado, é perfeitamente aceitável.

A dispensa de caução e garantias em medidas cautelares, também enfrentadas pela autora, tem o objetivo de impedir o desequilíbrio econômico, de influir no próprio rumo do processo. Vale explicar: a relação jurídica processual, exatamente para não ser um mero espelho dos desequilíbrios da vida real, coisa que a própria Constituição Federal quer, declaradamente, evitar, deve adotar uma visão contextualizada do processo, sob pena de retrotraírem-se garantias. Tudo rumando para uma igualdade formal que hoje não é o bastante. A contracautela visa dar equilíbrio ao processo, mas quando o equilíbrio só se dá exatamente na aplicação da especialidade, desigualando os desiguais, isso não se justifica.[417] Note-se que o artigo 804 do CPC não proíbe textualmente a concessão da medida, se ausente a contracautela.

Um último ângulo merece tratamento, a saber: as questões da família sob o regime atual do agravo de instrumento, tema suscitado por José Carlos Teixeira Giorgis de modo bastante oportuno, provavelmente com apoio na sua própria experiência como Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em Câmara de Direito de Família. Diz o autor que a reforma do regime do agravo, estabelecendo a forma retida nos autos como o padrão, visou à cura duma *"apoplexia estatística"*[418], mesmo assim não é possível deixar de reconhecer que em direito de família a maciça maioria dos agravos possui caráter de urgência e de provável perecimento de direito[419] seja em tema de efeito disto suspensivo ou suspensivo ativo (contradição em termos), como usualmente se fala.

De tal sorte, malgrado o regime padrão ser aquele da interposição de agravo na forma retida *ex vi* do artigo 522 do CPC com a redação da Lei Federal n.

---

[416] **Igualdade e vulnerabilidade no processo civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 326.
[417] **Igualdade e vulnerabilidade no processo civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 328.
[418] GIORGIS, José Carlos Teixeira. **A paternidade fragmentada:** família, sucessões e bioética. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 21.
[419] *"Embora o conserto legislativo não tenha ecoado de modo significativo nos repertórios forenses, não padece dúvida que o edifício das pretensões familiares será preservado das esperas e agruras do agravo retido, continuando a desembocar na distribuição dos pretórios a massa de insatisfações contra ditados que aferem as relações de família."* GIORGIS, José Carlos Teixeira. **A paternidade fragmentada:** família, sucessões e bioética. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 22.

11.187/2005, parece que para o Direito de Família o padrão mesmo é a interposição por instrumento.

Até se poderia pensar também, mas não há espaço para argumentar nessa linha em trabalho de foco tão estreito, a respeito duma mitigação do princípio do *"tantum devolutum quantum apellatum",* para o Direito de Família e para temas de direitos da personalidade sempre acompanhando a própria dignidade da pessoa humana. Ora, deixar de se conhecer o tema, grave, porque a inaptidão do patrono não devolveu corretamente a matéria parece, na quadra histórica atual, um tanto caprichoso demais.[420]

Assim sendo, em temas imbricados com a dignidade humana diretamente, talvez não seja desarrazoado observar o cumprimento do artigo 515 do CPC, com certa parcimônia, sem penalizar a parte por equívoco técnico superável cometido pelo advogado. Claro que essa mitigação deverá contar com argumentação compatível que lhe dê o sustentáculo, sob pena de tornar a exceção regra, o que não se está, absolutamente, a propor aqui.

4.7. Limites interventivos

Há uma diferença, não desprezível, entre romper o nó górdio na espada, e pacientemente, desatar-lhe os laços.

A família sempre despertou interesse e os temas que gravitam ao seu redor são sempre objeto de acalorado debate, de paixões ideológicas e renitentes preconceitos. Dito isto, o cuidado é de todo salutar e pode ser resumido assim: não é da vontade do juiz que se trata, mas daquilo que deflui dos valores maiores do próprio sistema de direito positivo. Se a subjetividade do juiz é em alguma medida aceitável, se a sua sensibilidade deve ser apurada, decantada e, enquanto manifestação nas razões de decidir, pode, por vezes, ser um primor na execução da justiça; por outro lado, a flagrante intrujice nas mundividências alheias é de todo censurável.

Não é só. Uma certa hipocrisia pode até levar a restrições indevidas, a pretexto de cobrir um hiato gerado pela própria falta de atuação estatal. É o caso do toque de recolher em algumas cidades interioranas, o que foi mencionado anteriormente, medida que radicaliza naquilo que o próprio Estado deveria assegurar.

---

[420] Exemplo de julgado superando a errônea devolução da matéria para julgar o feito, veja-se: TJSP, Apel. Cível n. 0001281-35.2006.8.26.0275, Câmara Reservada ao Meio Ambiente, rel. Ruy Alberto Leme Cavalheiro, j. 03.02.2011.

Neste particular, veja-se a ementa:

APELAÇÃO. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA. 'Toque de Acolher'. Portaria Judicial que extrapola o poder normativo atribuído ao Juiz de Infância e Juventude. Normas de comportamento reguladas que, com o advento do microssistema protetivo instituído, são de competência do legislador. Infração administrativa não configurada. Ausência de dolo ou culpa na conduta dos apelantes. Evento isolado que não caracteriza o desatendimento do poder familiar ínsito aos genitores. Inteligência dos artigos 227 da Constituição Federal; 149 e 249 da lei 8.069/90. Imposição de multa afastada. Entendimento referendado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça. Recurso provido[421].

A edição de normas de caráter geral via portaria, por Juiz da Infância e Juventude, é muito restrita e deve ter uma justificação democrática, aproveitando a correlação entre fins e meios, típica do princípio da proporcionalidade, tal como vem se aplicando atualmente. Se o Código de Menores outorgava mais poderes ao juiz neste tocante, o mesmo não acontece com o Estatuto da Criança e do Adolescente.[422] Não bastasse isso, pensando na própria realidade social de diversas comarcas, é forçoso repetir: não é possível terceirizar as responsabilidades do Estado de lazer, entretenimento cultural em geral, atuação de assistência social, dentre outros misteres típicos do *Welfare State*, meramente impedindo que crianças e adolescentes estejam nas ruas a partir de determinado horário.

Fica-se com um reducionismo bastante elitista e confortável. O Estado dá a impressão de que está fazendo sua parte e, ademais, cobra multa de infração administrativa que, a pretexto de proteger a criança, numa família pobre de orçamento pequeno, evidentemente não favorecerá, nem protegerá ninguém, reduzindo o já minguado recurso material disponível para o petiz e seus familiares.

Nessa linha, como arremate, um exemplo de intervenção legislativa que seria ingênuo se não fosse o desejo de promoção pessoal que assola o legislativo de hoje em dia: a Lei da Palmada, P.L. 7672/2010, cujo destino será a ineficácia social, sob o manto duma tão conhecida hipocrisia – traço de certo civismo confortável que

[421] TJSP, Apel. Cível n. 07.2010.8.26.0572, rel. Camargo Aranha Filho, j. 10.12.2012.
[422] STJ, REsp n. 1.046.350/RJ, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 15.09.2009.

granjeia cada vez mais adeptos – das leis que *"pegam"* e das que *"não pegam".* A proteção dos maus tratos já existe e sempre existiu. Mesmo no vetusto Código Civil de 1916, mesmo na legislação anterior, o abuso do poder de castigar sempre foi reprimido.

Como afastar a culpa das relações familiares, colocando os pais numa posição desconfortável de serem réus por uma conduta que socialmente é aceita e não gera dano aos filhos? Dizer que qualquer castigo físico gera dano, é esquecer que viver é combate, viver é frustrar-se, recuperar-se e frustrar-se de novo. Ora, que tipo de adultos estará preparando uma geração que, em tema de educação, nada nega; em tudo poupa seus filhos? Distanciar os pequenos das realidades do mundo, das frustrações e dores não é educar.

A verdade é que a Lei da Palmada é mais uma arma para condutas alienantes, para além da alegação de abuso sexual. Agora, instala-se a alegação de simples palmada. O nosso legislador é tão *"bem intencionado"* que cria leis que infirmam e prejudicam umas às outras. No teste de coerência, nosso *"homem público"* não passa.

Além do que, o próprio conceito cultural do que seja o abuso, nesta questão, evoluiu. Há um conceito jurídico abstrato a ser preenchido prudentemente pelo juiz, mediante as máximas de experiência, e a própria evolução cultural e dos costumes de um modo geral.

Não há nenhuma justificativa plausível para judicializar toda e qualquer manifestação corretiva física, uma palmada ou um beliscão, sob pena de privar o sistema de leis do seu necessário e inafastável coeficiente de razoabilidade, expressão tão ao gosto do eminente Min. Celso de Mello.

A razão está com Richard Sennett, para quem o *"consumidor-espectador-cidadão é convidado a aprovar plataformas políticas que mais parecem plataformas de produtos"*[423] e levado a *"dar crédito a políticas de mais fácil utilização."*[424]

Na falta de diferenças substanciais entre as plataformas e partidos políticos, na falta de um debate sério, que demandaria tempo e maturação intelectual dos contendores, na falta de um discurso de estado, realmente programático, o que se verifica são boas intenções de ocasião: umas acertam o alvo, outras não. A Lei da Palmada, parece-nos, errou por algumas léguas. Se há uma sobressalente *"ênfase*

---

[423] **A cultura do novo capitalismo.** Trad. Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2006, p. 148.
[424] **A cultura do novo capitalismo.** Trad. Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2006, p. 148.

cultural no indivíduo",[425] muito bem captada por Eduardo C. B. Bittar, ninguém ainda arriscou-se a examinar em que grau isso afeta o legislador. Este envolto numa profusão de projetos, muitos dos quais são plataformas completamente isoladas do contexto positivo como um todo. Projetos motivados por mundividências particulares, por entrechoques políticos e representações as mais variegadas, tais iniciativas podem muitas vezes ser contraditórias e hoje, mais do que nunca, pensar o sistema de direito como um *"lucidus ordo"* é muito complicado.

Complicado porque debates epidérmicos não lhe favorecem, complicado porque não havendo diferenciações claras das correntes políticas e ideológicas, realmente o indivíduo assume o protagonismo, não o indivíduo *sujeito de direitos*, o pequenino necessitado do aparato institucional para proteger-se, mas o indivíduo detentor do poder. A estetização da experiência poderá se espraiar para o Direito Positivo, na falta dum aparato a constantemente lhe colocar em xeque, a exigir-lhe postura reverente em face da complexidade da vida.

Em tempos de *"amor líquido",* a autenticidade das motivações é uma jóia que existe um comprometimento daquele que, peneirando, deve separar a areia e o seixo da verdadeira pepita, a ser depois lapidada por mãos hábeis. Essa lapidação descansa na autocrítica sincera, desapegada, cuja única angústia consiste em saber que a verdade não se encontra, se faz.

Os paradoxos não podem ser ignorados, a solidariedade e a afetividade que a dignidade humana necessita para vicejar, devem ser levadas a sério, não constituindo mais alguns *"produtos"* de uma corrente de pensamento de ocasião, dentre as muitas disponíveis no mercado. Para valorizar, fazer brilhar esses valores as ambiguidades[426] da sociedade atual deverão se postas na lupa, sob uma perspectiva

---

[425] BITTAR, Eduardo C. B. Família, sociedade e educação: um ensaio sobre individualismo, amor líquido e cultura pós-moderna. *In.* **Revista Brasileira de Direito de Família e das Sucessões.** v.0. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, 2007, p. 8.

[426] *"Há um decréscimo de cooperativismo e solidarismo sociais que, em primeira instância, são sentidos no interior da própria família. Afinal, a moral moderna (sólida ou tradicional) foi convertida na moral pós-moderna (líquida ou individualizante), esta última capaz de estimular no máximo provisórias 'comunidades'".* BITTAR, Eduardo C. B. Família, sociedade e educação: um ensaio sobre individualismo, amor líquido e cultura pós-moderna. *In.* **Revista Brasileira de Direito de Família e das Sucessões.** v.0. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, 2007, p. 14. Noutra passagem, com descortino e aguçada visão crítica aponta que a coerência da família hoje é a coerência do mercado. Se antes a figura era o consumo pela mulher que serve ao lar e para o lar, hoje o consumo é para a mulher super-malhada, bem sucedida, consumidora de produtos para si. Ou seja, tomando por empréstimo a re-significação do papel do feminino faz ele um questionamento de espectro muito mais amplo: para onde afinal essa pós-modernidade vai conduzir-se? BITTAR, Eduardo C. B. Família, sociedade e educação: um ensaio sobre individualismo, amor líquido e cultura pós-moderna. *In.*

que – nada tendo de autoconfiante – sabe valer-se duma boa dose de desconfiança como uma arma a serviço da prudência.

No final, bem computadas as coisas, o Direito existe para, e na medida da imperfeição dos seus criadores e operadores, sejam eles: legisladores, advogados ou juízes. Todos julgam a causa: o legislador julga a causa hipotética e lhe traça os contornos do dever ser; o advogado avalia o contexto e seleciona, fazendo um primeiro recorte; o juiz, finalmente, faz a peça de *alfaiataria* específica para aquele conflito de interesses. Essa peça tem de tudo: sensibilidade, arrojo, estudo, entretanto, sem o cuidado devido, poderá ter arbítrio, presunção, reducionismo, acomodação.

Encerrando com Carnelutti, veja-se: o Direito é uma força, mas não é a força original. A força original, nas palavras do jurista, é o amor.[427] Dele, advém a verdadeira liberdade, a liberdade que brilhantemente expôs como caridade, porque *"a liberdade, em suma, não é o poder sôbre os demais, e sim sôbre nós mesmos; não* dominium alterius *e sim* dominium sui."[428]

A liberdade em família, como todas as demais, então, exige a tolerância com o outro. Não pode alguém ser livre, se não controla a si mesmo, se não busca dominar a sua intolerância, se não é indulgente para com as imperfeições alheias.

Ser livre, então, é ser rigoroso consigo e magnânimo com os demais.

Com base nisto, pergunta-se: é-se mais livre hoje do que outrora?

Outra pergunta cabe: Se a força original não é o Direito, o que acontece quando pretensiosamente este procura substituir-se àquela, rompendo com seus próprios limites operacionais?

Revista Brasileira de Direito de Família e das Sucessões. v.0. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, 2007, p. 15.

[427] *"E qual é a original? Aqui os juristas necessitam encarar a verdade frente a frente. Quando em uma família o Direito chega a ser supérfluo, isto é, quando o taipal pode ser retirado sem que caia o arco, o que ocupa então o lugar do Direito se chama amor. Uma verdade, pois, igual ao sol, que ilumina as cousas mas deslumbra os olhos. E, portanto, os juristas olham as cousas e não o sol; se o olhassem, saberiam que o original dêste sucedâneo não é mais que o amor. Enquanto os homens não souberem amar, necessitarão de juiz e polícia para permanecer unidos. Ou, em suma: enquanto os homens não saibam amar é preciso obrigá-los."* **A arte do direito.** (Seis meditações sobre o Direito). Trad. Pinto de Aguiar. Salvador, Bahia: Livraria Progresso Editora, 1957, p. 23.

[428] CARNELUTTI, F. **A arte do direito.** (Seis meditações sobre o Direito). Trad. Pinto de Aguiar. Salvador, Bahia: Livraria Progresso Editora, 1957, p. 24.

CONCLUSÃO

As transformações do mundo, estas quimeras chamadas *pós-modernidade*, assombram a família, assombram os costumes e deixam uma sensação de inadequação no ar porque, antigas figuras, não mais se acomodam às necessidades e ao clamor de liberdade atual. Mas, hoje, a pretexto da liberdade há um paradoxal aprisionamento das energias e das individualidades. Interessante que, no momento de afirmação do indivíduo como figura de proa, não das instituições, incluída aí a família hoje dita eudemonista, tenha-se uma pasteurização do comportamento, dos anseios, tudo isso sempre com a melhor das intenções.

O desafio da liberdade é diário, em qualquer época e lugar. Esta é a razão porque não existe um direito à felicidade. A expressão deve ser bem compreendida, sob pena de resultados deletérios porque autoritários: o que existe é um direito a não ter manietada sua evolução e seu potencial. Mais ainda, nunca a convivência com o outro foi tão problemática quanto nos dias que correm. Apesar disso há evolução: hoje há o outro. Ontem ele sequer existia institucionalmente, ou seja, não tinha nem *"saído do armário".*

Logo há uma cacofonia de vozes querendo sequiosas ter sua justa participação institucional, seu justo *"pedaço"* de bem estar. No entanto, as prioridades estão lá, bem estabelecidas na Constituição Federal. Dentre elas, sobranceiros estão a criança e o adolescente. Será que o orçamento do Ministério da Educação é o maior?

Desdobrando o raciocínio, a nova codificação, apesar dos defeitos que os juristas nela apontam, traz um rediscutir do direito civil, um recrutamento de novos estudiosos e interessados em geral, absolutamente desejável. Disso também este autor foi vítima, especialmente por conta da repersonalização da família que traz uma série de indagações e perplexidades dos tempos atuais: a tensão instituição e indivíduo; a infantilização dos comportamentos, já que há uma baixíssima tolerância das gerações mais recentes à contrariedade e à frustração; a questão do gênero e das minorias; o tabu da sexualidade e a participação ainda relevante, ou não, das igrejas e grupos religiosos, dentre outros.

Mas, fundamentalmente, o Estado deve criar condições para que os princípios, que a nova doutrina da família pretende, sejam implantados. A afetividade e a solidariedade como construção humana, embora tenham um pouco de instinto,

dependem grandemente das condições materiais que se tenham para viver. Ou seja, na pobreza, até há solidariedade; na miséria absoluta, há sobrevivência.

Daí também, que a intervenção na família, embora não deva ser ideologicamente conduzida sob pena de tirania às avessas, camuflada, pode e deve acontecer nos três níveis das funções de estado: legislativa, executiva e judiciária.

Na primeira, deve-se superar a indigência do debate atual, colocando as questões da família sob uma perspectiva séria e, sobretudo, praticável à luz das próprias condições nacionais. Na segunda, exatamente onde descansa a eficácia da primeira,deve haver uma atuação efetiva dos órgãos de Estado em prol da infância e da família, inclusive com treinamentos dos próprios servidores para a questão, com investimentos e condições condignas de trabalho. Aí, na função executiva, descansa a prevenção dos dramas.

Assim, sem a ingenuidade de interpretar o Estado como garantidor geral, deve haver foco nessa atuação.

Por fim, a função judiciária, mais e mais exigida, até por incapacidade das outras duas, por indigência do debate, por politização de interesses de Estado, por falta de recursos, dentre outros motivos que não comportam tratamento aqui, nesta conclusão. No entanto, se há mais poder para o magistrado, fruto das cláusulas abertas cuja função é evitar a rápida obsolescência do Código Civil, isso não vem sem uma contrapartida: o aumento do ônus argumentativo que legitima as decisões e, sobretudo, uma autocrítica constante do Poder Judiciário e seus atores, lembrando sempre que não se trata de sua visão de mundo, não se trata daquilo que ele, magistrado, quer. Trata-se, sim, do que o sistema e seus valores pretendem erigir à luz daquilo que o caso concreto e a própria limitação econômica ou cultural das partes permitem.

O aporte interdisciplinar deve trazer, neste sentido, um revisitar de certas posturas e do encastelamento do magistrado, hoje, já combatido por vários juízes. No entanto, o ativismo judiciário – como tudo na vida – deve ser objeto, insista-se, de constante autocrítica por parte de seus protagonistas. Porque ser ativista não é ser invasivo, e há uma tensão latente e presente nos conflitos familiares que, quando judicializados, serão, bem ou mal, decididos com base na força do Estado. Uma solução de força que, na maioria das vezes, não é assimilada, introjetada pelos jurisdicionados, especialmente, por aquele que sucumbiu. Assim, há todo um novo

rol de caminhos em matéria de direito de família e de infância a ser trilhado: mediação, justiça restaurativa, maior apoio das equipes multidisciplinares.

Aqui, a dicotomia do poder familiar, nas suas dimensões - patrimonial e existencial -, se afirma com toda força. Pois a intervenção na dimensão patrimonial é campo mais seguro para o operador, porque tem como eixo a noção de prejuízo que é perfeitamente mensurável. Quanto mais simples, mais complexo. Ao final há de se chegar a um número. Ainda, considere-se que a lei civil estabelece claramente os limites do poder familiar nesta temática, conforme textualmente previsto no artigo 1.691, do Código Civil atual.

Mesmo assim, esta maior segurança para um raciocínio puramente jurídico, não justifica um silêncio da literatura da área em tema de patrimônio, interpretado como um item menor. Não. É subalterno às questões existenciais, claro. Ninguém negará. Mas, como tudo nos litígios familiares, os aspectos estão tão imbricados que é impossível separar um do outro. Além do que, a afirmação do mínimo existencial é a afirmação do futuro da prole. A administração correta e adequada dos bens dos filhos é de grande interesse, inclusive para prevenir uma situação de risco a exigir a intervenção da assistencial do Estado.

Já da perspectiva existencial, virtualmente tudo é dignidade humana, sendo o desafio encontrar o ponto de equilíbrio. Aqui surge a exigência da psicologia, da psicanálise e da psiquiatria como saberes que possibilitam uma verdadeira proteção da personalidade, muito mais que a aptidão para direitos e obrigações.

O evoluir do mundo e a busca por uma consensualidade, até então inusitada, somados aos reclamos impacientes para a efetivação de direitos que só estão reconhecidos no plano teórico, o que lhes dá um descrédito no comum dos homens e mulheres que vivem e sofrem longe dos livros e teses jurídicas; tudo isso conduz a uma saturação da atividade judicial que ainda se está por resolver.

Avançando no que concerne ao poder familiar e assumindo a não abordagem da questão da nomenclatura, por ser especiosa, o que se tem, aí, é também uma busca desta consensualidade. O exercício do poder, da ascendência sobre o outro de um modo geral, é todo ele funcionalizado. Insista-se: tem-se aí uma compreensão transversal, alcançando o poder econômico, institucional, e em sentido estrito, familiar. Ora, o poder familiar é o máximo de ascendência de um ser humano sobre o outro; o poder familiar é o primeiro poder a que está submetida a criança, depois das

mãos do obstetra; o poder familiar enfeixa violência e ternura, drama e felicidade, numa ambiguidade própria do sentir humano.

No mais, a aversão instintiva a caprichos estéreis vai se afirmando como um índice civilizatório, assim como a própria criança é uma definição cultural por excelência, consistindo numa sensibilização, num requinte sadio que enxerga nuance e diferença. Assim, sai de cena o pequeno adulto, entra em cena o ser humano em condição peculiar de desenvolvimento.

Com o refinamento dos direitos, sob a égide da especialidade, as complexidades do mundo e a distribuição da justiça chegam então à sua foz: a dignidade da pessoa humana.

Conceito que secundado no fato biológico da condição humana constitui-se também num valor cultural e moral, num reclamo de justiça, numa finalidade das políticas públicas e da própria razão de ser do Estado e do Direito. Todos lhe são servientes, ainda que não o saibam, porque sua própria condição, mesmo para um rematado maldoso, enquanto dimensão jurídica, dela depende. Porque todos possuem dignidade como já foi dito, atributo tão exponencial que não se aliena e que o Direito atual reconhece e, apesar de todos os senões, pretende proteger.

Isso já é muita coisa. E será assim enquanto, a pretexto do novo, não se negarem as conquistas já incorporadas de liberdade efetiva, de democracia e de um Direito que, sem bovinamente aceitar as circunstâncias impeditivas da real concretização do justo, sabe seus limites e seu lugar na sociedade. Nessa senda, o artigo 1.513 do Código Civil, amplamente apoiado na Constituição Federal, deve ser valorizado como advertência que é para a intromissão indevida na família. O artigo em tela é um farol para a autocrítica do Direito e do próprio civilismo pós-88, a respeito de suas expectativas sobre seu poder de interferir na realidade social do país.

O exercício do poder não admite uma visão idílica das coisas.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia.** Edição revista e ampliada. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ALEXY, R. **Teoria dos direitos fundamentais.** Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALMEIDA, Angela Mendes de. **Família e modernidade:** o pensamento jurídico brasileiro no século XIX. São Paulo: Porto Calendário, 1999.

ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. **Direito das obrigações.** 12ª ed. reimp. Coimbra: Almedina, 2011.

ALMEIDA PRADO, Lídia Reis de. **O juiz e a emoção:** aspectos da lógica da decisão judicial. 5ª ed. Campinas, SP: Millennium, 2010.

ALVES, Jones Figueirêdo. Abuso de direito no Direito de Família. **Família e Dignidade Humana.** Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

AMERICANO, Jorge. **Do abuso do direito no exercício da demanda.** São Paulo: Saraiva & Comp., 1932.

ANDRADE, Manuel A. Domingues de. **Ensaio sobre a teoria da interpretação das leis.** 4. ed. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1987.

ARANGIO-RUIZ, Vicente. **Historia del derecho romano.** Trad. Francisco de Pelsmaeker e Ivañez. Madrid: Reus S.A., 1980.

ARANTES, Tito. O abuso do direito. **Revista dos Tribunais.** 100/355.

ARAÚJO, Emanuel. **O teatro dos vícios:** transgressão e transigência na sociedade urbana colonial. 3ª ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2008.

ARIAS, José. **Manual de derecho romano.** Buenos Aires: Guillermo Kraft Ltda., 1941.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **O direito:** introdução e teoria geral. 13ª ed. refundida. 4ª reimp. Coimbra: Almedina, 2010.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. A Codificação Civil. O processo brasileiro. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem.** 21. Ano 6 – jul/set. 2003. Arnoldo Wald (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais.

AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Estudo histórico sobre a condição da mulher no direito luso-brasileiro desde os anos mil até o terceiro milênio.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BARBOSA, Águida Arruda. Entrevista. **Boletim do Instituto Brasileiro de Direito de Família.** n. 67. Ano 11. Março/abril de 2011.

BARROS, Sérgio Resende de. A ideologia do afeto. **Revista Brasileira de Direito de Família.** n. 14, Síntese, 2002.

BERCOVITZ, R. Rodríguez-Cano; ERDOZAIN, J.C. López. **Código Civil Español.** 29ª ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2010.

BEVILAQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado.** Duodécima edição atualizada por Achilles Bevilaqua e Isaias Bevilaqua. Vol. I. São Paulo: Francisco Alves, 1959.

BIONDI, Biondo. *Patrimonio.* **Novissimo Digesto Italiano.** XII. a cura di Antonio Azara e Ernesto Eula. Torino: UTET, 1957.

BITTAR, Eduardo C. B. Família, sociedade e educação: um ensaio sobre individualismo, amor líquido e cultura pós-moderna. *In.* **Revista Brasileira de Direito de Família e das Sucessões.** v.0. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, 2007

BONNECASE, Julien. **La philosophie du Code Napoleón apliquée au droit de famille.** Deuxième édition. Paris: E. De Boccard, Editéur, 1928.

BORGES, João Eunápio. **Curso de direito comercial terrestre.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1964.

BORGES, José Souto Maior. **Obrigação tributária (uma introdução metodológica).** 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BOULOS, Daniel M. **Abuso do direito no novo Código Civil.** São Paulo: Método, 2006.

CAFFÉ, Mara. **Psicanálise e direito:** a escuta analítica e a função normativa jurídica. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

CALLIGARIS, Contardo. Loucos e adolescentes suicidas. **Folha de S. Paulo,** Caderno Ilustrada, quinta-feira, 17.01.2013, p. E12.

CALÓN, Eugenio Cuello. **El delito de abandono de familia.** 2ª ed. Barcelona: Bosch, 1948.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. CONGRESSO NACIONAL DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=47173. Acesso em 23.12.2012.

CAMPINHO, Sérgio. **O direito de empresa à luz do novo Código Civil.** 5ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CARBONERA, Silvana Maria. **Guarda de filhos:** na família constitucionalizada. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

CARNELUTTI, F. **A arte do direito.** (Seis meditações sobre o Direito). Trad. Pinto de Aguiar. Salvador, Bahia: Livraria Progresso Editora, 1957.

CARPENA, Heloísa. O abuso do direito no Código Civil de 2002. Relativização de direitos na ótica civil-constitucional. *In.* **A parte geral do novo Código Civil:** estudos na perspectiva civil-constitucional. Gustavo Tepedino (Coord.). 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CARRIÓ, Genaro R. **Notas sobre derecho y lenguaje.** Cuarta edición corregida y aumentada. 1ª reimp. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.

CARVALHO NETO, Inácio de. **Abuso do direito.** 5ª edição. 1ª reimpressão. Curitiba: Juruá Editora, 2010.

CASTANHEIRA NEVES, A. Entre o "Legislador", a "Sociedade" e o "Juiz" ou entre "Sistema", "Função" e "Problema" – os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. **Boletim da Faculdade de Direito.** Univ. de Coimbra. Vol. LXXIV.

_____. **Metodologia jurídica.** Problemas fundamentais. STVDIA IVRIDICA I. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito. Coimbra Editora, 1993.

CASTRO, Torquato. **Teoria da situação jurídica em direito privado nacional.** São Paulo: Saraiva, 1985.

CASTRO FILHO, José Olympio de. **Abuso de direito no processo civil.** Belo Horizonte: Imprensa Oficial, 1955.

CATALANO, Pierangelo. El concebido 'sujeto de derecho' según el sistema jurídico romano. **Direito de família no novo milênio.** Estudos em homenagem ao Professor Álvaro Villaça Azevedo. José Fernando Simão, Jorge Shiguemitsu Fujita, Silmara Juny de Abreu Chinellato, Maria Cristina Zucchi, organizadores. São Paulo: Atlas, 2010.

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DAS PROMOTORIAS DE JUSTIÇA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE. **Infância e juventude. Interpretação jurisprudencial.** São Paulo: Imprensa Oficial, 2002.

CHAMPCOMMUNAL, J. **Le droit des personnes au pays des soviets.** Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1927.

CHAMOUN, Ebert. **Instituições de direito romano.** Rio de Janeiro: Forense, 1951.

CHARMONT, J. L'abus du droit. **Revue Trimestrielle de Droit Civil.** Tome Premier. Paris : Librairie de La Sociétê du Recueil Général des Lois & Des Arrêts, 1902.

_____. La socialisation du droit. **Revue de Métaphysique et de Morale.** Onzième année. Paris: Librairie Armand Colin, 1903.

CHINELLATO, Silmara Juny de A. Alimentos gravídicos e os direitos do nascituro. **Direito de família no novo milênio.** Estudos em homenagem ao Professor Álvaro Villaça Azevedo. José Fernando Simão, Jorge Shiguemitsu Fujita, Silmara Juny de Abreu Chinellato, Maria Cristina Zucchi, organizadores. São Paulo: Atlas, 2010.

CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS. **BDJUR – BASE DE DADOS JURÍDICA.** 15ª ed. Coimbra: Almedina, 2012.

COELHO DA ROCHA, M. A. **Instituições de direito civil portuguez.** t. I. 6. ed. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1886.

COMEL, Denise Damo. **Do poder familiar.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. **Manual de direito romano.** 4ª ed. São Paulo: Saraiva.

COUTO E SILVA, Almiro do. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo. **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul.** v. 57. Porto Alegre, 2004.

COUTO E SILVA, Clóvis V. do. Direito patrimonial de família no projeto de código civil brasileiro e no direito português. **Revista de Informação Legislativa,** Brasília, v. 16, n. 62, abr./jun. de 1979.

CRESCI SOBRINHO, Elício de. O juiz e as máximas de experiência. **Revista Forense.** Vol. 296/432.

CRETELLA JR, José. **Curso de direito romano:** o direito romano e o direito civil brasileiro. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

CRUET, Jean. **A vida do direito e a inutilidade das leis.** Lisboa: Editorial Ibero-Americana, 1938.

CUNHA GONÇALVES, Luiz. **Tratado de direito civil em comentário ao Código Civil Português.** Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1929.

CUNHA PEIXOTO, Carlos Fulgencio da. Patrio poder e usufructo dos bens dos filhos. Intelligencia dos arts. 225 e 393 do C. Civil. **Revista forense comemorativa, 100 anos.** t. 4 Eduardo de Oliveira Leite e José Pacheco da Silva (coords.) Rio de Janeiro: Forense, 2006.

DAMATTA, Roberto. **A casa & a rua:** espaço, cidadania, mulher e morte no Brasil. São Paulo: Brasiliense, 1985.

D'ANTONIO, Daniel Hugo. **Derecho de menores.** 3ª ed. atual. ampl. Buenos Aires: Astrea, 1986.

DANTAS, San Tiago. **Direito de família e das sucessões.** 2ª edição. Rev. e atual. por José Gomes Bezerra Câmara e Jair Barros. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

DESNOYER, Christine. **L'évolution de la sanction en droit de la famille.** Paris: L' Harmattan, 2001.

DESSERTAUX, Marc. Abus de droit ou conflit de droits. **Revue Trimestrielle de Droit Civil.** Tome Cinquième. Paris : Librairie de La Sociéte du Recueil General des Lois & Des Arrêts, 1906.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 7ª rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2010.

DUARTE, Nestor. **Proteção jurídica dos bens de incapazes.** Tese (doutorado). São Paulo: Fac. de Direito da Univ. de São Paulo, 1988.

ELIAS, Roberto João. **Pátrio poder:** guarda dos filhos e direito de visita. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **Tutela civil.** Regimes legais e realização prática. São Paulo: Saraiva, 1986.

ESPÍNOLA, Eduardo. **A família no direito civil brasileiro.** Rio de Janeiro: Conquista, 1957.

FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da família do novo milênio:** uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FARIA, Anacleto de Oliveira. Natureza jurídica do usufruto legal dos pais sobre os bens dos filhos menores. **Revista dos Tribunais.** Vol. 441. Julho de 1972.

FARIAS, Cristiano Chaves de. Variações do abuso do direito nas relações de família: o *venire contra factum proprium*, a *supressio/surrectio*, *duty to mitigate the loss* e a violação positiva do contrato. **Família e responsabilidade:** teoria e prática do direito de família. Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.) Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais.** Trad. Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cadermatori, Hermes Zanetti Júnior, Sérgio Cadermatori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FERREIRA, Maria Elisabete. **Da intervenção do estado na questão da violência conjugal em Portugal.** Coimbra: Almedina, 2005.

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. **Conflito de interesses nas assembléias de S.A.** São Paulo: Malheiros, 1993.

FUSTEL DE COULANGES. **A cidade antiga.** Trad. Fernando de Aguiar. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1971.

GABRIELLI, Giovanni. *Patrimonio familiare e fondo patrimoniale.* **Enciclopedia del diritto.** XXII. Direzione di Constantino Mortari e Francesco Santoro-Passarelli. Milano: Giuffrè, 1982.

GARBI, Carlos Alberto. **Relação jurídica de direito real de usufruto.** São Paulo: Método, 2008.

GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso. **Reflexos do novo Código Civil no Estatuto da Criança e do Adolescente.** In. http://www.mp.sp.gov.br/portal/page/portal/cao_infancia_juventude/doutrina/doutrinas_artigos. Acesso em 17.07.2011.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. **A paternidade fragmentada:** família, sucessões e bioética. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

GODOY, Gabriel Gualano. **Acórdão Perruche e o direito de não nascer.** Dissertação (Mestrado). Curitiba: Univ. Federal do Paraná, 2007, In: http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/12026/nao_nascer_FINAL.pdf;jsessionid=32BDD0BCDA31627967BCAC3CB517AC50?sequence=1 Acesso: 03.01.2013.

GOMES, Orlando. **Anteprojeto de código civil.** Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1963.

_____. **Memória justificativa do anteprojeto de reforma do código civil.** Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1963.

_____. **Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro.** 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GOMES DA CRUZ. José Raimundo. Destituição do pátrio poder. *In.* **Revista de direito civil.** 35. São Paulo: RT, março de 1986.

GONÇALVES, Oksandro. **A relativização da responsabilidade limitada dos sócios.** Belo Horizonte: Fórum, 2011.

GONZÁLEZ, Juana María del Vas. **Instituciones jurídicas de protección del menor en el derecho civil español.** Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios, 2009.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada:** um novo modelo de responsabilidade parental. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GROENINGA, Giselle Câmara. Direito e psicanálise – um novo horizonte epistemológico. **Afeto, ética, família e o novo Código Civil.** Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Rodrigo da Cunha Pereira (coord.) Belo Horizonte: Del Rey 2004.

_____. O direito à integridade psíquica e o livre desenvolvimento da personalidade. **Família e dignidade humana.** Anais do V

Congresso Brasileiro de Direito de Família. Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.) São Paulo: IOB Thomson, 2006.

GUASTINI, Riccardo. **Dalle fonti alle norme.** Torino: G. Giappichelli, 1993.

GUZMAN, Ana Arranz. Imagenes de la mujer en la legislación conciliar (siglos XI-XV). **Las mujeres medievales y su ámbito jurídico.** Actas de las Segundas Jornadas de Investigación Interdisciplinaria, Seminario de Estudios de la Mujer. Madrid: Univ. Autónoma de Madrid, 1983.

HECK, Philipp. **Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses.** Trad. José Osório. São Paulo: Saraiva, 1947.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade pressuposta.** Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

_____. Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos: além da obrigação legal de caráter material. **A outra face do Poder Judiciário:** decisões inovadoras e mudança de paradigmas. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

_____; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. Síndrome de alienação parental. *In.* **Direito das famílias.** Contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira. Maria Berenice Dias (Org.) São Paulo: RT, 2009.

IRIBAR, Mª Rosa Ayerbe. La mujer y su proyeccion familiar en la sociedad visigoda a traves de los concílios. **Las mujeres medievales y su ámbito jurídico.** Actas de las Segundas Jornadas de Investigación Interdisciplinaria, Seminario de Estudios de la Mujer. Madrid: Univ. Autónoma de Madrid, 1983.

JOSSERAND, Louis. **Del abuso del derecho y otros ensayos.** Bogotá, Colombia: Editorial Temis S.A., 1999.

_____. **L'esprit des droits et leur relativité:** *théorie dite de l'abus des droits.* Deuxième Edition. Paris: Dalloz, 1939.

KASER, Max. **Derecho romano privado.** Trad. Jose Santa Cruz Teijero. 2ª ed. Madrid: Reus S.A., 1982.

LASARTE, Carlos. **Compendio de derecho de familia.** Madrid: Dykinson, 2011.

LIMONGI FRANÇA, R. **Hermenêutica jurídica.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

LÔBO, Paulo. **Famílias.** São Paulo: Saraiva, 2008.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. **Revista Brasileira de Direito de Família.** n. 24. Síntese. 2004.

LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil.** São Paulo: RT, 1999.

LOPEZ, Teresa Ancona. Exercício do direito e suas limitações: abuso do direito. **Revista dos Tribunais,** 885, jul. de 2009.

LUMIA, Giuseppe. **Elementos de teoria e ideologia do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família.** 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MALDONADO, Juan Manuel Ortega. **El nucleo familiar ante el derecho tributario.** http://www.juridicas.unam.mx/sisjur/familia/pdf/15-188s.pdf. Acesso em 23.12.2012.

MARTINS, Pedro Baptista. **O abuso do direito e o ato ilícito.** 2ª edição. São Paulo: Freitas Bastos, 1941.

MAUAD, Ana Maria. A vida das crianças de elite durante o império. *In.* **História das crianças no Brasil.** Mary del Priore (Org.) 7. ed. São Paulo: Contexto, 2010.

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; MAZEAUD, Jean. **Leçons de droit civil.** Tome premier. Troisième édition. Paris: Montchrestien, 1965.

MEIRA, Sílvio A. B. **Instituições de direito romano.** 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1966.

MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do fato jurídico.** Plano da existência. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. **Da boa fé no direito civil.** 3ª reimp. Coimbra: Almedina, 2007.

MIRAGEM, Bruno. **Abuso do direito:** proteção da confiança e limite ao exercício das prerrogativas jurídicas no direito privado. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MIRANDA VALVERDE, Trajano de. **Comentários à lei de falências:** (Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945). Vol. I. 4ª ed. atual. por J. A. Penalva Santos e Paulo Penalva Santos. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MORAES, A. T. Brito de. O usufruto dos bens dos filhos. **Revista dos Tribunais.** Vol. CXXX. Março de 1941.

MORAES, Maria Amália Dias de. Do abuso de direito. Alguns aspectos. **Estudos Jurídicos.** Ano XVIII. 43. São Leopoldo, RS: UNISINOS, 1985.

MORAES, Walter. Concepção tomista de pessoa. Um contributo para a teoria do direito da personalidade. **Revista dos Tribunais.** v. 590. dez./84.

_____. **Programa de direito do menor.** São Paulo: Cultural Paulista, 1984.

MOREIRA ALVES, José Carlos. O *Favor Debitoris* como princípio geral de direito. **Revista Brasileira de Direito Comparado.** Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, 2004.

MORENO, Juan Alfredo Obarrio. **Estudios de tradición romanística: *tutela et curatela.*** Madrid: Dykinson, 2011.

MORRIS, Amanda Zoë. **A intenção na determinação da parentalidade.** Tese (doutorado) São Paulo: Fac. de Direito da USP, 2006.

MOTTA SOBRINHO, Alves. **A civilização do café (1820-1920).** Pref. Caio Prado Jr. São Paulo: Brasiliense, 1967.

MOUSSALEM, Tárek Moysés. **Fontes do direito tributário.** São Paulo: Max Limonad, 2001.

NERO, João Alberto Schützer del. Do "estado liberal" ao "estado social" – ocaso do direito privado? *In.* **Revista de Direito Constitucional e Internacional.** n. 41. out-dez., 2002.

NORONHA, Ibsen José Casas. **Aspectos do direito no Brasil quinhentista:** consonâncias do espiritual e do temporal. Coimbra: Almedina, 2008.

OLIVEIRA, A. de Almeida. **O benefício de restituição *in integrum* –** trabalho theorico e pratico**.** Rio de Janeiro: B.L. Garnier, 1886.

OLIVEIRA, Euclides de. Alimentos: transmissão da obrigação aos herdeiros. **Afeto, ética, família e o novo Código Civil.** Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Rodrigo da Cunha Pereira (coord.) Belo Horizonte: Del Rey 2004.

_____. Alienação parental. **Família e responsabilidade:** teoria e prática do direito de família. Rodrigo da Cunha Pereira (coord.) Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010.

_____. Com afim e com afeto, fiz meu nome predileto – parentesco por afinidade gera afeto e direito ao nome do padrasto ou da madrasta. *In.* **Direito das famílias.** Contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira. Maria Berenice Dias (Org.) São Paulo: RT, 2009.

OLIVEIRA, José Lamartine Côrrea de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Curso de direito de família.** 3ª ed. Curitiba: Juruá, 1999.

OLIVEIRA MORGADO, Maria do Rosário Correia de. O Tribunal e as Assessorias. *In.* **Direito tutelar de menores:** o sistema em mudança. Guilherme de Oliveira (Coord.) Coimbra Editora: Coimbra, 2002.

PANERO, Ricardo. **El derecho romano y la formación del jurista.** Barcelona: PPU, 1988.

PARADA, Ricardo A.; ERRECABORDE, José Daniel; CAÑADA, Francisco Roberto. (compiladores). **CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA.** 11ª ed. Buenos Aires: ERREPAR, 2012.

PEREA, José Manuel de Torres. **Interés del menor y derecho de familia:** una perspectiva multidisciplinar. Madrid: Iustel, 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil.** v. 5. Direito de família. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

_____. **Reconhecimento de paternidade e seus efeitos.** 5ª ed. 3ª tir. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direito das coisas.** vol. II. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977.

_____. **Direitos de família.** Annotações e adaptações ao código civil por José Bonifacio de Andrada e Silva. Rio de Janeiro: Typ. Baptista de Souza, 1930.

PERELLÓ, Carlos Felipe Amunátegui. **Origen de los poderes del *pater familias.*** El pater familias y la patria potestad. Madrid: Dykinson, 2009.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil:** introdução ao direito civil constitucional. Trad. Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PINHEIRO, Jorge Duarte. **Ideologias e ilusões no regime jurídico do divórcio e das responsabilidades parentais.** In. http://www.csm.org.pt./ficheiros/eventos/jduartepinheiro_ideologiasilusoes.pdf. Acesso em 23.10.2012.

PRIORE, Mary del. **Ao sul do corpo.** Condição feminina, maternidades e mentalidades no Brasil Colônia. 2ª ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1995.

PONTES DE MIRANDA. **Tratado de direito de família.** v. III. 3ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1947.

PONTES DE MIRANDA. **Tratado de direito privado.** t. IX. Rosa Mª Andrade Nery (atual.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

POUSSON-PETIT, Jacqueline. La persone humaine sur la scène d'un théâtre d'ombres. *In.* ***Liber amicorum.*** **Marie-Thérèse MEULDERS-KLEIN. Droit comparé des personnes et de la famille.** Bruxelles: Bruylant, 1998.

QUEIROZ, Luís Cesar Souza de. **Imposto sobre a renda:** requisitos para uma tributação constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

RANOUIL, Véronique. **L'autonomie de la volonté:** naissance d'un concept et evolution. 1re édition, Paris : Presses Universitaires de France, 1980.

RÁO, Vicente. **Direito de familia dos soviets.** São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1931.

REALE, Miguel. A boa-fé no Código Civil. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem.** 21. Ano 6. São Paulo: RT, 2003.

_____. O *a priori* cultural. **Revista Brasileira de Filosofia.** Vol. XLX. Fasc. 197, São Paulo, 2000.

RÉBORA, Juan Carlos. **La emancipación de la mujer.** (el aporte de la jurisprudencia). Buenos Aires: Libreria y Editorial 'LA FACULTAD' de Juan Roldan y Cia., 1929.

RIBAS, Antonio Joaquim. **Curso de direito civil brasileiro.** 3ª edição. Rio de Janeiro: Typ. do Jornal do Commercio de Rodrigues & C., 1905.

RIBEIRO, Benedito Silvério. **Cautelares em família e sucessões.** São Paulo: Saraiva, 2009.

RICCOBONO, Salvatore. Cristianesimo e Diritto Privato. **Riv. Di Diritto Civile.** Anno III. Milano: Società Editrice Libraria, 1911.

RIPERT, Georges. **A regra moral nas obrigações civís.** Trad. da Terceira Edição Francesa por Osório de Oliveira. São Paulo: Saraiva & Cia., 1937.

ROCHA, J. V. Castelo Branco. **O pátrio poder.** 2ª ed. São Paulo: Leud, 1978.

ROCHA, Marco Túlio de Carvalho. **O conceito de família e suas implicações jurídicas:** teoria sociojurídica do direito de família. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil: direito de família.** vol. 6. 27 ed. atual. por Francisco José Cahali, com anotações ao novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002.

ROSA, Alexandre Morais da. O cuidado como critério do melhor interesse da criança. A questão da destituição do poder familiar. **Revista do Advogado.** n. 101, AASP, dezembro 2008.

RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel *et al.* **Código de Leyes Civiles.** Contiene el Código Civil y otras Cuarenta Leyes Civiles Especiales. Cuarta edición. Madrid: Tecnos, 2011.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do Direito Civil e liberdade(s):** repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011.

SÁ PEREIRA, Virgílio de. **Direito de família:** lições do professor cathedrático de direito civil. 3. ed. atua. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SALAZAR, Luis Bustamante. **El patrimonio.** Dogmática jurídica. Santiago: Editorial Juridica de Chile, 1979.

SALDANHA, Nelson. **Enciclopédia Saraiva do Direito.** Vol. 47. Coord. R. Limongi França. São Paulo: Saraiva, 1977.

SALGADO, Joaquim Carlos. **A idéia de justiça no mundo contemporâneo:** fundamentação e aplicação do direito como *maximum* ético. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SÁNCHEZ-LAFUENTE, Fuensanta Rabadán. **Ejercicio de la patria potestad cuando los padres no conviven.** Cizur Menor (Navarra): Editorial Aranzadi y Thomson Reuters, 2011.

SANTOS, Romualdo Baptista dos. **Direito e afetividade:** estudo sobre as influências dos aspectos afetivos nas relações jurídicas. Dissertação (Mestrado). São Paulo: Fac. de Direito da Univ. de São Paulo, 2009.

SANTOS NETO, José Antonio de Paula. **Do pátrio poder.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

SCAFF, Fernando Facury. Família e tributação – notas para uma análise transdisciplinar. **Família e dignidade humana.** Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.) São Paulo: IOB Thomson, 2006.

SCHREIBER, Anderson. O princípio da boa-fé objetiva no direito de família. **Família e Dignidade Humana.** Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

SÊDA, Edson. **A proteção integral:** um relato sobre o cumprimento do novo direito da criança e do adolescente na América Latina. 3ª ed. ampl. Campinas, SP: Editora Ades, 1995.

SENNETT, Richard. **A cultura do novo capitalismo.** Trad. Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2006.

SORIANO NETO. **A construção científica alemã sobre os atos jurídicos em sentido estrito e a natureza jurídica do reconhecimento da filiação ilegítima.** Recife: Impr. Universitária, 1957.

SOTTOMAYOR, Maria Clara. **Regulação do exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio.** 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2011.

SOUSA, Cláudio Calo. O art. 974 do Código Civil e a novel Lei nº 12.399/2011: previsão retardatária e imprecisa. Mais uma do legislador. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2864, 5 maio2011 . Disponível em:<http://jus.com.br/revista/texto/19046>. Acesso em: 25 nov. 2012.

SOUZA NETO, José Soriano de. **Do reconhecimento voluntario dos filhos illegitimos.** 2ª ed. São Paulo: Typographia Academica, 1928.

TAKAOKA, Marcos. **Do ato emulativo:** a origem romana do §2º do art. 1.228 do Código Civil de 2002. Tese (doutorado). São Paulo: Fac. de Direito da Univ. de São Paulo, 2006.

TAQUINI, Carlos H. Vidal. **Régimen de bienes en el matrimonio.** 3ª ed. 1ª reimp. Buenos Aires: Astrea, 1990.

TARTUCE, Fernanda. **Igualdade e vulnerabilidade no processo civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2012,

_____. **Processo civil aplicado ao direito de família.** São Paulo: Método, 2012.

TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos.** 4ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2011.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, guarda e autoridade parental.** 2ª ed. revista e atualizada de acordo com as leis 11.698/08 e 11.924/09. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____, SALES, Ana Amélia Ribeiro, SOUZA, Maria Aparecida Freitas. Autonomia privada da criança e do adolescente: uma reflexão sobre o regime das incapacidades. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões.** v.0 (out/nov. 2007) Porto Alegre: Magister, 2007.

TEIXEIRA DE FREITAS. **Consolidação das leis civis.** 2ª ed. augmentada. RJ: Laemmert, 1863.

_____. **Esboço do Código Civil.** Brasília: Min. da Justiça, Fundação Univ. de Brasília, 1983.

TEDESCHI, Guido. **El regimen patrimonial de la familia.** Trad. Santiado de Sentis Melendo y Marino Ayerra Redin. Buenos Aires: E.J.E.A., 1954.

TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: **A Parte Geral do Novo Código Civil:** estudos na perspectiva civil-constitucional. 2 ed. atual. São Paulo/Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

TOBEÑAS, José Castán. **La condicion social y juridica de la mujer.** Madrid: Editorial Reus, 1955.

TOLSTÓI, Liev. **Anna Kariênina.** São Paulo: Cosac Naify, 2005.

TOMASZEWSKI, Adauto de Almeida. **A tutela da personalidade da criança e do adolescente**. Tese (Doutorado). São Paulo: Fac. de Direito da Pontifícia Universidade Católica, 2000.

URE, P. N. **Justiniano y su epoca.** Trad. Pablo Sela Hoffman. Madrid : Editorial Revista de Derecho Privado, 1963.

VELASCO, Ignácio Maria Poveda. Da Lei Injusta. **Revista de Direito Civil.** 44. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

VIDE, Carlos Rogel. ***Favor debitoris* – análisis crítico.** BIBLIOTECA IBEROAMERICANA DE DERECHO. Madrid: Reus, 2010.

WARNOCK, Mary. **Os usos da filosofia.** Trad. Luzia Aparecida de Araújo. Rev. Téc. Osvaldo Pessoa Júnior. Campinas, SP: Papirus, 1994.

WIGEN, Max. **A caminho de uma ciência da família?** Considerações preliminares para a fundamentação de uma disciplina ancorada na interdisciplinaridade. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

WOLKMER, Antonio Carlos. Legitimidade e legalidade: uma distinção necessária. **Revista de Informação Legislativa.** n. 124. Brasília, 1994.

WROBLEWSKI, Jerzy. L'interpretation en droit: théorie et idéologie. **Archives de Philosophie du Droit. n. 17. L'interpretation dans le droit.** Paris: Sirey, 1972.