



A ÉTICA DO DIREITO DAS FAMÍLIAS NO CPC 2015

Maria Berenice Dias
Rodrigo da Cunha Pereira

As mudanças sociais e seus reflexos na ética da família

A eclosão dos direitos humanos, o movimento feminista, a revolução sexual foram alguns dos grandes marcos civilizatórios que mudaram a história do mundo.

Com o voto, as mulheres adquiriram o direito ao estudo e ao trabalho. Abandonaram o papel de coadjuvantes e o dever de obediência ao marido. Rompeu-se o tabu da virgindade. O livre exercício da sexualidade deixou de desqualificá-las. De objetos de desejo as mulheres se tornaram sujeitas de direitos.

A liberdade de as pessoas migrarem de um relacionamento afetivo a outro, sem este agir configurar pecado ou infração legal, tirou da marginalidade estruturas de convívio que sempre existiram, mas que não geravam responsabilidades, encargos e nem deveres. A aceitação social desta mobilidade forjou uma nova ética às estruturas familiares.

No Brasil, como a indissolubilidade do casamento era consagrada constitucionalmente, manter vínculos afetivos extramatrimoniais privilegiava o homem. Era fonte de enriquecimento sem causa, enquanto as mulheres e as crianças eram alvo da exclusão social e da punição legal. Basta trazer como exemplo o concubinato. A vedação de reconhecimento de qualquer direito a quem entretinha tais vínculos amorosos, que sequer podiam ser formalizados, não gerava nenhuma consequência jurídica. Tanto a lei, como a justiça, condenavam estes relacionamentos à absoluta invisibilidade. Eram punidos como se não existissem. Nenhum efeito patrimonial produziam. Ao invés de alimentos, indenização por serviços domésticos prestados pela mulher. A divisão de bens dependia da prova do efetivo aporte financeiro. Sequelas outras, como direitos sucessórios, eram impensáveis. Via-se labor onde existia amor. Sociedade de fato ao invés de sociedade de afeto.

Era de tal ordem a rejeição aos vínculos não matrimonializados, que se refletia até na prole. Os filhos eram considerados ilegítimos, não tinham

direito ao registro em nome do genitor, o que, por via de consequência, o livrava dos deveres de sustento. O filho era condenado, quiçá à morte por inanição, por um “crime” que não cometeu: ter sido gerado fora de uma relação de casamento.

O distanciamento entre Igreja e Estado acaba, ainda que vagarosamente, provocando mudanças sociais, as quais demoram a ser incorporadas ao sistema legal. Sempre há o confronto entre o novo e conservadorismo imobilizante. Daí o papel significativo do Poder Judiciário, que precisa encontrar respostas a quem bate a suas portas. Como ausência de lei não significa ausência de direitos, o compromisso ético dos juízes em fazer justiça faz com que busquem soluções. Muitas vezes à margem da lei. Outras tantas, até contra lei.

São as construções jurisprudenciais que acabam por desafiar o legislador a editar leis para atenderem novas realidades.

Não foi outro o motivo que impôs o fim do princípio da indissolubilidade do casamento. Foi necessária uma alteração constitucional e a edição da chamada Lei do Divórcio (Lei nº 6.015/1977). A partir de então, as pessoas não mais estavam condenadas a permanecerem casadas, mesmo na tristeza, na pobreza ou na doença. Porém alguns entraves eram impostos. Para casar novamente primeiro a pessoa precisava se separar e depois se divorciar.

Onze anos depois, em 1988, foi promulgada uma nova Constituição Federal, trazendo profundas mudanças no âmbito das relações familiares. Ocorreu a pluralização do conceito de família. Não só o casamento, também foram reconhecidas como entidade familiar as uniões extramatrimoniais entre um homem e uma mulher e o núcleo de convívio de um dos pais com os seus filhos, que se passou a chamar de família monoparental.

Além da absoluta igualdade entre o homem e a mulher no exercício das funções parentais, foi proibido qualquer tratamento discriminatório entre os filhos, pelo fato de serem frutos de uma união matrimonial, estável ou por adoção.

Todas estas mudanças provocaram a alteração do próprio nome deste ramo do Direito Civil, passando-se a falar em Direito das Famílias.

O Código Civil, que deveria adequar-se às novas diretrizes constitucionais, só foi aprovado no ano de 2002. Com poucos remendos, limitou-se a copiar a lei anterior, que era do início do século passado. Claro que não atentou aos comandos da Lei Maior nem aos anseios da sociedade.

Mais uma vez os juízes assumiram o papel de adequar a lei a um juízo ético. Precisaram invocar os princípios

constitucionais para impor respeito à dignidade humana. Dogma que se tornou a panaceia para curar todos os males. A concepção clássica de justiça – dar a cada um o que lhe é devido, viver honestamente, não lesar a ninguém – sinaliza sua concretude: a justiça é uma prática de autoconservação. Esta é uma definição rigorosamente ética da justiça.

Mas é impositivo desatrelar a justiça de uma abordagem moralista, muitas vezes estigmatizante. Descabe uma simples troca de palavras: de moral para ética. São conceitos que não se confundem. A moral tem natureza subjetiva que diz com o comportamento da pessoa segundo convicções pessoais de natureza religiosa, familiar ou cultural. Já a ética é uma forma de conhecimento, desvinculado do campo do relativismo e do subjetivismo.

A ética estuda a disputa entre liberdade e servidão. É a ética que permite identificar a quem se deve obediência, ainda que não lhe pareça ser favorável, útil ou justo. Tudo o que diz respeito à liberdade e à busca da justiça é objeto da ética, que se põe como caminho seguro para esclarecer o que está ou não em poder do ser humano e o que lhe cabe fazer segundo a sua natureza.

Na procura da ética do sujeito é necessário buscar os clássicos elementos da Filosofia, que hoje se entrelaçam com a Psicanálise e se apóiam no macroprincípio da dignidade humana, que inclui os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade.

A necessidade de fazer a distinção entre moral e ética é mais acentuada no âmbito do Direito das Famílias, que historicamente repousa na moral sexual dita civilizatória. Trata-se de imperativo categórico para não se continuar repetindo a história de exclusões invocando falsas moralidades que, até hoje, fazem tantas injustiças.

O novo Código de Processo Civil

Processo é o caminho percorrido ou a percorrer por alguém na busca da tutela jurisdicional para garantir seus direitos. Todos almejam que a prestação jurisdicional aconteça em tempo hábil e de forma efetiva.

A Emenda Constitucional nº 45, de 2004, incluiu o princípio da celeridade entre o rol dos direitos e garantias fundamentais. Quer dizer que a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (CF, art. 5º, LXXVIII). Não se trata de normas programáticas,

mas imperativo de ordem constitucional que não se contenta com vagas promessas sem efetivação. Afinal, justiça tardia não é justiça!

O Código Processual de 1973 tornou-se obsoleto, e grande é a expectativa gerada pela nova legislação (Lei nº 13.105/2015), que vem com o compromisso de simplificar os procedimentos e abreviar o tempo de duração das demandas.

Conciliação e mediação

O compromisso da nova legislação processual é com a celeridade. Daí o enorme prestígio conferido a todas as ferramentas para obtenção de um resultado consensual, como a arbitragem, a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual (CPC, art. 3º, §§ 1º a 3º e art. 334). O seu uso deve ser estimulado por todos, até mesmo no curso do processo. Tanto o juiz pode determinar de ofício, como o Ministério Público, os advogados e os defensores podem, a qualquer tempo, requerer a utilização de tais meios conciliatórios (CPC, art. 3º, § 2º).

Conciliadores e mediadores judiciais foram reconhecidos como auxiliares da Justiça (CPC, art. 165).

Além da mediação e da conciliação judicial, é regulamentada a atividade de conciliadores, mediadores e de câmaras privadas de mediação (CPC, art. 167).

Para atuarem como mediadores e conciliadores, os candidatos precisam frequentar curso ministrado por entidade credenciada, conforme parâmetros definidos pelo Conselho Nacional de Justiça, em conjunto com o Ministério da Justiça (CPC, art. 167, § 1º).

Deverá existir um cadastro federal e um cadastro estadual composto exclusivamente por quem tiver obtido a devida certificação.

Compete aos tribunais criar centros de solução consensual de conflitos, para a realização de audiências de conciliação e mediação (CPC, arts. 165 a 175).

Todas as demandas devem iniciar por uma audiência de conciliação ou mediação (CPC, arts. 334 e 308, § 3º). No entanto, o autor na inicial, ou o réu, dez dias antes da audiência (CPC, art. 334, § 5º), pode manifestar o desinteresse na autocomposição.

As demandas de família

A reforma do sistema legal dos ritos processuais veio para resolver o mais sério problema da Justiça deste

país: sua morosidade. Daí a tentativa de modernização dos procedimentos e a determinação do uso de técnicas de solução consensual dos conflitos, como a conciliação e a mediação em todas as demandas (CPC, art. 3º, §§ 1º a 3º, e art. 334).

As ações de família devem também iniciar-se com audiência de mediação e conciliação, a qual, no entanto, não se confunde com a audiência preliminar prevista para os demais processos (CPC, art. 334). As partes não podem dispensar sua realização (CPC, art. 334, § 5º) e o juiz deve contar com o auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento (CPC, art. 694).

As sessões podem dividir-se em tantas quantas forem necessárias para viabilizar a solução consensual (CPC, art. 696), sem o limite de não ultrapassar a dois desses (CPC, art. 334, § 2º).

A especial atenção dedicada às demandas de família inspirou-se no projeto do Estatuto das Famílias, elaborado pelo IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família), que visa a excluir o livro do Direito de Família do Código Civil, emprestando-lhe tratamento individualizado em formato de microssistema.

Ações litigiosas

A inserção de um capítulo sobre as ações de família é uma das novidades (CPC, arts. 693 a 699).

Disciplina as demandas litigiosas de divórcio, separação, reconhecimento e extinção de união estável, guarda, visitação e filiação. Ainda assim, não se pode reconhecer tratar-se de enumeração exaustiva. Demandas outras como a anulação de casamento, por exemplo, se submetem ao mesmo procedimento.

Já as ações de alimentos e as que versarem sobre interesse de crianças ou adolescentes foram relegadas à Lei de Alimentos (Lei nº 5.478/1969) e ao Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990).

Tais exceções só trazem problemas. Com relação à ação de alimentos, perdeu o legislador a bela oportunidade de atualizá-la e agilizar o seu procedimento, que se encontra absolutamente fora do contexto atual e ainda gera inúmeras dificuldades interpretativas.

Apesar de ser emprestada sobrevida à Lei de Alimentos, a execução do encargo alimentar está regulado na lei processual, revogando assim parte de seus dispositivos. Melhor teria agido o legislador se sepultasse de vez uma lei editada no longínquo ano de 1969. Finalmente, cabe lembrar que não há como decidir as questões de convivência sem estabelecer a obrigação alimentar.

O mesmo se diga sobre a remissão ao Estatuto da Criança e do Adolescente. As ações de guarda e visitação – expressões já em desuso, pois hoje se fala em direito de convivência –, bem como as ações de filiação, não têm como serem regidas por lei que diz com crianças e adolescentes em situação de vulnerabilidade (ECA, art. 98). Certamente inúmeros conflitos de competência vão continuar ocorrendo, o que só retarda a tutela de quem dispõe da prioridade especial do Estado.

Chama a atenção a reinserção feita na Câmara dos Deputados do revogado instituto da separação, como derradeira – mas vã – tentativa de ressuscitar o que morto está: a ação de separação judicial.

A possibilidade do rompimento do casamento, com a manutenção do vínculo conjugal, não mais existe. Diante da Emenda Constitucional nº 66/2010, que alterou o § 6º do art. 226 da Constituição Federal, a única forma de dissolução do casamento é o divórcio.

Ainda assim, sete dispositivos fazem referência à separação (CPC, arts. 23, III; 53, I; 189, II; 693; 731; 732 e 733), sendo que o primeiro fala em separação judicial. Todos os demais usam somente a expressão separação. Deste modo, para não rotular de inconstitucionais tais dispositivos, o melhor é reconhecer que a referência diz com a separação de fato ou a separação de corpos, quando é decretada judicialmente.

Além disso, descabe afrontar o princípio da vedação de retrocesso social, pois há muito a Justiça já havia abandonado a identificação e penalização de culpados. Ou se entenda assim, ou há que se concluir que os dispositivos são inconstitucionais.

A mais marcante diferença das ações de família diz com a forma da citação (CPC, art. 695, § 1º). Depois

de apreciado eventual pedido de tutela antecipada, o juiz determina a citação do réu para comparecer à audiência de mediação e conciliação (CPC, art. 710). O mandado deve conter somente os dados referentes à audiência, desacompanhado da cópia da petição inicial.

A medida é mais do que salutar, pois evita o acirramento de ânimos. A novidade é festejada pela doutrina que vê um clima menos litigioso, mais amigável, e, por via de consequência, mais favorável e propenso ao acordo, no fato de o réu não preparar e apresentar previamente sua contestação.

A previsão se afasta da regra geral em que o mandado de citação deve ser acompanhado da cópia da inicial (CPC, art. 248) e o comparecimento espontâneo do réu supre a necessidade de sua citação, passando a fluir o prazo de resposta (CPC, art. 239, § 1º).

Para não se alegar que o dispositivo se confronta com a vedação à surpresa (CPC, art. 10), é facultado tanto ao réu, como a seu procurador, o direito de examinar, a qualquer tempo, o conteúdo da inicial, sem que tal dê início ao prazo de contestação.

Caso o acordo não tenha êxito, recebe o réu, na audiência, a contrafé, passando a fluir desta data o prazo de contestação, quando o processo prossegue pelo rito ordinário (CPC, art. 697).

Na tentativa de encontrar formas consensuais de solução dos conflitos, é prevista a realização de audiência preliminar de conciliação ou mediação em todos os processos de conhecimento (CPC, art. 334). Esta determinação, no entanto, não se confunde com o mesmo ato a ser realizado nas ações de família. Nestas demandas o mediador ou conciliador deve estar acompanhado de profissional de outras



áreas de conhecimento (CPC, art. 694). Há outras peculiaridades. No processo de conhecimento o réu deve ser citado com 20 dias de antecedência (CPC, art. 334), enquanto para a audiência de família o prazo é de 15 dias (CPC, art. 695 § 2º). Nestas demandas não é possível a qualquer das partes manifestar desinteresse em sua realização, como é facultado ao autor e ao réu nas demais ações (CPC, art. 334, §§ 4º e 5º).

Do mesmo modo não há limitação de tempo para a suspensão do processo, como ocorre nas ações de conhecimento, cujo prazo para a conciliação ou mediação não pode exceder a dois meses (CPC, art. 334, § 2º). Quando o objeto da demanda diz com relações familiares, além da divisão da audiência em tantas sessões quantas sejam necessárias na busca de uma solução consensual (CPC, art. 696), possível a suspensão do processo, enquanto as partes se submetem a mediação extrajudicial ou atendimento multidisciplinar, sem limitação de prazo (CPC, art. 694, parágrafo único).

Para os processos em geral, a citação é feita, preferencialmente, pelo correio (CPC, art. 247), mas nas ações de família a citação precisa ser pessoal (CPC, arts. 247, I, e 695, § 3º). A diferença de tratamento é totalmente injustificável. Com certeza o correio é mais ágil do que a diligência por oficial de Justiça.

A intervenção do Ministério Público está limitada às causas em que há interesse público ou social e quando existir interesse de incapaz (CPC, art. 178). A repetição da limitação no âmbito das ações de família evidencia que não há como alegar que exista eventual interesse público a justificar sua participação (CPC, art. 698).

O último dispositivo é de todo desarrazoado. Autoriza o juiz a colher o depoimento pessoal nas demandas que envolvem abuso ou alienação parental (CPC, art. 699). Ao invés de vetar que a escuta seja feita pelo magistrado, expressamente autoriza tal prática, determinando que o mesmo esteja acompanhado por um especialista.

Há muito que a tendência em diversos países é proibir qualquer pessoa – até mesmo magistrado – de ouvir vítima, tarefa a ser desempenhada exclusivamente por um técnico. O chamado “Depoimento Sem Dano”, hoje intitulado “Depoimento Especial”, criou um sistema de escuta que preserva a vítima e não subtrai o contraditório de seu depoimento. Certamente teria andado melhor o legislador, se tivesse imposto a adoção desta prática salutar.

Ações consensuais

Entre os procedimentos de jurisdição voluntária estão previstas as ações consensuais de divórcio, separação,

dissolução de união estável e alteração do regime de bens (CPC, arts. 731 a 734).

A normatização é das mais enxutas. Limita-se a exigir que a petição seja assinada por ambos os cônjuges ou companheiros, na qual deve constar a descrição dos bens e a deliberação sobre a partilha, a disposição sobre pensão alimentícia entre as partes e com relação aos filhos, bem como o acordo relativo à guarda e ao regime de visitas.

A partilha não precisa ser definida, podendo ocorrer posteriormente, de forma amigável ou litigiosa, obedecendo ao procedimento de partilha do processo de inventário (CPC, arts. 647 a 658).

Não há a determinação de que seja ouvido o casal e muito menos que ocorra audiência de ratificação, como previa a legislação pretérita, a evidenciar que a solenidade foi dispensada. A solução é bem-vinda diante da possibilidade de ser utilizada a via extrajudicial.

O só fato de existirem filhos incapazes não justifica a realização da audiência, até porque as questões a eles relativos podem já estar solucionadas. E, como não mais existe a possibilidade de o juiz recusar a homologação do divórcio, acabou o que a doutrina chama de cláusula de dureza (CC, art. 1.574, parágrafo único).

A faculdade de ocorrer a dissolução do casamento por escritura pública não atentou aos apelos da doutrina, que sempre questionou a exigência do uso da via judicial pelo fato de existirem filhos incapazes. Estando solvidas as questões referentes à prole, nada justifica a necessidade da chancela judicial, até porque não mais é realizada audiência em juízo para a decretação do divórcio.

A via extrajudicial é facultativa, mas é proibida se houver nascituro ou filhos incapazes (CPC, art. 733). Sem a necessidade de homologação judicial, é título hábil para todos os atos: registros e levantamento de importâncias depositadas em instituições financeiras (CPC, art. 733, § 1º). Às claras que o rol não é exaustivo, valendo para todos os fins.

A falta de previsão do procedimento de conversão da separação em divórcio não permite que seja buscada judicialmente. As partes somente poderão fazê-lo pela via extrajudicial. Em juízo somente podem requerer o divórcio, de forma amigável ou litigiosa.

De forma injustificada é exigido o uso da via judicial para a alteração do regime de bens do casamento (CPC, art. 734). Ora, se os cônjuges, antes do casamento,

podem livremente eleger o regime de bens, por via de escritura pública, descabido que a sua alteração, durante o casamento, necessite de justificativa para obter a mudança. Há mais. Só se pode reconhecer como um cochilo do legislador determinar a intimação do Ministério Público no recebimento da inicial (CPC, art. 734, § 1º). Além de as partes serem maiores e capazes, o objeto da demanda é exclusivamente de natureza patrimonial.

É necessária a publicação de edital e, somente após o decurso de 30 dias, o juiz profere a sentença, determinando sua averbação nos cartórios do Registro Civil e no de Imóveis. No caso de um dos cônjuges ser empresário, deve ocorrer a averbação também no Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins.

As precauções são exacerbadas, pois expressamente a alteração ressalva interesse de terceiros.

Por outro lado, cabe atentar que na união estável a alteração do regime de bens pode ocorrer extrajudicialmente, a qualquer tempo, mediante simples alteração no contrato de convivência. Além disso, nada impede que os cônjuges se divorciem e casem novamente, elegendo o regime de bens que desejarem, sem a necessidade de se submeterem à ação judicial.

Entre avanços e retrocessos

A incapacidade de as pessoas resolverem os próprios conflitos faz com que transfiram a um terceiro essa responsabilidade. Trazer os restos do amor ao Judiciário significa a perpetuação da relação por meio do conflito. A eternização do litígio significa também um gozo. É a forma de não acabar o relacionamento. As partes permanecem ali unidas pelo ódio, pelo gozo com o sofrimento. Como diz Lacan, o gozo tem apetite de morte.

Todo cuidado do legislador em encontrar soluções consensuais visa a impedir que o processo se transforme em instrumentos de “gozo” das partes. O sentido psicanalítico do termo “gozo” significa estacionar em um ponto de prazer, ainda que pela via do sofrimento. Não se estará ajudando, ou contribuindo para a felicidade de alguém, incentivar ou sustentar o litígio a qualquer custo. É preciso cortar este jogo perverso que alimenta a degradação do outro.

De certa forma, a lei sempre sustentou o “gozo com o sofrimento”, na medida em que, por exemplo, procurava um culpado pelo fim do casamento. Em boa hora a EC nº 66/2010 colocou um fim a esse verdadeiro retrocesso, ao acabar com o inútil e desnecessário instituto da separação e, por via de consequência,

com prazos e discussão da culpa para a concessão do divórcio. Desapareceu do âmbito do Direito das Famílias e das Sucessões o discurso da culpa, o qual foi substituído pelo discurso da responsabilidade, que ajuda a construir e dar autonomia às pessoas, para que possam ser sujeitos da própria vida.

Referências

BRASIL. Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 15 jan. 2016.

_____. Código de Processo Civil. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 15 jan. 2016.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 15 jan. 2016.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>. Acesso em: 15 jan. 2016.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. Emenda Constitucional nº 66, de 13 de julho de 2010. Dá nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc66.htm> . Acesso em: 15 jan. 2016.

_____. Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968. Dispõe sobre ação de alimentos e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5478.htm>. Acesso em: 15 jan. 2016.

_____. Lei nº 8.069/1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 15 jan. 2016.