

Reflexões sobre alguns aspectos do processo de família

Teresa Arruda Alvim Wambier

Professora dos cursos de pós-graduação, especialização e graduação da PUC-SP e da Faculdade de Direito de Curitiba.

Há muito vêm-nos preocupando os reflexos que podem ter, no terreno do Direito Processual, as regras de Direito de Família¹. Isto porque, como se sabe, hoje se entende que o processo deve andar *pari passu* com o Direito Material e com a realidade de que este trata, justamente pela circunstância de o processo se consubstanciar em *instrumento* de realização do Direito Material, *aquele não pode deste distanciar-se*.

A moderna doutrina processual preconiza, por isso, que se fuja, o tanto quanto possível, à *ordinariedade*, criando-se instrumentos (procedimentos, por exemplo) adequados à resolução daquela determinada lide (=daquele específico pedido, individualmente considerado, pedido este, via de regra, de Direito Material). Entende-se que, deste modo, o instrumento "funcionará" melhor por que mais adequado às finalidades às quais se destina. Para ser instrumento adequado e operativo, há de refletir *as peculiaridades* do ramo do Direito Material que diz respeito à lide (=pedido formulado pelo autor). Assim, de algum modo se refletirão no processo em que se discuta, por exemplo, a separação de corpos de um casal, as peculiaridades atinentes ao Direito de Família, tendo como conseqüência, por exemplo, a não-incidência do prazo decadencial dentro do qual a ação principal seja proposta, sob pena de cessação de eficácia da medida concedida².

Pense-se, como exemplo deste fenômeno, em exceção que, desde sempre, tem sido aberta com inteiro acerto pelos nossos tribunais, no sentido de permitir que, em certas causas de família, deponham em juízo empregados domésticos, filhos do casal que litiga, parentes próximos, enfim, todos aqueles que normalmente não poderiam prestar depoimento, pois em tese não são neutros perante a causa. Mas, por que às vezes há certos fatos, como por exemplo, agressões entre o casal, em torno dos quais giram certas ações de família, de que só podem ter conhecimento pessoas muito próximas e que convivem com o casal no dia-a-dia é que se têm proferido decisões com base nesses depoimentos. Está-se diante de um exemplo típico de reflexo das peculiaridades do Direito de Família no âmbito do processo.

Impende também considerar que o Direito de Família vem sofrendo inúmeras e profundas modificações e que, portanto, o modo como as regras de Direito de Família interferem no processo tendem a sofrer a correlata alteração.

Já frisamos e continuamos a assim entender que, na verdade, não existe propriamente *um processo de família*. Trata-se, de fato, de matéria que não se presta à sistematização. Não há um "sistema" de Direito Processual de Família, que possa ser objeto de abordagem rigorosamente organizada, coerente e didática. Há assuntos, que apresentam aspectos interessantes, merecedores de atenção e de reflexão e, por isso, de alguns comentários, que mantêm, entre si, um liame de "parentesco".

De alguns destes assuntos pretendemos tratar nesse artigo.

Há, inegavelmente, alguns aspectos que chamam a atenção em alguns dos mais importantes assuntos do Direito Processual de Família. Tratamos com bastante vagar, em outra ocasião, de um assunto que estava, e até certo ponto ainda está, na ordem do dia. Era o conceito de união *estável*, de que tratava, à época em que escrevemos, única e exclusivamente o art. 226 da Constituição Federal.

Subseqüentemente, adveio a Lei de 19 de dezembro de 1994, disciplinando o instituto, seguida da Lei n. 9.278, de 9 de maio de 1996, que, segundo a interpretação que nos parece correta, regulou integralmente a matéria, revogando, portanto, inteiramente à definição de união estável que constava da lei do ano anterior, A Lei de 1994, todavia, regulou a posição dos unidos estavelmente no que diz respeito ao Direito Sucessório, e a Lei de 1996 disciplinou a questão dos alimentos, não tocando no aspecto da sucessão. Pensamos que, neste particular, portanto, continua vigendo a lei anterior.

A vigente lei põe fim a uma polêmica, a respeito da qual já nos havíamos posicionado, estabelecendo categoricamente que a competência para a solução de lides nascidas no seio de uma união estável é da Vara de Família (art. 9º). Dizíamos, mesmo antes que houvesse lei dispondo a respeito, que a figura da união estável integra o Direito de Família e não o Direito Obrigacional, devendo, portanto, as situações nascidas e desenvolvidas em torno de uma união estável, ser resolvidas à luz dos princípios e das regras gerais do Direito de Família, e não de outro qualquer ramo ou subramo do Direito. A conseqüência primeira desta tomada de posição, no plano processual, era a de que a competência para resolver conflitos nessa área já era a da Vara de Família. Muitos dos tribunais brasileiros, no entanto, resistiam a essa inexorável conclusão e teimavam em "lutar contra a corrente", negando a realidade dos fatos, o sentido das relações humanas e a tendência evidente do Direito, pois negar o *status* de figura integrante do Direito de Família à figura da união estável, então recentemente criada pela Constituição Federal, era um modo de "punir" os casais "irregulares" e de, sobretudo, castigar de modo incompreensivelmente impiedoso a parte habitualmente mais fraca e desprotegida, que é a companheira.

Solução diferente desta atentava contra o mais rudimentar bom senso, Basta pensar-se nas razões em virtude das quais se criaram as varas

especializadas, Obviamente, os problemas que há entre homem e mulher que vivem maritalmente são muito mais parecidos com os que há numa família, do que com os que podem surgir numa sociedade. Assim, evidentemente, o Juiz de uma Vara de Família é muito mais apto a resolver questões nascidas no bojo de uma união estável que um Juiz de Vara Cível.

As modificações, a que antes aludimos, havidas nos últimos tempos no que diz respeito ao Direito de Família foram todas no sentido de *repersonalizar* este sub-ramo do Direito. Tudo passou a girar em torno, pelo menos principalmente, do aspecto humano, já que é justamente *este aspecto que diferencia a família dos demais institutos do Direito Civil ou Comercial*.

A esta tendência desinstitucionalizante e despatrimonializante corresponde uma maior valorização dos *aspectos afetivos da convivência entre seres humanos*, numa família. A esta postura doutrinária, correspondem inúmeras conseqüências, no próprio Direito de Família, como a regra da igualdade entre os filhos, a desbiologização do conceito de paternidade, a possibilidade de a guarda dos filhos ser atribuída a terceiros, a própria criação do instituto da união estável e muitos outros pontos.

Já dizíamos, mesmo antes das duas leis subseqüentes que vêm regulando *a união estável*, que esta figura integra o Direito de Família. *A CF fez mais do que endossar a criação jurisprudencial da sociedade de fato, claramente, criou um instituto e disse que se trata de entidade familiar*.

Disse que *a união estável é entidade familiar e não pode ter outro sentido tal assertiva, que não a de indicar, mesmo antes que houvesse lei específica dispondo a respeito, que o assunto devia ser tratado pelo Direito de Família e não pelo Direito Obrigacional, como antes se vinha fazendo. Era, no entanto, o que, de lege lata, se podia fazer*.

O conceito da união estável, apesar de a lei atualmente vigente apontar algumas das características do instituto, continua sendo tecnicamente *um conceito vago*, ou seja, um termo cujos referenciais semânticos não são definidos de modo nítido. Hoje a lei alude a que a convivência, para que possa ser considerada união estável, e portanto, ser encartada na Lei n. 9.278/96, deva ser duradoura, *pública e contínua*.

Antes das duas leis a que acima se aludiu, cabia *exclusivamente* à doutrina e à jurisprudência fixar os contornos mais nítidos desta figura. Embora a lei hoje vigente estabeleça três das características que devem estar presentes, *a durabilidade, a publicidade e a continuidade*, é importante observar-se se ter servido o legislador de três conceitos também portadores de margem considerável de *vaguedad* ou indeterminação. Por isso cabe ainda à doutrina e à jurisprudência grande responsabilidade no que tange ao "amadurecimento"³ deste conceito.

Eram cerca de nove as características comumente elencadas pelos autores e pelos nossos tribunais para que se tivesse por configurada a união

estável. Dizia-se que para que se caracterizasse união estável, seria necessário que o homem e a mulher fossem reciprocamente fiéis, que tivessem e vivessem numa comunhão de interesses, por um tempo "razoável", que a relação fosse notória, que fizesse as vezes, social, afetiva e psicologicamente, de um casamento, que tivessem, os "unidos", *animus* de vida matrimonial. Não era necessário que residissem sob o mesmo teto, nem que estivessem separados judicialmente ou divorciados dos cônjuges anteriores, mas exclusivamente separados de fato, ao contrário do que chegou a prever, em seu art. 1º, que os "unidos" estavelmente precisavam ser solteiros, viúvos, divorciados ou, pelo menos, separados judicialmente. Felizmente este dispositivo, que significou evidente retrocesso, foi revogado pela lei hoje vigente (art. 1º da Lei nº 9.278/96).

Segundo a lei atual, também não é mais necessário que a união exista por mais de cinco anos ou que dela tenha advindo prole para que possa ser considerada união estável. Esse dispositivo da Lei nº 8.971 de 1994 foi revogado pelo art. 1º da nova e vigente lei.

O que se disse antes continua, todavia, sendo útil para auxiliar o intérprete e aplicador da lei a encontrar e a identificar, no mundo dos fatos, aquilo a que hoje o Direito chama de união estável.

Outra conseqüência importante que nasceu com a Constituição Federal de 1988 é a de que, rigorosamente, não há mais que se falar em *ação declaratória de existência ou de extinção de sociedade de fato*, mas de *união estável*.

A solução consistente em se chamar *de sociedade de fato* a vida marital entre casais não casados, que foi engendrada como saída estratégica da jurisprudência para chegar a decisões mais justas, fica, hoje, em face do Texto constitucional expresso, reservada a situações como a de *dois homossexuais* que tenham, por longo espaço de tempo, vivido como "casados", e, realmente, hajam constituído um patrimônio comum.

Sempre a partir daquela postura que hoje deve nortear o intérprete ao extrair o sentido das normas escritas de Direito de Família, já que corresponde ao espírito que de modo geral tem animado o legislador, é interessante incluir nas nossas considerações algumas observações sobre o interessante Projeto de Lei nº 1.151 de 1995, que regula a união *civil* entre homossexuais.

O que se teve em mente, com este projeto, foi assegurar a duas pessoas do mesmo sexo, solteiras, viúvas ou divorciadas, que vivam juntas, tendo relações sexuais, direitos relativos à propriedade de bens adquiridos durante a sua convivência, direito à sucessão e outros tantos. Nada mais. Obvia e evidentemente, com este projeto, não se quis equiparar a *união civil de homossexuais* ao casamento e sequer à união estável.

Este "contrato" bem como a sua extinção, serão, em sendo aprovada a lei, registrados em livro próprio, nos cartórios de Registro Civil de Pessoas Naturais e aos contratantes será vedada alteração do estado civil durante a vigência do contrato. Isso significa, portanto, que esse contrato, tanto quanto a união estável, não geram alteração no estado civil.

Este contrato deverá versar sobre direitos e obrigações que os ou as "civilmente unidos" ou "unidas" querem impor-se mutuamente e será extinto com a morte de um deles, ou de uma delas, ou em função de decretação judicial.

Em nosso entender, já que se trata da proteção de um fenômeno *fático*, que o Direito assimila e regula, do mesmo modo que ocorre com a união *estável* ou com a *posse*, *razões inexistem para que sua extinção se dê através de sentença, que, portanto, será desconstitutiva*. Mais correto seria, a nosso ver, que a sentença fosse meramente declaratória e que nela nada mais se fizesse do que declarar a extinção que já terá havido no plano dos fatos, tendo a sentença efeitos retroativos.

Diz o projeto que a extinção poderá dar-se contenciosa ou amigavelmente. Interessante observar-se que o texto menciona duas possíveis causas de pedir para a ação de *extinção de "união civil " entre homossexuais*: infração contratual ou desinteresse na continuidade da união.

A nosso ver é criticável também esse dispositivo, pois que elenca *duas* possíveis *causas de pedir*, sendo que a segunda praticamente "engole" a outra, já que a lei não prevê conseqüências ...(talvez devesse fazê-lo!...) para ser a extinção da união civil entre homossexuais desconstituída por uma outra razão, como por exemplo, seria o caso se houvesse disposição no sentido de que aquele que descumpriu cláusula não poderia usufruir das *vantagens* (se houvesse) que do contrato para ele decorreriam.

Pode-se fazer um paralelo com as leis que dispõem poder o despejo dar-se por infração contratual ou por denúncia vazia, impondo-se multa naquele caso, e não neste.

O projeto contém outro dispositivo, em nosso entender *bastante criticável*, estabelecendo um prazo mínimo de dois anos para que possa ser requerida consensualmente a extinção da união civil entre homossexuais ou para que esta seja requerida com base no desinteresse pela continuidade da relação, Parece-nos que a união de homossexuais deve ser disciplinada em lei, o que é diferente de ser *incentivada*.

Trata-se de realidade completamente diferente da do casamento em relação ao qual a existência desta norma é compreensível. Leis devem fazer-se em função de *valores dominantes* em determinado grupo social. Casos excepcionais devem ser objeto de tratamento legislativo também excepcional, e não serem tratados como casos padrão. A regra, o padrão, é a união entre homem e mulher formalizada através do casamento.

União estável entre homem e mulher e *união civil entre homossexuais* são uniões fora do padrão.

Por essa mesma razão, não é necessária, a nosso ver, a intervenção do Ministério Público em casos de extinção de *união estável* nem de *união civil entre homossexuais*, salvo se houver filhos⁴, no primeiro caso.

Em interessante e justa disposição, estabelece a lei ser impenhorável o imóvel onde residem os unidos civilmente ou as unidas civilmente, nos termos da Lei nº 8.009, de 1990.

A CF não tratou exaurientemente alguns assuntos relativos ao Direito de Família, cabendo à lei ordinária fazê-lo. Entretanto, há certos textos *abertamente* incompatíveis com os já existentes na lei ordinária.

Tem-se que, portanto, a nova Constituição não os recepcionou, devendo estes textos da lei ordinária ser tidos como inconstitucionais, não devendo ser, portanto, aplicados. É o que ocorre, portanto, no que diz com as regras que estabelecem discriminações entre os filhos.

Por outro lado, a CF, e essa observação é de importância digna de nota, fixou *vetores interpretativos*, que devem nortear o intérprete no que diz respeito à exegese das normas já existentes, cujos conteúdos não sejam propriamente colidentes com as novas regras da CF, mas já não possam ser entendidos como vinham sendo, antes de 1988.

Sabe-se que a possibilidade de as normas da nova CF serem auto-aplicáveis gerou significativa cisão da doutrina. Há os que pensam que estes novos dispositivos, de modo geral, não são auto-aplicáveis, pois que se assim se entendesse, isto significaria que se teria dado um salto por sobre a figura do legislador, estando, o Juiz, a legislar. Parece, todavia, que é um risco que se corre. Mas que deve ser corrido, uma vez que a CF veio, principalmente no que diz respeito ao Direito de Família, para *corrigir distorções* entre a lei e a realidade, fruto de descompasso causado pelo tempo. Claro que se corre o risco de um Juiz achar que certa norma não teria sido recepcionada pela CF, sendo, portanto, inconstitucional, e de outro, achar que a mesma norma é compatível com a CF e aplicá-la.

Tenha-se, todavia, em mente que rigorosamente, este risco não surgiu com a Constituição nova. Na verdade, sempre existiu, pois nenhum Juiz deve aplicar norma que considere inconstitucional. A todo Juiz é dado, incidentemente, recusar a aplicação de uma norma contrária à CF.

Por outro lado, estas normas constitucionais, como por exemplo, a que criou o instituto da *união estável*, devem dar novas cores, novas formas, novo gosto às já existentes, enquanto não for a matéria regulada por lei ordinária.

Por isso, se, de um *lado*, evidentemente, não se aplicam seja à *união estável* entre homem e mulher, as ações de separação, de divórcio, de anulação ou nulidade de casamento, pois essas ações pressupõem o liame *formal*

do casamento, não um casamento de fato e nem união de pessoas de sexo igual, seja ou não aprovado o projeto de lei anteriormente comentado, *de outro lado*, a nosso ver, aplicam-se, todavia, aos casos de união estável todas as cautelares admissíveis em Direito de Família pelas mesmas razões a que acima aludimos para sustentar que a competência para julgar ações surgidas em função de uma união estável era, mesmo antes da Lei n. 9.278/96, da Vara de Família, e a ação de alimentos, provisionais e definitivos, pelo rito ordinário.

Assim, apesar ainda de não ter havido modificação em todas as leis ordinárias que tratam, em algum momento, do casamento, para se incluir também a situação da união estável, *quando as razões que levaram o legislador a incluir na norma o casamento estão também presentes na união estável, esta expressão deve ser tida como escrita na lei ainda não modificada, por que o Texto constitucional é sim auto-aplicável.*

No âmbito do *Direito Penal*, a situação de o crime ter sido praticado contra cônjuge é agravante. Evidentemente, o mesmo há de ocorrer se se tratar de casal que vive em união estável, justamente porque as razões que levaram o legislador a ver na circunstância de alguém casado praticar crime contra seu cônjuge algo de ainda mais grave, por implicar certo tipo de abuso de confiança ou coisa assim, está presente também se de unidos estavelmente se tratar.

Veja-se, ainda, por exemplo, a situação da emancipação: a mulher que se casa antes dos 21 anos (maioridade civil) se emancipa, E aquela que constitui, formalmente e por escrito, *união estável*, também se emancipa? A resposta a nosso ver não pode deixar de ser positiva.

As proibições, no plano do *Direito Eleitoral*, relativas à elegibilidade relativamente aos cônjuges, em nosso sentir, se estendem todas às uniões estáveis.

O mesmo se diga quanto às causas de impedimento do magistrado. Veja-se que em todos os exemplos dados, e há inúmeros outros, *as razões que levaram o legislador, antes da Constituição Federal, a criar dispositivos como os que regulam as situações acima, e se referir exclusivamente ao casamento, estão presentes também na união estável.* Só não se fez referência expressa à figura da união estável, por que esta foi criada pela CF de 1988, e as leis são anteriores. Mas, por identidade de razões, e por que a CF estabelece que o Estado proteja a união estável, deve-se alargar a interpretação dos dispositivos para abranger também esta figura.

Tem também fundos reflexos processuais o fato de a lide versar sobre declaração de ato inexistente.

Ainda se discute, hoje em dia, haver ou não a figura do ato *inexistente* no Direito Civil. É, sem dúvida, sobremodo inconsistente o argumento daqueles que, obstinadamente, ainda dizem que não, por *não haver previsão*

expressa a respeito. O exemplo que se costuma dar de ato inexistente no Direito Privado é justamente o do casamento inexistente.

Trata-se de uma categoria cuja adoção é recomendada por *razões de ordem lógica e de ordem pragmática*. É um ato que padece de defeitos de tamanha gravidade que fazem com que ele se desfigure, com que ele deixe de ser aquilo que pretende ser, com que ele não pertença à categoria que pretende pertencer.

Na verdade, sob essa ótica, para o Direito, pode-se dizer que a *inexistência também é uma espécie de vício*. Isto por que, evidentemente, a inexistência jurídica não se confunde com um "nada" fático. É dessa circunstância que decorre a importância de se lidar com a inexistência jurídica, juridicamente.

Que tipo de utilidade há em se distinguir a inexistência da nulidade de casamento? E que tipo de conseqüências tem esse fenômeno sobre o processo?

Em primeiro lugar, pode-se casar sem que haja necessidade de declaração de inexistência do casamento anterior, Ainda, havendo utilidade, e, portanto, interesse processual, pode o interessado valer-se de ação para declarar essa inexistência, que é, todavia, alegável também por meio de exceção, e também *incidenter tantum*, sendo decidida como tal, sem que sobre o assunto pese autoridade de coisa julgada.

No que diz respeito às ações de anulação e de casamento, tem-se o que a doutrina costuma chamar *de processo necessário*, Esses processos são, de fato, necessários, uma vez que só por meio deles se dá aplicação concreta da lei, que só se concebe por obra e atuação do Judiciário, obstáculo este insuperável pela vontade das partes.

Não se aplica integralmente ao campo das nulidades do casamento a teoria geral das nulidades. Assim, mesmo o casamento nulo de pleno direito, não pode ser como tal decretado de ofício. Essa nulidade também não é decretável incidentalmente, ou seja, num outro processo que gire em torno, *principaliter*, um outro objeto litigioso (= em que a lide seja outra). É necessário que haja uma ação instaurada para esse fim, que pode até mesmo ser uma ação declaratória incidental.

A ação declaratória incidental é aquela cujo objetivo é o de transformar em lide, uma questão sobre a qual o Juiz iria necessariamente decidir, mas sem força de coisa julgada, justamente porque, antes da propositura a declaratória incidental, de pedido, de lide, não se tratava. Então, na verdade, trata-se de uma ação incidente cuja função é a de transformar causa de pedir em pedido, para que também passe a pesar, sobre a decisão desse fundamento, autoridade de coisa julgada, alterando-se, assim, os seus limites objetivos, em relação àqueles fixados no limiar do processo.

Só depois de transitada em julgado é que a nulidade do casamento produz seus efeitos, e é por isso que alguns autores dizem, e com razão que se trata de ação e sentença desconstitutivas.

A legitimidade ativa para as ações declaratórias de nulidade é do MP e de qualquer interessado. Já no que tange às anulabilidades, a ação desconstitutiva pode ser de iniciativa de A ou de B, dependendo das causas de pedir, e a lei dispõe especificamente a respeito do assunto.

A ação de anulação ou de declaração de nulidade de casamento pode ser cumulada com ação de separação judicial. Trata-se, aliás, de exemplo acadêmico de pedidos sucessivos, e de cabimento de recurso adesivo por sucumbência dita "recíproca",

Quando os pedidos são cumulados sucessivamente, e não simplesmente cumulados, isto significa que, rigorosamente, o Juiz não terá de decidir necessariamente os dois, uma vez que o autor tem nítida preferência por aquele formulado em primeiro lugar. Mas se o Juiz não conceder o primeiro, aí sim, examinará o segundo, para ver se a esse, pelo menos, o autor faz jus. O Juiz os examina, assim, sucessivamente, e numa ordem predeterminada.

Quando o Juiz acolhe o segundo, há sucumbência parcial de ambas as partes, pois o autor não chegou a obter tudo o que queria, e a situação do réu poderia ser pior, porque foi acolhido pelo Juiz o pedido pelo qual o outro não tinha preferência. Essa situação é chamada pela doutrina de sucumbência "recíproca", embora esta expressão não traduza com fidelidade o fenômeno a que se refere. Está-se diante de um caso típico de cabimento de recurso adesivo, uma vez que o autor pode conformar-se, em princípio, e não recorrer, ocorrendo a mesma coisa com o réu.

Resolvendo, no entanto, o autor, por exemplo, fazê-lo justamente no último dia do prazo, que é comum, passa a correr o réu risco de a sua situação vir a alterar-se para pior. Para o recurso principal, pode o réu, por hipótese, nem ter mais prazo. Não fosse o expediente legal do recurso adesivo, para o qual disporá de novo prazo.

Quando a iniciativa couber ao Ministério Público ou a qualquer outro interessado, ambos os cônjuges devem forçosamente ser citados, em litisconsórcio passivo necessário unitário.

O litisconsórcio, neste caso, é necessário, pois a ação deve ser movida necessariamente contra ambos os cônjuges, sob pena de inexistência jurídica da sentença de mérito que seja eventualmente proferida. Trata-se de pronunciamento judicial que não transita em julgado e que não fica sujeito a prazo algum para que possa ser retirado do mundo jurídico. Prescinde-se, aliás, rigorosamente, de ação rescisória, para tal finalidade, já que a ação rescisória rescinde, ou seja, desconstitui exata e precisamente a coisa julgada. (que neste caso, não se forma), para mediata e indiretamente atingir a nulidade da sentença.

Trata-se de distinção que longe está de ser meramente acadêmica. Identificar o vício de uma sentença, como sendo de nulidade ou de inexistência jurídica tem conseqüências relevantes, principalmente no que diz respeito ao prazo dentro do qual podem ser impugnadas e ao meio adequado para que a parte o faça.

O que se tem, no caso de não ser citado litisconsorte necessário e de, apesar disso, ser proferida sentença de mérito, é algo de mais grave: a inexistência do julgado, que, para ser atingido, basta que a parte lance mão de uma ação de natureza declaratória, não sujeita a prazo algum⁵.

Trata-se de litisconsórcio unitário, pois o casamento ou não é nulo, ou o é. Ou seja, o Juiz tem de dar às partes a mesma sorte no plano do Direito Material, pois rigorosamente a lide é uma só. E a necessidade do litisconsórcio provém da unitariedade, uma vez que se a lide é de todos, tendo que ser decidida de um só modo para todos, estes "todos" têm de estar presentes. A cindibilidade de ambas as figuras, ou seja, a possibilidade de o litisconsórcio unitário não ser necessário, só ocorre em virtude de disposição legal expressa. Nesses casos, figurarão no processo aqueles que quiserem, sendo os ausentes substituídos pelos presentes.

Pode haver reconvenção nessas ações e, se ambas tendem à anulação, podem ser julgadas procedentes, pois se pode considerar como efetivamente existentes as causas de separação apontadas por um e por outro cônjuge.

A atuação do curador do vínculo nestas ações consiste num assunto interessante. Há nulidade quando ele não atua, mas sua manifestação não deve ser necessariamente a favor da manutenção do vínculo, sociedade conjugal ou casamento. Essa é a opinião que nos parece indubitavelmente a mais correta.

Quando houver revelia, ou seja, ausência de contestação, não devem ser aplicados os seus efeitos, principalmente, aquele a que a doutrina vem chamando de "presunção" de veracidade dos fatos alegados pelo autor,

A circunstância de o réu não contestar não consiste num permissivo para que o Juiz dispense as provas que seriam produzidas pelo autor, como é, nos casos em que de direitos disponíveis se trata e em que não haja qualquer outro impedimento. Por esse mesmo motivo, não pode haver transação nessas espécies de ação.

Veja-se, todavia, que embora não se possa dizer ter o casamento deixado de ser um direito disponível, na verdade essa indisponibilidade efetivamente se tornou, depois da Lei do Divórcio, razoavelmente relativa. No sistema anterior, se um dos cônjuges não se quisesse separar, e assim, não houvesse possibilidade de que se procedesse à realização de separação consensual, e se o outro cônjuge nada tivesse para alegar "contra" o cônjuge renitente, estes poderiam ficar casados por toda vida.

Essa situação felizmente se alterou no Direito Positivo vigente. Trata-se, evidentemente, de mais um sintoma daqueles de que acima se falou, no sentido da tendência de que as relações de família se pautem por aquilo que lhes dá razão de ser e sentido para existir, que é a afetividade. Não faz mais sentido obrigar pessoas a continuarem unidas por um laço que, às vezes, chega a se reduzir a um liame de natureza exclusivamente formal, já que os casais se separavam de fato e às vezes até refaziam suas vidas afetivas, sem no entanto poder "regularizá-las" por imposição legal,

Hoje, há o divórcio por *decursus do tempo*, e a nova Constituição reduziu para dois anos o prazo para que alguém, depois de separado de fato, possa, com base exclusivamente nesse fundamento, obter do Judiciário uma decisão que extinga o vínculo matrimonial. Discute-se muito, no plano da jurisprudência, se nesse caso pode-se ou não prescindir de se fixar quem deu causa à separação, para que o cônjuge culpado seja privado dos direitos a alimentos e da posse dos filhos.

Sabe-se, todavia, que privar alguém da posse dos filhos por ser culpado na separação é norma que dificilmente se aplica, já que deve, sempre e sem exceção alguma, predominar a regra de que é o interesse dos menores que tem de nortear o Juiz no momento de fixar a sua guarda.

O mesmo não ocorre, porém, no que tange à perda do direito a alimentos.

Problemas curiosos podem também surgir no que diz respeito à separação consensual.

Veja-se, por exemplo, a situação, muito comum, de constar do acordo cláusula em que um dos cônjuges se compromete a doar aos filhos um imóvel, com ou sem prazo.

Essa situação divide a doutrina. Há os que pensam que se trata de uma promessa de doação, que a doação é uma liberalidade e é, portanto, inexigível pelo beneficiário.

Há os que sustentam tratar-se de uma doação completa e acabada, sendo exigível por meio de execução para entrega de coisa certa.

Há aqueles que entendem estar-se diante de situação passível de ser resolvida por meio de uma ação baseada no art. 639 do CPC. Parece-me estar com estes a razão. Trata-se de uma espécie de doação atípica, que não se caracteriza por ser uma liberalidade, uma vez que só tem sentido no contexto do acordo, e o acordo como um todo só tem sentido se houver essa "doação".

O Juiz, pelos poderes que lhe outorga a lei, pode recusar-se a homologar o acordo, desde que se convença de que este não preserva suficientemente o interesse dos filhos ou de um dos cônjuges.

Daí alguns autores dizerem que quando o Juiz simplesmente homologa o acordo, a sentença é meramente homologatória, mas que quando este

interfere no conteúdo das cláusulas, a sentença é homologatória, e seria, portanto, rescindível.

Voltaremos a esse ponto, oportunamente.

Diz-se, também, que a retratação não pode ser, nunca, unilateral, e não pode ter lugar após a ratificação do acordo. Mas que este só produz realmente efeitos depois de homologado. Pergunta-se, pois: e se um dos cônjuges tiver um acréscimo patrimonial de vulto considerável nesse meio tempo, entre a ratificação e a homologação? Parece absurdo concluir-se no sentido de que esses bens se comunicariam ao outro cônjuge.

E este acordo, uma vez homologado, transita em julgado? Trata-se de pronunciamento rescindível ou anulável?

Trata-se de um ato de jurisdição voluntária. E os atos de jurisdição voluntária não transitam em julgado, ou seja, não fazem coisa julgada material, mas formal.

O problema relativo à coisa julgada produzida na jurisdição voluntária, que diz também respeito à produzida nas ações de alimentos, dá margem a discussões interessantes.

A afirmação no sentido de que estas sentenças não fazem coisa julgada material tem de ser entendida com um grão de sal. Com isso, quer se significar o seguinte. Existe uma regra geral que se aplica sempre, salvo o caso de haver disposição legal expressa em sentido contrário, no sentido de que a causa de pedir qualifica o pedido mas não o integra. Isso quer dizer que se pode reformular o mesmo pedido, perante o Poder Judiciário, com outro fundamento, pois, neste caso, na verdade, não se estará diante de um mesmo pedido, uma vez que a causa de pedir qualifica o pedido. Assim, não tendo obtido o despejo por falta de pagamento hoje, posso tentar novamente, amanhã, com base noutra causa de pedir.

Veja-se que, na verdade, não é muito diferente deste o fenômeno que ocorre com as ações de alimentos, com as cautelares, com os pedidos de jurisdição voluntária. Só podem ser renovados os pedidos que se fazem através dessas ações, se se alterar a situação fática. Ora, em que consiste a mudança de situação fática, senão na mudança de causa de pedir?

Veja-se, por exemplo, hipótese de a ex-esposa pedir X de pensão alimentícia a seu ex-cônjuge e perder a ação. Só poderá renovar o "mesmo" pedido se, por exemplo, ficar desempregada. Não pode, pura e simplesmente, tentar de novo, e mover nova ação, já que aquela não teria feito coisa julgada...

O mesmo ocorre com as ações cautelares. De fato, não transitam em julgado. Mas isto não significa que possam ser simplesmente reformulados os pedidos que por meio delas se veicularam. Para que se possam reformular os mesmos pedidos, é necessário que haja alteração na situação fática

em que nasceu *o periculum in mora*. O *fumus boni iuris* pode ser o mesmo, mas não *o periculum in mora*, que, para justificar a propositura de uma outra ação, deve emergir de uma outra situação fática. Isto equivale a dizer que há necessidade de uma outra causa de pedir, de um outro fundamento.

Exatamente o mesmo raciocínio há de se repetir para a situação da jurisdição voluntária. Se alguém pleiteia em juízo a interdição de um seu parente e se se constata que este indivíduo é são e que não deve, portanto, ser interditado, não se pode, óbvia e evidentemente, repetir o pedido no dia seguinte, só porque a resposta que foi dada pelo Judiciário, quanto ao outro pedido, não teria ficado acobertada pela autoridade de coisa julgada.

Há autores que sustentam que a decisão que homologa separação consensual consiste em decisão rescindível. Outros que dizem ser esta decisão anulável. E há aqueles que dizem que, quando se tratar de decisão meramente homologatória, esta seria anulável; e, se se tratar de decisão homologatória porque o Juiz tenha intervindo no teor de seu conteúdo, será rescindível.

Pensamos estar a razão com os que dizem tratar-se de decisão anulável, com base no art. 486 do CPC.

No que diz respeito às ações de investigação de paternidade, o que há de novidade no campo processual é a Lei n. 8.560/92. Esta lei diz que quando se faz o registro de uma criança apenas com a presença da mãe, o oficial deve remeter ao Juiz a certidão, somada aos dados daquele que é apontado pela mãe como sendo o suposto pai, para que seja oficiosamente averiguada esta alegação. O Juiz, então, mandará notificar o pai, para, em 30 dias, se manifestar. Confirmando este a paternidade, será lavrado o termo de averbação. Silenciando, ou negando a qualidade que lhe é atribuída, o Juiz remeterá os autos ao Ministério Público, para que este tome a iniciativa no que diz com a ação de investigação de paternidade. Trata-se de um caso de legitimação concorrente, do Ministério Público e do filho.

O Ministério Público, assim, estará agindo processualmente, pois, por causa dessa disposição legal expressa, haverá uma cisão entre a legitimidade para a causa e a legitimidade para o processo, remanescendo aquela, sempre, com o filho, a quem caberá também a legitimidade processual, e, *ex lege*, a processual, além de caber ao filho, cabe também ao Ministério Público.

Outra novidade trazida por essa lei é a de que o Juiz, reconhecendo a paternidade na sentença, deve fixar alimentos para o menor, se este destes necessitar, independentemente de pedido. E, sem dúvida, uma das únicas exceções do Direito brasileiro, em que o Juiz pode manifestar-se sem que para isso tenha sido provocado, ou seja, sem "pedido". Deixa-se de lado nesse caso, em nome de outros valores, o princípio dispositivo.

Hoje já não mais se pode falar em bens reservados da mulher, quando forem adquiridos com o produto de seu trabalho, por que este dispositivo, a nosso ver, foi revogado pela regra constitucional que diz que homem e mulher são iguais perante a lei, com as ressalvas feitas pela própria CF. Nenhuma outra diferenciação, feita pela lei ordinária, em função do critério sexo, foi recepcionada pela CF.

Mas há casos em que os bens se tornam reservados porque não respondem pela dívida do outro cônjuge. São as hipóteses de responsabilidade por ilícito civil, que é pessoal e não se comunica, e as hipóteses em que um dos cônjuges tenha firmado títulos de qualquer natureza, sozinho. Em ambos os casos, o ressarcimento se faz com base na meação de cada um dos cônjuges, a não ser que o outro cônjuge se tenha enriquecido ou com o ilícito, praticado pelo outro, ou com o fato de o outro ter firmado o tal título.

Essa regra de Direito Material gera indubitavelmente problemas que se refletem no processo. Que a dívida tenha beneficiado o casal se presume, até prova em contrário? Ou se prova? Quem prova? O cônjuge não-devedor? O credor?

Tem se decidido no sentido de que tem de haver prova e que esta prova cabe ao cônjuge não-devedor.

A única hipótese em que haveria inversão desse ônus seria a de prestação de aval, uma vez que se trata de obrigação de favor, que então, por definição, não traz benefício para a família.

Como se exclui a meação, tendo o Juiz decidido o ressarcimento se deve fazer com base só no patrimônio do cônjuge que cometeu o ilícito ou que firmou o título, é um outro problema com que a jurisprudência se tem defrontado.

Do ponto de vista processual, o meio adequado para o cônjuge "salvar" a sua meação são os embargos de terceiro. E pode entrar, também com embargos de devedor, se for o caso. Isto porque estará agindo em qualidades diferentes, embora se trate da mesma pessoa física.

Torna-se um problema sério quando se pensa em várias execuções sucessivas. Como se preserva a meação? Se se tratar de uma só execução, o problema não surge. Assim, se o casal tem um patrimônio de 100, e a dívida é de 50, penhoram-se esses 50.

Aí, então, o casal passa a ter 50? Sobrevém uma outra execução, e a penhora recai sobre 25. O outro cônjuge fica com 12,5. E assim, havendo execuções sucessivas, o cônjuge que não era e nem nunca foi devedor fica na miséria. Rigorosamente, portanto, a meação não está sendo preservada!

O mesmo ocorre se o casal tiver, por exemplo, dez bens imóveis. Então, a penhora recairia sobre um destes bens. Os embargos opostos pelo cônjuge não-devedor não seriam admitidos, pois ainda há outros nove

imóveis, não estando a meação reservada sendo atingida. Mas o cônjuge não responsável, que tinha cinco imóveis, agora tem quatro e meio!

Pode-se, então, pensar na solução consistente em se penhorar sempre o dobro daquilo que seria necessário, e, com a venda, dar-se metade do que foi auferido àquele cujo patrimônio seria reservado. Mas esta solução afronta mortalmente o princípio de que a execução deve fazer-se de modo menos gravoso possível ao executado.

Parece que a única solução é imunizar a parcela do patrimônio que cabe ao outro cônjuge.

Finalmente, não se pode deixar de fazer algumas observações sobre o processo cautelar.

O processo cautelar, basicamente, é aquele cuja função é a de evitar a frustração do pronunciamento jurisdicional principal para que este possa ser concretizado no plano empírico.

Sabe-se que o CPC agrupou sob o título "Processo Cautelar" medidas que, na verdade, não têm essa natureza. Aliás, muito se discute na doutrina, sobre o que seria essa natureza cautelar.

Precisaríamos muito mais do que o espaço deste artigo para que pudéssemos tecer considerações mais aprofundadas sobre essa discussão que gira em torno de se saber em que consiste a cautelaridade. Resumindo em uma palavra, todavia, parece-nos consistir a essência da cautelaridade na função de prevenir o provável insucesso do resultado prático da ação principal, que ficaria privado de sua dimensão concreta.

Há vários critérios a partir dos quais se podem agrupar as medidas e ações de natureza cautelar. Dentre estes vários critérios, há aquele que consiste na natureza da lide principal. Tem-se, então, as cautelares de família.

Talvez um dos principais problemas que existam é o de se saber se cada uma delas se aplica ou não às causas em que esteja em jogo uma união estável.

A resposta, por tudo o quanto dissemos, há de ser necessariamente positiva.

Começemos pela separação de corpos. Trata-se de medida que pode ser cautelar, reclamando assim para a sua concessão, que haja *fumus* e *periculum*. É o caso, por exemplo, de uma ordem no sentido de que o companheiro ou marido saia de casa porque este estaria ameaçando a integridade física da mulher ou da concubina e dos filhos. Também pode desempenhar função meramente declaratória, quando o casal já está separado de fato. Neste caso, tem a função de marcar a data da separação de fato, para efeito de contagem de prazo para o divórcio (sendo autor e réu formalmente casados), de possibilitar o pedido de alimentos por parte do cônjuge (ou companheiro) que deles necessitar e dos

filhos que com este terão ficado, e até para impedir que se alegue posteriormente que um dos cônjuges teria deixado injustificadamente o lar.

Desta medida podem também lançar mão os unidos estavelmente, principalmente no primeiro caso. No segundo, as razões seriam a não-comunicação do patrimônio, a partir daquela data e a possibilidade de se pedirem alimentos.

Só os alimentos provisionais é que são cautelares. Não o são os da Lei nº 5.478 e nem, evidentemente, os pleiteados por meio de ação de rito ordinário.

Tanto quanto os outros, todavia, podem ser pedidos pela mulher ou pelo marido. Não se discute, para sua concessão, a respeito de quem seja o cônjuge responsável pela separação, culpado ou que tenha tido a iniciativa processual da separação. O mesmo se diga, em nosso entender, quanto à companheira e quanto ao companheiro. .

Diz-se que a busca e apreensão de menores ou incapazes pode ser cautelar ou satisfativa, pois pode servir a um processo que ainda nem começou, ou realizar concretamente a eficácia de decisão que já tenha sido proferida anteriormente e que tenha transitado em julgado. Nestes casos, a busca e apreensão seria satisfativa e bastante a si mesma.

Sobre a palavra "satisfatividade" muita coisa há para se dizer. Trata-se, na verdade, de um termo polissêmico, ou seja, que comporta mais de um sentido. Pode significar coincidência da medida "preventiva" com a principal, e pode querer dizer que a medida concedida é irreversível, no plano fático, ou pode, ainda significar que a medida se basta a si mesma, prescindindo de qualquer outra ação que seria intentada posteriormente.

Nessa discussão a respeito do que seja cautelar e do que seja satisfativo é absolutamente imprescindível que se esclareça em que sentido se está utilizando a expressão "satisfatividade" e "cautelaridade", para que não se percam horas em uma discussão nominal e portanto, estéril.

A finalidade de busca e apreensão é sempre, sem exceção, a guarda e a proteção dos incapazes.

O arrolamento de bens tem lugar quando se estiver diante de bens indefinidos. Há por isso, a necessidade de que os bens a serem arrolados sejam descritos para poderem ser individuados, no arrolamento, havendo inclusive a possibilidade de que, em face de receio de dissipação ou extravio, sejam depositados em mãos de terceiros. Ocorre com relação a jóias, herança, rebanhos, obras de arte (quadros, tapetes, esculturas etc.).

Já o seqüestro ocorre quando o bem pode ser previamente individuado. Recai sobre um bem ou sobre bens específicos. Têm lugar antecedentemente ou incidentemente as ações de separação judicial, de divórcio,

de nulidade ou de anulação de casamento. O requerido, sendo o seqüestro deferido, perde a posse dos bens. A posse passa a ser do juízo.

Mesmo que se entenda não se deva interpretar extensivamente esse último instituto, que só teria, então, aplicação quando preparatório ou incidente a uma ação de separação judicial, e não a uma ação de declaração de extinção de união estável, ainda assim, não ficam os "unidos" desprotegidos, porque sempre a eles resta a opção de lançar mão de uma ação cautelar inominada.

Interessante observar-se que, obviamente, a dissolução da união estável não se faz através de processo necessário, como ocorre com a dissolução do casamento, e que aquela ação tem sempre natureza declaratória, embora os seus efeitos de natureza patrimonial, como a cessação da comunicação do patrimônio, só ocorram a partir da decisão. Exatamente por essa razão sustentamos acima que a nosso ver consiste num absurdo fazer com que a união civil entre homossexuais, como se quer no projeto, seja dissolvida por ação desconstitutiva, em processo necessário, se nem no que tange à união estável as coisas se passam dessa forma.

Rapidamente teceremos algumas considerações acerca do cabimento de recursos especial e extraordinário em Direito de Família. Trata-se de assunto tão interessante quanto complexo.

O principal fenômeno que ocorre nesta área é que é bastante comum que em normas de Direito de Família se utiliza o legislador de *conceitos* vagos, como, por exemplo, união estável, bom pai de família, castigar imoderadamente etc..

Nessas hipóteses, os tribunais superiores usualmente não examinam os recursos, sob o fundamento de que se trata *de questão de fato*.

A regra é a de que os tribunais superiores aceitem como verdadeira a qualificação dos fatos feita pelo juízo *a quo* e passe a corrigir possíveis afrontas à CF ou à lei federal a partir dela, sem colocá-la em dúvida. Todavia, se o encarte dos fatos na norma foi feito de modo equivocado⁶, não se poderia estar diante de questão *mais jurídica* que esta, ainda que a norma na qual foram encartados os fatos contenha um *conceito* vago.

Por que então, via de regra, não são examinados casos assim? Por que há na verdade duas espécies de questão de fato: a questão que é ontologicamente de fato e a questão que tecnicamente é de fato. Será tecnicamente de fato a questão que, para ser decidida, implique reexame lento, minucioso e profundo das provas produzidas, e a sua *reavaliação*. A questão ser considerada como questão de fato por razões de ordem técnica é o suficiente para impedir o reexame da matéria em RE ou Recurso Especial, ainda que se trate de questão ontologicamente jurídica⁷.

Como última observação, recomendaríamos que não fosse utilizada a expressão *discricionariedade judicial* para designar o poder que o Juiz exerce no processo quando aplica normas de Direito de Família que contêm *conceitos vagos*, como é, por exemplo, a que recomenda que o filho, em caso de pais separados, fique com aquele dos ex-cônjuges que é capaz de lhe proporcionar melhores condições de desenvolvimento e sociabilização.

Pensamos ser de todo inconveniente o uso da expressão *discricionariedade*, uma vez que essa locução pode gerar a equivocadíssima impressão de que estes atos do Juiz estariam fora do controle das partes, por que praticados dentro de certa esfera de liberdade ínsita àquela norma. Tenha-se presente que a noção primeira de *discricionariedade* surgiu no Direito Administrativo e significa exatamente isto: o administrador goza de certa "impunidade" (=impossibilidade de ser controlado) ao praticar atos *discricionários*, desde que aja dentro da margem de liberdade que lhe dá a lei. De fato, com a norma que dá ao administrador poder *discricionário* objetiva-se gerar administração mais célere e mais ágil, possibilitando-se assim a este uma maior margem de liberdade para que aja, diante da situação. Trata-se de uma pluralidade de soluções "desejadas" pela norma.

A norma cujo destinatário é o Juiz pode, sim, gerar soluções diferentes, mas não terá sido esta a intenção do legislador. A norma a ser aplicada pelo Juiz deve gerar uma só solução correta e até ela se chegará através do controle que a parte exerce sobre as decisões do Juiz, que é amplíssimo no Direito brasileiro. Todos os atos do Juiz são controláveis por recurso e em casos excepcionais até por mandado de segurança.

Seria de fato pretensão nossa tentar solucionar em três parágrafos toda a problemática ligada a se saber se o Juiz exerce ou não poder *discricionário* quando interpreta *conceitos vagos*⁸.

Tentamos, todavia, abordar aqui, neste singelo texto, alguns pontos em que se encontram o Direito Processual e o Direito de Família e outros tantos pontos em que se percebe nitidamente a influência do Direito de Família e das modificações que este ramo do Direito vem sofrendo ultimamente, no plano do processo. Com isso quisemos traçar, embora com pinceladas bastante largas, um panorama geral de alguns dos assuntos mais relevantes do que se poderia chamar de Direito Processual de Família. Evidentemente há inúmeros outros pontos, que aqui nem chegaram a ser mencionados, a respeito dos quais os limites de um artigo, para ser incluído numa coletânea juntamente com tantos outros, de cujo exame certamente resultará para os leitores muito prazer e proveito, efetivamente não comportariam.

(in, Direito de Família Contemporâneo, Coordenador Rodrigo da Cunha Pereira, Editora Del Rey, Belo Horizonte, 1997, págs. 741/762)

NOTAS

1. De modo absolutamente informal escrevemos essas anotações que são, na verdade, fruto de profunda releitura e conseqüente atualização de dados e de idéias, constantes de texto já escrito por nós, sobre esse mesmo assunto, *Apontamentos sobre alguns aspectos processuais do direito de família*, em coletânea de doutrina e jurisprudência por nós coordenada, *Direito de família, doutrina e jurisprudência*, publicada pela editora RT. O artigo foi substancialmente alterado e aumentado, tendo sido mantidos exclusivamente alguns trechos a respeito de problemas que não sofreram alterações seja legislativas, seja no plano da doutrina, seja no da jurisprudência e que remanescem, assim mesmo, merecedores de interesse.
2. Segundo o que tem entendido parcela expressiva da jurisprudência.
3. Os conceitos vagos ou indeterminados com o uso tendem a tornar-se menos indeterminados, *amadurecidos*.
4. E só por essa razão.
5. Estas idéias, que podem causar alguma polêmica, estão mais vagarosamente expostas em nosso trabalho: *Nulidades da Sentença*. RT, 1993.
- 6 Se, por exemplo, se considerou fulano bom pai de família quando não era, se se viu em certa união uma união estável, quando não se tratava desta figura.
- 7 Abordamos com mais vagar esse problema em artigo intitulado: *Questão de fato, conceito vago e a sua controlabilidade através de recurso especial*, a ser publicado em Coletânea coordenada por nós e por *Eduardo Arruda Alvim*.
8. Ainda sem a pretensão de esgotar o tema, escrevemos artigo a respeito em *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*, coletânea de doutrina, no prelo.