

# Do dever alimentar, da prole nova e dos direitos sexuais do alimentante

---

Elida Séguin<sup>1</sup>

## Resumo

O dever dos pais de proverem o sustento dos filhos, enquanto incapazes, tem repercussões jurídicas, em especial quando o pai adquire nova prole e deseja reduzir a quantia paga aos outros filhos. A discussão jurídica sobre o tema esbarra em vários pontos, tais como: os direitos sexuais dos pais, a igualdade entre os genitores e entre os irmãos e também o papel do Poder Público em executar, com sucesso, políticas públicas de planejamento familiar. Mas, muito importante é o ator social Estado Juiz que decide a questão.

Ao sentenciar, deve o magistrado ter em mente as repercussões sociais de sua sentença, posto que não está lidando apenas com papéis, mas decidindo vidas, o destino de pessoas que sofrem, que riem e cuja felicidade será influenciada pela decisão judicial.

**Palavras-chave:** Direito de família; dever alimentar; direitos sexuais; políticas públicas.

## Abstract

The parents' duty to provide their children's maintenance while incapable, has juridical consequences, especially when the parent acquires new offspring and want to reduce the amount paid. The legal discussion on the topic touches on several points, such as the parents' sexual rights, equality between the parents and the other brothers and also the role of public power to execute successfully, public policies of family planning. But most important is the social actor state judge who decides the issue.

In sentencing the magistrate should keep in mind the social repercussions of his sentence, since it is not only dealing with paper, but lives deciding the fate of people suffering, laughing and your happiness will be impacted by the decision This article, on the pretext of discussing sexual rights of parents, discusses the social impact of judicial decisions and its domino effect.

**Keywords:** family law; duty food; sexual rights; public policies.

## Introdução

Às vezes nos apaixonamos por um tema, outras é ele que nos procura. Este artigo é fruto da segunda hipótese. Realmente já havia publicado um artigo sobre Direitos Sexuais, sob o enfoque dos Direitos Humanos,<sup>2</sup> por entender que

---

<sup>1</sup> Advogada. Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro. Doutora em Direito Público, Membro da Associação Professores de Direito Ambiental do Brasil (APRODAB), do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública (IBAP) e do Instituto de Advogados do Brasil (IAB). Professora Adjunta da UFRJ (aposentada). Professora do Curso de Direito Ambiental da OAB-RJ. Autora de livros e artigos. Contato: elidaseguin@gmail.com.

<sup>2</sup> Direitos Sexuais como um Direito Humano. In Direito, Relações de Gênero e Orientação Sexual, Séguin, Elida (coord.), Letra da Lei, Curitiba, 2009, p. 99 a 124.

o rol das garantias que integram a lista dos Direitos Humanos aumenta com a complexidade social, desdobrando alguns itens. Muitos destes acréscimos foram agasalhados no texto constitucional, transmudados em “garantias individuais”, como o direito a um ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225), introduzido no ordenamento internacional pela Convenção de Estocolmo. Nossa Carta, focada no Direito de Família e sem falar em Direitos Sexuais, determina que o Planejamento Familiar é “direito de todo cidadão”. Inegavelmente, estamos diante da constitucionalização dos Direitos Humanos.<sup>3</sup>

A necessidade de revisitar o assunto despertou quando recebi o Processo número: 0001329-28.2011.8.19.0076, que tramitou perante a 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, oriundo da Vara Única da Comarca de São José do Vale do Rio Preto, tendo sido relatora a desembargadora Cláudia Pires dos Santos Ferreira. Nele se discutia um pedido de modificação de cláusula alimentar, fixada em 27%, para um único filho, apesar de o alimentante ter outros três, dois deles nascidos depois do pacto alimentar que se desejava modificar. O alimentante é beneficiário da gratuidade de justiça e lavrador, cuja renda é variável, compatível com a miserabilidade apresentada.

O juiz *a quo* negou a medida liminar e julgou improcedente o pedido, por entender que o nascimento de mais dois filhos não é motivo, “ao menos em primeira análise, pela atual condição econômica descrita na inicial. O fato, portanto, demanda a produção de outras provas no curso da instrução”.

Em audiência de conciliação, instrução e julgamento, outro magistrado decidiu que “o nascimento de filhos não é bastante de modo a alterar o valor fixado anteriormente”, citando as decisões nos processos 0224349-66.2009.8.19.0001 da 10ª CC do TJRJ e 0014917-34.2010.8.19.0207 da 3ª CC do TJRJ, julgando que com isto estava jogando uma pá de cal sobre o assunto. Por entender que a decisão feria a dignidade da pessoa humana e os direitos sexuais do alimentante, foram interpostos os recursos de praxe para atender aos pressupostos de admissibilidade dos Recursos Especial e Extraordinário.

Independentemente do resultado, acho importante ser discutido, pelo mundo acadêmico, estas questões: a fixação de alimentos para um filho retira do alimentante o direito de ter nova prole? E se esta acontecer, as crianças não têm os mesmos direitos dos irmãos mais velhos? A decisão de que a prole nova não é justificativa para rever cláusulas alimentares afronta o princípio da igualdade entre os filhos ou o direito da progenitura voltou? Estas e outras perguntas me acabrunham, assim, decidi escrever para partilhar com vocês as minhas angústias.

Não pretendo esgotar o tema e nem sequer sei se minha tese será acolhida pelos Tribunais Superiores, mas, de qualquer forma, entendo que o Direito é

<sup>3</sup> Vale conferir o artigo publicado no site [http://srvapp2s.urisan.tche.br/seet/index.php/direito\\_e\\_justica/article/view/213](http://srvapp2s.urisan.tche.br/seet/index.php/direito_e_justica/article/view/213). Ou o site <http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/direitossexuais.html>.

contextualizado pelo cotidiano social e a multiplicidade de formações familiares, agora juridicamente admitidas, merece uma análise e não apenas a repetição de decisões anteriores, já que o sistema jurídico brasileiro adota o princípio do livre convencimento do magistrado.

## Dos direitos sexuais

Os tabus são temas social e hipocritamente evitados, como a morte e a sexualidade humana. Decidi abordar “Cemitério” como tema de doutorado,<sup>4</sup> fui classificada como exótica e objeto de brincadeiras. Ao estudar o Biodireito, esbarrei com alguns aspectos da sexualidade: o abortamento,<sup>5</sup> a reprodução assistida, as cirurgias de mudança ou definição de sexo,<sup>6</sup> o assédio dos que têm orientação sexual alternativa.

Muitas dessas questões, que exigem estudos transdisciplinares,<sup>7</sup> precisam ter previamente solucionado o aspecto ético, com a problematização dos fundamentos e da axiologia de leis. Variados e provisórios são os valores que um grupo adota, induzindo a meditar sobre a eticidade,<sup>8</sup> a temporariedade de determinadas condutas e o papel desempenhado pelos profissionais do Direito, em especial os aplicadores de justiça, como agentes de mudança.

Considera-se que a sexualidade integra o rol dos Direitos Humanos, apesar de que muitas pessoas só associam esses direitos aos presos, justificando suas ojerizas ao tema, apesar do Ministério da Saúde reconhecer, em seu sítio, que

Em âmbito internacional, a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada no ano de 1948, a comunidade internacional, por meio da Organização das Nações Unidas (ONU), vem firmando uma série de Convenções Internacionais nas quais são estabelecidos estatutos comuns de cooperação mútua e mecanismos de controle que garantam um elenco de direitos considerados básicos à vida digna, os chamados direitos humanos.

<sup>4</sup> Minha tese foi que a origem da propriedade privada imóvel repousa na coisa cemiterial.

<sup>5</sup> *Política Pública de Assistência à Mulher: A Questão do Abortamento*. Publicado in. *Revista Direito e Política*, abril a junho de 2006, Ano III, Volume IX, p. 41 a 62.

<sup>6</sup> *Menino ou Menina? Desordens do Desenvolvimento Sexual*. Publicado na *Revista de Direito e Política*, volume XII, janeiro a março 2007.

<sup>7</sup> Inicialmente o conhecimento operou em termos de disciplinaridade, dando origem a métodos específicos para conhecer objetos de estudos bem definidos. Com a complexidade do objeto surgiu o enfoque multidisciplinar, onde se procura reunir os vários resultados obtidos sobre o enfoque disciplinar. Posteriormente a interdisciplinaridade transfere métodos de algumas disciplinas para outras identificando novos objetos de estudo. Finalmente a transdisciplinaridade dá um enfoque holístico ao conhecimento, que recupera suas dimensões para compreender o objeto na sua integralidade.

<sup>8</sup> A eticidade é a aptidão para exercer a função ética, na percepção dos conflitos da vida psíquica e na autodeterminação diante deles in COHEN, Cláudio & SEGRE, Marco. Definição de Valores, Moral, Eticidade e Ética. *Revista Bioética*, 2(1): 19 - 24, 1994.

A Conferência Internacional da ONU sobre População e Desenvolvimento (CIPD), realizada no Cairo, em 1994, conferiu papel primordial à saúde e aos direitos sexuais e aos direitos reprodutivos, ultrapassando os objetivos puramente demográficos, focalizando-se no desenvolvimento do ser humano. A CIPD provocou transformação profunda no debate populacional ao dar prioridade às questões dos direitos humanos.

Durante o **XV Congresso Mundial de Sexologia**, ocorrido em Hong Kong (China) em 1999, a Assembleia Geral da WAS (*World Association for Sexology*) aprovou a Declaração de Direitos Sexuais com o apoio da OMS (Organização Mundial da Saúde). Tais direitos refletem uma visão da sexualidade não apenas como forma de reprodução, mas como fonte de prazer e elemento importante no desenvolvimento humano e nas relações interpessoais.

Integram os Direitos Sexuais: 1. Direito à liberdade sexual; 2. Direito à autonomia sexual, integridade sexual e à segurança do corpo sexual; 3. Direito à privacidade sexual; 4. Direito à igualdade sexual; 5. Direito ao prazer sexual; 6. Direito à expressão sexual; 7. Direito à livre associação sexual; 8. Direito às escolhas reprodutivas livres e responsáveis; 9. Direito à informação baseada no conhecimento científico; 10. Direito à educação sexual compreensiva (abrangente) e 11. Direito à saúde sexual.

A decisão de ter ou não filhos e quando integra o rol destes direitos, sob a rubrica de “escolhas reprodutivas livres e responsáveis”, fincada no livre arbítrio e no acesso à informação.

Assim, por ser hipossuficiente e ter tido um filho, está o apelante condenado a não poder mais procriar? O Estado Juiz que faz essa assertiva é acompanhado por um Estado Administrativo dotado de Políticas Públicas efetivas sobre Planejamento Familiar? É facultado à população hipossuficiente o acesso fácil a estes tratamentos?<sup>9</sup> Todos sabem a resposta: não.

O Ministério da Saúde<sup>10</sup> divulga cartilha afirmando serem os Direitos Sexuais e os Direitos Reprodutivos uma prioridade do governo, fazendo expressa menção à Constituição Federal que inclui no Título VII da Ordem Social, em seu Capítulo VII, art. 226, §7º, a responsabilidade do Estado no que se refere ao planejamento familiar. Este dispositivo assevera:

Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coerciva por parte de instituições oficiais ou privadas.

<sup>9</sup>[http://www.minsaude.gov.cv/index2.php?option=com\\_docman&task=doc\\_view&gid=12&Itemid=79](http://www.minsaude.gov.cv/index2.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=12&Itemid=79)

<sup>10</sup> [http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/cartilha\\_direitos\\_sexuais\\_reprodutivos.pdf](http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/cartilha_direitos_sexuais_reprodutivos.pdf)

Ele foi regulamentado pela Lei nº 9.263/1996, que determina ser o planejamento familiar direito público subjetivo de todo cidadão. Enfatizando sua prioridade na formação da família, esta lei pune criminalmente, com pena de reclusão de dois a oito anos e multa, a quem realizar cirurgia de esterilização, de notificação compulsória, que não seja voluntária ou sem que esteja ocorrendo risco de morte ou gravame à saúde da mulher ou do conceito (art. 15), vedando que o procedimento ocorra durante “os períodos de parto ou aborto”.<sup>11</sup> A esterilização cirúrgica em pessoas absolutamente incapazes somente pode ocorrer mediante autorização judicial.

Isto é o que determina a lei. Na prática, sabe-se que os programas de Planejamento Familiar são inoperantes, sendo a gravidez entre adolescentes<sup>12</sup> um fato cotidiano, por diversos motivos, inclusive a falta de acesso à informação. Os malefícios da gestação precoce envolvem problemas físicos, emocionais e sociais, entre outros. Uma jovem de 14 anos, por exemplo, não está preparada para cuidar de um bebê, muito menos de uma família. Entretanto, o seu organismo já está aparelhado para prosseguir com a gestação, já que, a partir da sua menarca, a maturidade sexual já está estabelecida. A hipócrita moral popular não quer que o tema seja discutido nas escolas públicas, “cabendo aos pais esta nobre missão”, mas... como vou ensinar algo que não sei?

A Organização Mundial da Saúde afirma que 22% dos adolescentes fazem sexo aos 15 anos de idade.<sup>13</sup> O Ministério da Saúde do Brasil afirma que com o aumento de ações dentro das escolas, orientação sobre métodos contraceptivos e distribuição de camisinhas em postos de saúde, o número de adolescentes grávidas no Brasil diminuiu. Entre 2005 a 2009, o número de partos de jovens com idade de 10 a 19 anos caiu 22,4%, comparado à década anterior.<sup>14</sup>

A Maternidade Escola da UFRJ, em Laranjeiras – RJ, tem um programa de atendimento a adolescentes grávidas e constata-se que as meninas que fazem o pré-natal lá demoram mais a ter o filho seguinte, pois aprendem a se cuidar. O Hospital das Clínicas de São Paulo mantém um Projeto Sexualidade. O Ministério da Saúde desenvolveu um programa de “Cadernetas de Saúde do Adolescente”, para meninos e meninas. Existem ações públicas, resta saber se são efetivas.

<sup>11</sup> O projeto de Lei 5.061/2005, que previa a possibilidade da esterilização cirúrgica durante o parto não se transformou em lei.

<sup>12</sup> A Organização Mundial de Saúde, com o enfoque meramente biológico, considera a adolescência como o período de dez (período onde a mulher tem a sua primeira menstruação geralmente) a vinte anos na vida de um indivíduo. A legislação de cada país específica a idade em que seus cidadãos passam a ser considerados adultos (a chamada maioridade legal). Ressalte-se ainda que este critério é influenciado por fatores culturais.

<sup>13</sup> Pessoalmente, sem base científica, mas pelo período em que trabalhei em comunidade, acho que este limiar é mais precoce. Dráuzio Varella chama o que está ocorrendo de “epidemia de gravidezes na adolescência” <http://drauziovarella.com.br/mulher-2/gravidez-na-adolescencia-2/>

<sup>14</sup> <http://www.brasil.gov.br/sobre/saude/saude-da-crianca-e-do-adolescente/gravidez-na-adolescencia>

## Da evolução do conceito de família

O Pacto de San Jose da Costa Rica, cujo Brasil é signatário, em se art. 17,I, dispõe: “a família é um elemento natural e fundamental para a sociedade e deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado.” Ela é a base da sociedade, sua célula *mater* como primeiro agente socializador, devendo ser protegida do Estado.

A Teoria dos Sistemas Ecológicos de Bronfenbrenner, introduzida no Brasil pelo Prof. Ruy Jornadas Krebs,<sup>15</sup> contextualiza o cotidiano, centrado no desenvolvimento das pessoas em ambientes ora receptivos ora adversos, a qualquer hipótese de mudança ou integração. Urie Bronfenbrenner ensina que o meio exerce papel preponderante na formação da personalidade humana, estabelecendo um sistema ecológico com círculos concêntricos, onde o núcleo central é denominado de microsistema, que trata das influências recíprocas nas relações familiares ou muito próximas. O segundo círculo é denominado de mesossistema, composto pelas interrelações profissionais ou apenas sociais, que também exercem influência direta na nossa formação. O terceiro círculo, o exossistema, é composto por pessoas que não temos contato direto, mas pessoas que têm contato direto com os indivíduos do mesossistema que integram o nosso mesossistema e, por tabela, nos influenciam. O quarto círculo é chamado de macrosistema, que corresponde à Aldeia Global, onde as telecomunicações invadem nossa casa, trazendo informações e notícias. Ora, a família constitui nosso microsistema e influencia grandemente no exossistema, e é em seu seio que a criança de desenvolve.

Nas constituições anteriores a de 1988, o conceito jurídico de família era muito fechado, sob os auspícios do Código Civil de 1916, que somente conferia o *status familiae* aos núcleos originados pelo casamento, considerando legítimos ou legitimados só os produtos dessa união.<sup>16</sup> Era um modelo único, sem alternativas ou desvios, onde a felicidade pessoal dos seus integrantes era legada à forma preestabelecida e pela “respeitabilidade” das aparências, sob o império dos dogmas religiosos. A hipocrisia reinava, assim, a mulher ficava infeliz dentro de casa e seu marido tinha uma “teúda e manteúda”, certamente também infeliz, com seus filhos “bastardos” que, seguramente, sofriam *bulling* na escola. Mas, permaneciam **todos** infelizes até que a morte os separasse. Nas felizes palavras de Gustavo Tepedino:

“A hostilidade do legislador pré-constitucional às interferências exógenas na estrutura familiar e a escancarada proteção do vínculo conjugal e da coesão formal da família, inda que em detrimento da realização pessoal de seus integrantes – particularmente no que se refere à mulher e aos filhos, inteiramente subjugados à figura do cônjuge-varão – justificava-se em

<sup>15</sup> KRELS, Ruy Jornadas. *Teoria dos Sistemas Ecológicos: um paradigma para o desenvolvimento infantil*. Universidade Federal de Santa Maria, 1992, *in passim*.

<sup>16</sup> O casamento (justas núpcias) era a única forma de surgir a família legítima, legitimando os filhos comuns prenascidos ou preconcebidos. O Código Civil de 1916 dedicou cento e quarenta e nove artigos (do 180 ao 329) ao tema.

benefício da paz doméstica. Por maioria de razão, a proteção dos filhos extraconjugais nunca poderia afetar a estrutura familiar, sendo compreensível, em tal perspectiva, a aversão do Código Civil à concubina. O sacrifício individual, em todas essas hipóteses, era largamente compensado, na ótica do sistema, pela preservação da célula mater da sociedade, instituição essencial à ordem pública e modelada sob o paradigma patriarcal<sup>17</sup>.

O casamento, sob a iluminação do Código Civil de 1916, possuía matizes eminentemente econômicos, com o estabelecimento do regime de bens (art. 230), da mútua assistência (art. 231, III), e do dever de educar e manter a prole (art. 231, IV). Daí advindo o cerne do presente artigo: o dever alimentar.

Mudando os ares, a função social da família privilegia a integração social de todos os seus membros em um ambiente seguro, saudável e digno, sem descartar a modificação de situações históricas e a necessidade de adaptação/criação de axiomas<sup>18</sup> e de novos institutos jurídicos da família, como a sua admissibilidade de uniões simultâneas,<sup>19</sup> homoafetivas<sup>20</sup> e mistas.<sup>21</sup> Cai o pano e a verdade aparece, certamente menos dolorida que a mentira e o embuste, mas talvez não tão cor de rosa.

A CF/1988, permitindo o reconhecimento de entidades familiares não casamentárias, abrange a família tradicional (genitores e descendentes). Seja qual for a maneira como se formou (pelo casamento, por união estável<sup>22</sup> ou por ocasião) e as entidades familiares, ou seja, a Carta Magna reconheceu três formas de família: a decorrente do casamento civil, a união estável e a entidade familiar, composta por qualquer dos pais e seus descendentes. O Código Civil de 2002 não aborda a família monoparental,<sup>23</sup> que é a forma adotada por percentual significativo de

<sup>17</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 2. ed. Rev. Atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

<sup>18</sup> Na lógica tradicional, um axioma ou postulado é uma sentença ou proposição que não é provada ou demonstrada e é considerada como óbvia ou como um consenso inicial necessário para a construção ou aceitação de uma teoria ou de um dogma. Por essa razão, é aceito como verdade e serve como ponto inicial para inferência de outras verdades (dependentes da teoria).

<sup>19</sup> As repercussões jurídicas de uniões envolvendo pessoas que ainda se encontram casadas e, nem sempre, separadas de fato.

<sup>20</sup> Atualmente já é admitido o “casamento” entre pessoas do mesmo sexo e também a adoção de crianças por esses casais.

<sup>21</sup> No Recurso Extraordinário RE 669465, o relator Min. Luiz Fux reconhece a repercussão geral do tema n 526 – Possibilidade de o concubinato de longa duração gerar efeitos previdenciários. No ARE 656298 RG/SE – Sergipe, Rel. Min. Ayres de Brito, tema n 529, que analisa a possibilidade de reconhecimento jurídico de união estável e de relação homoafetiva concomitantes, foi determinado o rateio de pensão por morte.

<sup>22</sup> O intuito de constituir família é o requisito principal para caracterização da união estável, pois a Constituição Federal confere *status* de entidade familiar à união estável, gozando de especial tutela estatal. E é esse intuito que diferencia a união estável de outras figuras afins, como, por exemplo, um namoro prolongado ou um noivado.

<sup>23</sup> Família monoparental é a definida na CF, art. 226 § 4º, como sendo “a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”, equiparando-se aos descendentes biológicos os por adoção, jurídica ou a brasileira. Este núcleo organiza-se pela afetividade e vontade de cuidar, assumindo a guarda, sem a participação do(s) outro(s) genitor(es) que, por motivos diversos, não esta(ão) presentes(s). Essas atitudes, tão frequentes, são protegidas pelo Poder Público como família (CF, art. 227, § 6º).



brasileiros. No entanto, demonstrando seu vínculo com a realidade social, as decisões judiciais têm admitido, inclusive com repercussões previdenciárias, as famílias simultâneas, as monoparentais e as homoafetivas.

A família, antes vista sob a ótica meramente patrimonial, com o fito de reprodução, passou à condição de reduto afetivo (*affectio familiae*) de seus integrantes. Sob tal enfoque, torna-se urgente o reconhecimento do pluralismo de entidades familiares, devendo o Ordenamento Jurídico garantir-lhes respeito e proteção. Diante das diferentes matizes familiares, Gustavo Tepedino sintetiza essa nova ordem que se descortina no âmbito familiar, ao sustentar que:

“As relações de família, formais ou informais, indígenas ou exóticas, ontem como hoje, por muito complexas que se apresentem, nutrem-se todas elas de substâncias triviais e ilimitadamente disponíveis a quem delas queira tomar: afeto, perdão, solidariedade, paciência, devotamento, transigência, enfim, tudo aquilo que, de um modo ou de outro, possa ser reconduzido à arte e à virtude do viver em comum. A teoria e a prática das instituições de família dependem, em última análise, de nossa competência de dar e receber amor”.<sup>24</sup>

A multiplicidade das formas de família hoje existentes não permite fixar um modelo uniforme, sendo essencial compreendê-la de acordo com as necessidades sociais prementes de cada tempo, sendo possível que novas modalidades ainda surjam, como em alguns países europeus onde se “adotam” idosos sem família.

Nos dias atuais, a entidade familiar é vista como um grupo social fundado, essencialmente, em laços de afetividade. A evolução das constituições brasileiras consigna alterações para melhor abranger as mudanças sociais, para uma concepção mais abrangente de família, respeitando as peculiaridades de cada membro e preservando a dignidade de todos.

O legislador constituinte, no *caput* do artigo 226, normatizou o que já representava a realidade de milhares de famílias brasileiras, reconhecendo que ela é um fato natural, e o casamento uma solenidade,<sup>25</sup> adaptando, desta forma, o direito aos anseios e necessidades sociais, passando a receber proteção estatal não somente a família oriunda do casamento, bem como qualquer outra manifestação afetiva, como a união estável heterossexual ou homoafetiva, a família monoparental e grupos, sem laços sanguíneos, que convivem como família.

Impossível deixar de consignar o papel desempenhado pela Lei nº 11.340, de 07.08.2006, conhecida como Lei Maria da Penha, por ter estabelecido mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar praticada contra a mulher. Hodiernamente, tem-se a aplicação desta lei a violência entre irmãos ou quando a vítima é o homem. No entanto, inovou no inciso II, parágrafo único do art. 5º, ao redefinir família e estender a proteção a qualquer gênero:

<sup>24</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 64.

<sup>25</sup> A Lei nº 1.110, de 23.05.1950, regula o reconhecimento dos efeitos civis do casamento religioso, apesar do Brasil ser um país laico.



II – no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa (...)

Parágrafo único: As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

Este dispositivo infraconstitucional facilitou que a magistratura pudesse aplicar o conceito moderno sobre família, principalmente nas uniões homoafetivas. Causou espanto quando a lei foi aplicada tendo como vítima um homem, mas agora já é algo aceito.<sup>26</sup>

O pluralismo das entidades familiares é uma realidade sem possibilidade de retrocesso, cabendo ao Estado as reconhecer e tornar efetiva a proteção. A multiplicidade das formas de família não permite fixar um modelo uniforme, sendo essencial compreendê-la de acordo com as necessidades sociais prementes de cada tempo. Trata-se da busca da dignidade humana, sobrepujando valores meramente patrimoniais, culturais ou religiosos.

O pluralismo das entidades familiares, por conseguinte, tende ao reconhecimento e efetiva proteção, pelo Estado, das múltiplas possibilidades de arranjos familiares, sendo oportuno ressaltar que o rol da previsão constitucional não é taxativo, estando protegida toda e qualquer entidade familiar, fundada no afeto. Trata-se da busca da dignidade humana, sobrepujando valores meramente patrimoniais.

Registro que a legislação previdenciária foi pioneira em reconhecer o novo conceito de família, pois acolheu as uniões de fato e os filhos daí advindos, dispensando-lhes a necessária proteção previdenciária para que sobrevivessem com um mínimo de dignidade.

## Da política nacional de planejamento familiar

No nível internacional, o planejamento familiar ganha destaque nas Conferências de População (Cairo, 1994) e da Mulher (Bijin, 1995) que introduziram o conceito de saúde reprodutiva, envolvendo o homem e a mulher.

Historicamente, a questão nasceu marcada por “um sentimento natalista agregado à ideia do aperfeiçoamento e da melhoria da raça brasileira” (Fonseca Sobrinho, 1991). No período colonial, a forte influência da Igreja, que integrava o Estado, reduziu a mulher à condição de parideira, posto entender que a sexualidade somente deveria servir à procriação. Lamentavelmente, elas tinham os filhos, mas, em geral, não conseguiam criá-los, ceifados pela morte prematura em um país onde as pestes proliferavam.

<sup>26</sup> Na minha atividade de Defensora Pública conheci muitos homens que apanhavam de suas mulheres. Eles se envergonhavam da própria fragilidade e, em geral, não queriam que o fato fosse divulgado, fugindo da denúncia.

Naquela ocasião, a mortalidade feminina atingiu patamares alarmantes,<sup>27</sup> dentro de uma sociedade androcêntrica. Este índice era tão elevado que se encontram referências, datadas de 1798, a preocupação dos médicos devido à falta de higiene e da vida extremamente sedentária da mulher. Gilberto Freyre, na obra *Casa Grande e Senzala*, aponta a gradativa substituição do confessor pelo **médico da família** como importante fator do declínio da mortalidade feminina.

Com o advento da República os maridos perdem seu nefando direito de corrigir suas esposas, entenda-se: espancá-las.<sup>28</sup> A criação do salário-família, do auxílio-natalidade e o desenvolvimento pós-guerra são vistos por alguns como uma tendência pró-natalista do Presidente Getúlio Vargas.

O inglês Thomas Robert Malthus (14.02.1766 – 23.12.1834) é citado nas discussões sobre aumento de “população”. Filho de proprietário de terras, Malthus se tornou pastor anglicano em 1797. Em 1798, publicou “Ensaio sobre o princípio da População”, no início da revolução industrial, quando houve grande crescimento da população. Ele afirmava que o crescimento da população é uma força imutável da natureza para a qual a única solução era a abstinência sexual.<sup>29</sup>

Em 1952, na cidade de Londres, Margaret Sanger, visando o controle demográfico, criou o *International Planned Parenthood Federation* (IPPF), com apoio financeiro de instituições interessadas em planejamento familiar. Nos anos sessenta, o IPPF financiou entidades que realizaram o planejamento familiar no Brasil.<sup>30</sup>

O Ministério da Saúde, com o objetivo de demonstrar que prioriza a saúde feminina, mas que reconhece a influência de aspectos regionais, elaborou o documento ***Política Nacional de Atenção Integral à Saúde da Mulher – Princípios e Diretrizes***, “em parceria com diversos setores da sociedade, em especial com o movimento de mulheres, o movimento negro e o de trabalhadoras

<sup>27</sup> O índice alarmante de mortalidade infantil fez com que surgisse o culto ao “anjo”, que era a idealização de crianças mortas, que recebiam o nome de “anjos”, eram levadas em caixão aberto, sepultadas em local especial do cemitério ou das igrejas, e seus óbitos registrados em livros especiais. A mortalidade feminina gerou o costume do sepultamento das moças solteiras vestidas de noiva, prática que remonta às Vestais. Tanto as virgens quanto os anjos tinham lugar separado nos cemitérios, como ainda pode ser visto no cemitério da Igreja de Santo Antonio, no Centro do Rio de Janeiro. SÁ, Elida Lucia Batista. *Cemitério*, tese de doutoramento apresentada em 1988 à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, mimeografada.

<sup>28</sup> Nas Ordenações Filipinas, que vigoraram no Brasil de 1603 a 1916, a mulher necessitava de permanente tutela pela sua “fraqueza de entendimento (Livro 4, Título 61, § 9º e Título 107). O marido podia castigar (Livro V, Títulos 36 e 95) sua companheira, ou matar a mulher, acusada de adultério (Livro 5, Título 38). O Decreto n.º 181 de 24.01.1890 atenuou o domínio patriarcal, que permanece de forma mais amena, retirando o direito de imposição de castigos corpóreos à esposa e filhos.

<sup>29</sup> É bastante conhecida a frase de que a “população cresce em progressão geométrica, enquanto a produção de alimentos cresce em progressão aritmética”.

<sup>30</sup> COSTA, Ana Maria. *Planejamento Familiar no Brasil*. in [http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/viewFile/416/379](http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/416/379)

rurais, sociedades científicas, pesquisadores e estudiosos da área, organizações não-governamentais, gestores do SUS e agências de cooperação internacional”.<sup>31</sup>

Há alguns anos, assisti uma defesa de monografia, na UFRJ, cujo tema era “O Papel das Novelas da TV Globo no Planejamento Familiar”. Quando vi o título preparei-me para presenciar uma reprovação. Qual não foi a minha surpresa quando a mestrand, com brilhantismo, demonstrou que, em todas as novelas da emissora, o núcleo familiar tem reduzido número de filhos, três, no máximo, e que subliminarmente isto influenciou as populações carentes que passam a recitar a máxima: “quero ter um filho só para poder dar o melhor para ele”.

O planejamento familiar foi assegurado pela Constituição Federal e também pela Lei nº 9.263, de 1996, como um conjunto de ações que auxiliam as pessoas que pretendem ter filhos e também quem prefere adiar o crescimento da família. Trata-se de um direito público subjetivo de grande relevância pessoal e coletiva, pois

*“Conclui que, esta, em seu início, atendeu a interesses controlistas internacionais e hoje, o planejamento familiar, embora oficialmente reconhecido como direito de cidadania, ainda reflete interesses contraditórios das instâncias políticas, econômicas e ideológicas de poder.” (Rev. Esc. Enf. USP, v.34, n.1, p. 26-36, mar. 2000), posto que “o planejamento familiar, embora representando um passo decisivo em direção à construção da cidadania feminina, na prática, reflete interesses contraditórios que se confrontam numa luta entre as instâncias políticas, econômicas e ideológicas de poder.”<sup>32</sup>*

Lamentavelmente, as políticas públicas brasileiras pecam por sua ineficiência. Concluo este tópico afirmando que o Planejamento Familiar no Brasil ainda é uma utopia para as camadas menos favorecidas da população.

## Da dignidade da pessoa humana

Para a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Princípio da Dignidade Humana é tão importante que o disciplinou em seu art. 1º, que determina: “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos...”. O homem deve ser respeitado em sua dignidade, em seu valor de fim e não de meio, pois a “dignidade da pessoa humana, que como consecutório, impõe a elevação do ser humano ao centro de todo o sistema jurídico, no sentido de que as normas são feitas para a pessoa e sua realização existencial”.<sup>33</sup> Nossa Carta Magna elevou a tutela e promoção da pessoa humana a um valor máximo do nosso ordenamento, estatuinto que a dignidade do homem é inviolável (art. 1º), sendo mola propulsora da intangibilidade da vida humana, daí defluindo,

<sup>31</sup> [Http://conselho.saude.gov.br/ultimas\\_noticias/2007/politica\\_mulher.pdf](http://conselho.saude.gov.br/ultimas_noticias/2007/politica_mulher.pdf)

<sup>32</sup> <http://www.revistas.usp.br/reeusp/article/viewFile/41133/44679>

<sup>33</sup> FARIA, Cristiano Chaves. *Direito Civil. Teoria Geral*. 2. ed. Lumen Juris, 2004, Rio de Janeiro, p. 96.

na forma de consectários naturais: o respeito à integridade física e psíquica das pessoas; admissão da existência de pressupostos materiais mínimos para que se possa viver,<sup>34</sup> e respeito pelas condições fundamentais e liberdade e igualdade.

O Tribunal Constitucional de Portugal afirmou que “a ideia de dignidade da pessoa humana, no seu conteúdo concreto – nas exigências ou corolários em que se desmultiplica – é algo puramente apriorístico, mas que necessariamente tem de concretizar-se histórica-culturalmente” (Acórdão 90-105-2, de 29.03.1990, rel. Bravo Serra). O cerne da questão é: como concretizar esta dignidade? Ela, como a moral, é instantânea, ou seja, é o aqui e agora, variando no tempo, no espaço e é fortemente influenciada pela cultura. Assim, no período colonial uma mulher que ficava em casa, suportava que seu marido tivesse outra família e filhos,<sup>35</sup> não tinha a sua dignidade maculada, pelo contrário ela era a vítima, a mártir sofredora, exemplo a ser seguido pelas demais mulheres, que merecia todo o respeito social. Hoje, a hipótese já geraria uma ação de danos morais.

Luiz Roberto Barroso, discorrendo sobre a abrangência e falta de limites definidos do conceito de Dignidade da Pessoa Humana, ensina que:

“dignidade da pessoa humana tornou-se, nas últimas décadas, um dos grandes consensos éticos do mundo ocidental. Ela é mencionada em incontáveis documentos internacionais, em Constituições, leis e decisões judiciais. No plano abstrato, poucas ideias se equiparam a ela na capacidade de seduzir o espírito e ganhar adesão unânime. Tal fato, todavia, não minimiza – antes agrava – as dificuldades na sua utilização como um instrumento relevante na interpretação jurídica. Com frequência, ela funciona como um mero espelho, no qual cada um projeta sua própria imagem de dignidade. Não por acaso, pelo mundo afora, ela tem sido invocada pelos dois lados sem disputa, em temas como interrupção da gestação, eutanásia, suicídio assistido, uniões homoafetivas, *hate speech*, negação do holocausto, clonagem, engenharia genética, inseminação artificial *post mortem*, cirurgia de mudança de sexo, prostituição, descriminalização de drogas, abate de aviões sequestrados, proteção contra a auto-incriminação, pena de morte, prisão perpétua, uso de detector de mentiras, greve de fome, exigibilidade de direitos sociais. A lista é longa”<sup>36</sup>

O Tribunal Constitucional da Espanha determinou que “a dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que leva consigo a pretensão ao respeito por parte dos demais”. Ou seja, não definiu limites.

<sup>34</sup> Daí surgindo o direito ao trabalho mínimo, o direito à moradia entre outros.

<sup>35</sup> Ao escrever este artigo, lembrei de minha vó materna, Dona Raimunda, que, dentro de casa, no Aquiqui (PA) e no início do século XX, criou vários filhos do marido sem os distingui-los de suas próprias filhas, que aprenderam, pelo tratamento isonômico, a amar seus irmãos.

<sup>36</sup> [http://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade\\_exto-base\\_11dez2010.pdf](http://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_exto-base_11dez2010.pdf)

Para que estas fronteiras sejam estabelecidas é essencial conjugar o princípio da dignidade da pessoa humana com outros também agasalhados na Carta Magna, e ainda com normas infraconstitucionais, contextualizando-o *hic et nunca*, aqui e agora.

Em sede de direito de família, o princípio da dignidade da pessoa humana é conjugado com o da solidariedade (CF, art. 3º, I c/c art. 40, caput), e ainda, malgrado a letra da lei infraconstitucional, no tratamento isonômico dos iguais (CF, art. 5º, caput). A **dignidade a ser preservada** não é só a do alimentado, mas também a do alimentante e a de outras pessoas que dele dependem economicamente, como os outros filhos.

Dentro da Ordem Social, a proteção à família tem como objetivo o bem-estar e a justiça social (CF, art. 226 e 227). Seja protegendo o idoso, em caso de impossibilidade de exercício da atividade laboral, seja protegendo os filhos menores.

## Da igualdade entre os filhos

Acredita-se que Clístenes, considerado o pai da democracia ateniense, por volta de 508 a.C., teria utilizado o princípio da **igualdade** e da **isonomia**. É sempre mencionado que na Carta de João sem Terra (John Lackland),<sup>37</sup> assinada para resguardar os direitos dos Lordes, em 1215, enquanto o Rei Ricardo Coração de Leão não voltava das cruzadas, também havia menção a este princípio. A extensão das garantias aos que não eram nobres ocorreu com a Declaração do Cidadão, de 1789, que coroou a Revolução Francesa, com ideais de igualdade, fraternidade e liberdade.

As constituições de vários países trazem afirmativa similar: “todos são iguais perante a lei” independentemente da riqueza ou do prestígio. Os conceitos de Direitos Humanos pressupõem uma paridade: todos são titulares de direitos oponíveis até ao Estado. A igualdade, uma das bandeiras da Revolução Francesa, está vinculada aos ideais de Justiça, porém é relativizada pela impossibilidade de haver igualdade entre desiguais. Tratar igualmente desiguais seria cometer uma profunda injustiça. O ordenamento jurídico e a doutrina tentam enfrentar a questão, alertando Rawls que “não há leis públicas uniformes que se apliquem igualmente a todas as pessoas, mas sim uma rede de acordos privados”.<sup>38</sup>

No ordenamento jurídico brasileiro, a igualdade está agasalhada na CF como liberdade individual (art. 5º) e como obrigação de tratamento no serviço público (*caput* do art. 37). Mas, o simples fato de ter sede constitucional não garante a efetividade do comando. Vale lembrar que a igualdade, ao lado da liberdade, é um dos princípios orientadores da democracia moderna.<sup>39</sup>

<sup>37</sup> Dessa carta também o princípio de que só um lord podia julgar outro lord.

<sup>38</sup> RAWLS, John. *Justiça e Democracia*. Tradução de Irene A. Paternot, Martins fontes, São Paulo, p.12

<sup>39</sup> A igualdade para ser justa precisa ser relativa e real. Um exemplo da aplicação destorcida deste princípio ocorreu no término da Guerra Civil nos EEUU. Os Estados do Norte emendaram a constituição para determinar que nenhum estado poderia negar a ninguém “a igualdade perante a lei”. Mas tarde, os Estados sulistas praticaram a segregação racial. No caso *Plessy vs*

Existe diferença entre isonomia e isegoria. A primeira é a igualdade de direitos e a segunda consiste na igualdade do direito de manifestação, ambas assegurando aos membros de um grupo a igualdade na elaboração e na aplicação das normas.

O Código de Bustamante, aprovado pelo Decreto nº 18.871, de 13.08.1929, que promulgou a Convenção de Havana, determina que são de ordem pública internacional o direito do filho receber alimentos (art. 59) e as disposições que estabelecem “o dever de prestar alimentos, seu montante, redução e aumento, a oportunidade em que são devidos e a forma do seu pagamento, assim como as que proíbem renunciar e ceder esse direito” (art. 68). Ou seja, internacionalmente, o Brasil reconheceu o dever alimentar, ainda num período em que estabelecia sérias distinções entre os filhos.<sup>40</sup>

A Constituição Federal de 1988, marco divisor no Direito de Família, constitucionalizou o tema e agasalhou os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade de todos perante a lei, que trouxeram inúmeros avanços à sociedade, sobretudo no que tange ao direito de filiação. Essa constitucionalização foi revolucionária, invadindo um terreno tradicionalmente tratado como “segredo de família”, sem intervenção pública, mesmo quando os “castigos” eram severos.

A filiação passou a ser um direito fundamental, não mais uma obra do acaso de se ter nascido de pais casados ou da benesse do genitor, que reconhecia o filho havido fora do casamento. Assim, todos os filhos passam a ser juridicamente iguais, independentemente do vínculo biológico<sup>41</sup> ou do estado dos genitores. A igualdade entre os filhos gera repercussões no dever alimentar.

A decisão, de que a prole nova não justifica a mudança de possibilidade do alimentante por redução em sua disponibilidade financeira, fere o princípio da igualdade entre os filhos. Em sentido contrário a decisão do TJRJ sobre a desimportância da prole nova para a fixação do percentual do dever alimentar, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em 15.09.2011, no acórdão nº 7004416723, da 8ª Câmara Cível, decidiu:

.... quando se trata de alimentante abonado, o advento de novo filho provavelmente não repercutirá em sua capacidade contributiva. Porém,

---

Ferguson, o réu alegou perante a Corte que a segregação violentava a cláusula da igualdade perante a lei. A Corte rejeitou, afirmando que as exigências daquela cláusula estariam atendidas se os Estados oferecessem serviços separados, porém iguais e que a segregação não tornava esses serviços desiguais.

<sup>40</sup> Pelo Código Civil de 1916 os filhos adotivos herdavam apenas a metade do que cabia aos filhos legítimos supervenientes a adoção (art.1.605, §2º), mas equiparava os legitimados aos legítimos.

<sup>41</sup> Hodiernamente, a força dos vínculos afetivos se sobrepõe aos biológicos. O STF reconheceu Repercussão Geral em tema que discute a prevalência da paternidade socioafetiva sobre a biológica. A questão chegou à corte por meio de processo em que foi pedida a anulação do registro de nascimento feito pelos avós paternos, como se eles fossem os pais, e o reconhecimento da paternidade do pai biológico. ARE 692.186.

diversa será a situação quando o prestador, pessoa de poucas posses, encontra-se já em seu limite máximo tolerável de disponibilidade financeira. É o caso aqui, visto que o alimentante é funcionário público estadual, com salário líquido (bruto menos os descontos obrigatórios do IPERGS) de menos de dois mil reais. Diante desta realidade, o nascimento de outro filho inevitavelmente repercutirá em sua possibilidade de prosseguir...

O TJRS ainda ensina que, por força do princípio da igualdade entre os filhos, é recomendável a equivalência na fixação do quantum alimentar, para que não haja desproporção na pensão alimentícia devida aos filhos.<sup>42</sup>

Os paradigmas positivados no artigo 3º da CF/1988 pressupõem um mundo de iguais, fraterno e livre, onde a Justiça prevaleça sempre em prol dos Direitos Humanos e da construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Não pode ser considerada **livre** uma sociedade que nega os Direitos Sexuais, escondendo para baixo do tapete a falta de políticas públicas de planejamento familiar, de educação e de acesso à informação. Não pode ser considerada **justa** uma sociedade que restabelece a progenitura, determinando que não se constitua nova prole e tirando os direitos dos filhos não primogênitos ou daqueles que suas mães não tenham se socorrido primeiro do Poder Judiciário. Não pode ser considerada **solidária** uma sociedade que fixa um dever alimentar que condena o alimentante à fome e a prisão, que não se importa com os demais filhos, enfim, que semeia a discórdia, a fome e a miséria.

## Da igualdade entre os genitores

Por muitos anos, a mulher lutou duramente por igualdade. O exercício de funções estratégicas, e não mais apenas papéis coadjuvantes, trouxeram vantagens e desvantagens, como compatibilizar a vida profissional com a vida doméstica, a malfadada “dupla jornada” feminina. Como ponto contrário, tem-se o aumento de pedidos de pensionamento de ex-maridos, que passam a ser um terror na vida de mulheres bem sucedidas financeiramente. Reclamam as mulheres que os homens vivem a “Síndrome de Cinderelo”, ficando no aguardo de uma princesa encantada que os tirem do borralho.

A evolução legislativa e as mudanças sociais transformaram o homem, que até então foi a “cabeça do casal”<sup>43</sup> com prerrogativas de chefe de família, num parceiro que divide com a esposa o conjunto de poderes-deveres – o poder familiar, com as questões essenciais sendo decididas, com a mulher na codireção da sociedade conjugal.

<sup>42</sup> Apelação Cível nº 70045460995, 7ª Câmara Cível, TJRS, Rel. Jorge Dall’Agnol, julgado em 27.04.2012.

<sup>43</sup> Sempre que ouvia esta expressão ficava imaginando que a mulher devia ser o “rabo”, balançando ao sabor das decisões masculinas.



A igualdade de direitos entre gêneros, adotada pela Constituição Federal, não permite mais considerar o homem como único provedor e mantenedor dos filhos, relegando para a mulher apenas o papel de vítima indefesa que aciona a Justiça para reconstituir a ordem natural das coisas. Lamentavelmente, esta concepção machista tem fundamentado as decisões judiciais. A mulher busca seus direitos, mas parece desconhecer que com os **direitos** vêm também os **deveres**.

O art. 1.568 do Código Civil assegura este dever ao enfatizar que “os cônjuges são obrigados a concorrer, na proporção de seus bens e dos rendimentos do trabalho, para o sustento da família e a educação dos filhos, qualquer que seja o regime patrimonial” O pagamento da pensão alimentícia é uma obrigação do cônjuge que não detém a guarda e um direito dos filhos.

Dentro da igualdade de direitos tem-se a mulher sendo condenada, com base na Lei Maria da Penha, por maltratar seu companheiro, e até a pagar indenização por traição.<sup>44</sup> No presente caso, tem-se dois enfoques: a igualdade entre o alimentante e a representante legal do alimentado para proverem o sustento da criança; e a igualdade entre os diversos filhos do alimentante.

A discriminação jurídica, que tenta condenar os filhos não primogênitos a não terem proteção alimentar, não pode ser admitida pelos Tribunais Superiores, posto que são atentatórias ao verdadeiro direito de igualdade.

A sociedade constituída em Estado tem a missão de reconhecer, atribuir e assegurar a cada um de seus membros, mediante a autoridade, as respectivas condições numericamente desiguais, mas através dessa desigualdade alcançar a igualdade essencial que deve constituir-se levando em conta a aptidão, a virtude ou a função de cada um. Essa é a igualdade moral, que há de ser estabelecida mediante a justiça distributiva e a justiça legal, ou seja, mediante um comportamento do Estado com respeito aos indivíduos e destes com respeito ao Estado. Este é o símbolo da justiça: a espada da Justiça que equilibra os pratos da balança.

O TJRJ criticou duramente o alimentante do Processo número: 0001329-28.2011.8.19.0076, já mencionado, por constituir nova prole já havendo filhos de outros relacionamentos, tendo a decisão hostilizada negado seu direito sexual, desconsiderando a omissão estatal em promover políticas de planejamento familiar, e dando um tratamento desigual aos outros filhos que ficarão sem nada receber. Esta é uma discriminação que o Supremo Tribunal Federal não pode referendar. Por ser hipossuficiente não tem ele o direito assegurado à reprodução?

<sup>44</sup> Decisão da Juíza Patrícia Bitencourt Moreira, da 2ª Vara de Nanuque, com decisão confirmada pelo Des. Gutemberg da Mora e Silva, da 10ª Câmara Cível do TJMG. Outra mulher foi condenada, em 31.05.2012, pelo juiz Mauro Nicolau Junior, da 48ª Vara Cível do TJRJ, a pagar indenização como ressarcimento de pensão alimentícia paga a uma criança da qual ele não era o pai biológico. A ação foi movida contra o verdadeiro pai do menor, por entender que teve seu patrimônio lesado por este.

## A repercussão social das decisões judiciais

No Estado-Juiz, a discussão sobre **direitos sexuais** até agora se limitou a definição<sup>45</sup> e a redefinição sexual.<sup>46</sup> O direito de procriar só frequentou o mundo jurídico sob o enfoque da obrigação, ou não, dos Planos de Saúde<sup>47</sup> e do SUS custearem o tratamento de reprodução assistida. O direito humano de decidir *se e quando* ter filhos é questão quase **inédita** nos tribunais, como se depreende da decisão que se hostilizou no Processo nº0001329-28.2011.8.19.0076. Esta omissão não significa ter o assunto menor proeminência no cenário nacional ou carecer de importância, posto a simultaneidade de famílias atingir o Brasil inteiro,<sup>48</sup> daí advindo a relevância de sua apreciação pelo Supremo Tribunal Federal.

No momento, a sociedade **rediscute seus conceitos básicos**, de forma geral, incluindo **família e gênero**. A igualdade entre filhos e entre gêneros ganharam foros constitucionais. A **Publicização** do Direito de Família não tem mais possibilidade de retroceder ao âmbito privado, excluindo a intervenção do Estado nas suas decisões, cabendo ao Ordenamento Jurídico garantir respeito e proteção, em especial às crianças, adolescentes e idosos. Diante das diferentes matizes familiares, os filhos havidos ou adotados merecem a proteção de forma igualitária, com a dignidade de cada ente da família preservada.

Acompanhando o símbolo da Justiça: a balança, deve ocorrer um equilíbrio entre vários direitos que disputam a prevalência, tais como o direito alimentar de todos os menores envolvidos, de idosos e também há que se atentar para que

<sup>45</sup> Publiquei também o artigo Menino ou Menina. Desordens do Desenvolvimento Sexual, na Revista de Direito e Política, vol. XII, Janeiro a março 2007, ano IV. A definição sexual está ligada a uma indefinição, que para ser corrigida cirurgicamente necessita que se considere várias definições sexuais, tais como: gonática, social, genética, anatômica, hormonal, legal, psíquica social e de criação. Intersexo é a indefinição do sexo tanto pela análise da genitália quanto pelo exame genético e hormonal. Os “estados intersexuais” referem-se, de forma geral, a corpos de crianças nascidas com a genitália externa e/ou interna nem claramente feminina, nem claramente masculina. De acordo com a literatura médica, podem ser divididos em quatro principais grupos: pseudo-hermafroditismo feminino (o bebê possui ovário, o sexo cromossômico é 46 XX, a genitália interna é feminina, mas a genitália externa é “ambígua”); pseudo-hermafroditismo masculino; disgenesia gonadal mista, hermafroditismo verdadeiro. Este último é bem mais raro do que assegura nosso imaginário.

<sup>46</sup> Na redefinição, a pessoa tem sua sexualidade gonática, genética e anatômica definida, mas a social lhe incomoda, aspirando sua alteração. O tema frequentou os tribunais no pleito de alteração de nome e de identidade, após o sucesso da cirurgia que atualmente não oferece grandes riscos. A jurisprudência já está pacificada com a alteração civil do nome e do sexo nos assentamentos de identificação.

<sup>47</sup> A Lei nº 9.656/1998, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, exclui a cobertura de “inseminação Artificial” no inciso III, do art. 10.

<sup>48</sup> No Recurso Extraordinário RE 669465, relator Min. Luiz Fux reconhece a repercussão geral do tema nº 526 - Possibilidade de o concubinato de longa duração gerar efeitos previdenciários. No o ARE 656298 RG / SE – SERGIPE, relator Min. Aires Britto, tema nº 529, que analisa a possibilidade de reconhecimento jurídico de união estável e de relação homoafetiva concomitantes, com o conseqüente rateio de pensão por morte.

o mantenedor também tenha preservado o seu mínimo existencial, essencial a dignidade da pessoa humana.

Na discussão sobre o papel das decisões jurídicas no cotidiano nacional ganham destaques os pronunciamentos da Ministra Eliana Calmon, em seu discurso de abertura do III Curso de Iniciação Funcional de Magistrados da ENFAM, em 08.04.2013, ao afirmar que “juiz fazedor de processo é coisa do passado”, impondo-se que o **magistrado atue politicamente** e participe da administração da JUSTIÇA, sendo conseqüente em suas decisões<sup>49</sup> que repercutem socialmente em todo o território nacional. Na abertura da V edição do Curso de Iniciação Funcional para Magistrados da ENFAM, em 24.06.2013, a Ministra reiterou seu posicionamento quando acrescentou que os **juízes** precisam assumir seu **papel de ente social** e devem iniciar a mudança imediatamente, concluindo que “hoje a sociedade não faz um bom juízo dos magistrados. Temos que resgatar a credibilidade do Judiciário e não temos tempo a perder”. Fico na dúvida sobre a credibilidade de uma decisão judicial que repete sentenças anteriores sem analisar que a sociedade mudou.

A Ministra afirmou que a atividade do juiz é de extrema importância para o destino das pessoas, sendo necessário convencer a população do comprometimento da magistratura nacional com a Justiça.<sup>50</sup>

Estas palavras ganham novo significado quando pensamos em temas de grande relevância, mas que por puritanismos as pessoas preferem não enfrentar, como discutir os Direitos Sexuais do cidadão.

Este artigo quer discutir se **é jurídica a vedação judicial ao hipossuficiente de ter outros filhos, quando já suporta o encargo de alimentar filhos pré-nascidos?**

## Conclusões

A Constituição Federal/1988 revolucionou a sociedade brasileira, fazendo cair o véu de séculos de hipocrisia e preconceito. Previu a igualdade entre gêneros e ampliou o conceito de família protegendo, sem preconceitos, todas as formas que ela pode assumir. A igualdade acarreta direitos e deveres, assim, se a mulher lutou pelos seus direitos agora deve enfrentar o peso de seus deveres, partilhando o dever alimentar dos filhos com o homem.

A dignidade está vinculada a aspectos culturais, por isto é instantânea e se altera com as mudanças sociais, variando no tempo e no espaço. A igualdade de ser constantemente reanalisada para que seja justa.

Os direitos Sexuais integram os Direitos Humanos e são objeto de preocupação do Direito Internacional, cabendo ao Estado Juiz densificá-lo através de suas decisões.

<sup>49</sup> [www.stj.jus.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=109167](http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=109167)

<sup>50</sup> [http://www.stj.jus.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=110169&utm\\_source=agencia&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=pushsco](http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=110169&utm_source=agencia&utm_medium=email&utm_campaign=pushsco)

As Políticas Públicas e Ações Governamentais relativas ao Planejamento Familiar são direitos públicos subjetivos e forma preventiva de paz social e de assegurar assistência à família.

A coerção das decisões judiciais deve desempenhar seu papel de pacificação social, fazendo justiça e não apenas aplicando a lei de forma surda as mudanças da comunidade onde ela é imposta.

A prole nova por si só justifica a revisão das cláusulas alimentares dos filhos prenascidos, cabendo a mulher o ônus de provar que a situação financeira do alimente não comporta a manutenção dos alimentos fixados, mantendo o equilíbrio entre a necessidade do alimentado e a possibilidade do alimentante.

Não deve o Estado Juiz manter determinações humanamente impossíveis de serem cumpridas. Decidir o percentual alimentar quando o alimentante ganha salário mínimo e tem vários filhos é uma verdadeira “**Escolha de Sofia**”: é dividir miséria. Mas, por ter tido um filho, o alimentante não pode ser tolhido de seus Direitos Sexuais, reconhecidos internacionalmente nem os demais filhos ficarem sem nada.

## Referências bibliográficas

- COHEN, Cláudio & SEGRE, Marco. *Definição de Valores, Moral, Eticidade e Ética*. Revista Bioética, 2(1): 19 - 24, 1994.
- COSTA, Ana Maria. *Planejamento Familiar no Brasil* in [http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/viewFile/416/379](http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/416/379)
- FARIA, Cristiano Chaves. *Direito Civil. Teoria Geral*, 2. ed. Lumen Juris, 2004, Rio de Janeiro.
- FONSECA SOBRINHO, Délcio da. *Estado e população: uma história do planejamento familiar no Brasil*. Rio de Janeiro: CEDEPLAR/Rosa dos Tempos, 1991.
- KRELS, Ruy Jornadas. *Teoria dos Sistemas Ecológicos: um paradigma para o desenvolvimento infantil*. Universidade Federal de Santa Maria, 1992.
- SÁ, Elida Lucia Batista. *Cemitério*. Tese de doutoramento apresentada em 1988 à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, mimeografada.
- SÉGUIN, Elida. *Direitos Sexuais como um Direito Humano*. In Direito, Relações de Gênero e Orientação Sexual, Séguin, Elida (coord.), Letra da Lei, Curitiba, 2009, p. 99 a 124.
- Política Pública de Assistência à Mulher: A Questão do Abortamento*. Publicado in. Revista Direito e Política, abril a junho de 2006, Ano III, Volume IX, p. 41 a 62.
- Menino ou Menina? Desordens do Desenvolvimento Sexual*. Publicado na Revista de Direito e Política, volume XII, janeiro a março 2007.
- RAWLS, John. *Justiça e Democracia*. Tradução de Irene A. Paternot, Martins fontes, São Paulo
- TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 2. ed. Rev. Atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

