

COMUNICAÇÕES

AFINIDADE

J. M. OTHON SIDOU

O Código Civil de 2002 abriga, no livro sobre Direito de Família, uma inovação que, por sua aparente singeleza, tem passado despercebida, ou pouco comentada, que nos conste, pelos faiscadores de sutilezas legislativas. Diz respeito à restrição operada no apelidado “parentesco por afinidade”.

Dispunha o art. 334 do Código revogado que “cada cônjuge é aliado aos parentes do outro pelos vínculos da afinidade”; uma disposição ampla, que, quando muito, pode ter por limitação o quarto grau, o peculiar do parentesco colateral, em nosso direito vigente. Reza o dispositivo acrescentado como §1º ao art. 1.596: “O parentesco por afinidade limita-se aos ascendentes e aos irmãos do cônjuge ou companheiro” (ressaltos, obviamente, nossos).

Pela nova regra, deixam de ser afins os filhos e netos do cunhado, aos quais a tradição estende o tratamento familiar de tio e tia; do mesmo modo, como nunca prevaleceu afinidade entre concunhados.

A inovação não é do projeto da Câmara dos Deputados, de 1975, que repete literalmente o estatuto então em vigor. Também não provém da Comissão de juriconsultos encarregada do Anteprojeto, sob a coordenação de Miguel Reale. Foi o Senado que absorveu tal limitação, provinda, a toda vista, do Anteprojeto Orlando Gomes, elaborado em 1963, e cujo art. 194 é dedicado à matéria. O saudoso e querido mestre não chegou a explicar o motivo da restrição em sua abalizada, mas necessariamente resumida, “Exposição de motivos”, em razão do que devemos rastejá-lo em outras fontes.

O *BGB* alemão alude no §1.590 que a linha e o grau da afinidade se determinam conforme a linha e o grau de parentesco que a produz — deixando evidenciado que a afinidade colateral não se limita ao cunhado ou à cunhada.

Os estatutos civis da Itália, art. 78; de Portugal, art. 1.585; da Grécia (posto em vigor em 1946), art. 1.467; da Argentina (revisado até 1998), art. 363; de Quebec, Canadá (emendado até 1969), art. 125; do Japão, art. 725; e do Peru (1984, o mais recente antes do nosso), art. 241 — todos identificam-se quanto à não limitação do cunhadio, e alguns, quanto o fazem, é para estender a afinidade ao terceiro grau colateral.

Confessamos, com desalento, que nosso passeio à legislação forânea e a obras clássicas de mestres do passado resultou frustrado. Nada encontramos que pudesse apontar donde veio a novidade da lei civil brasileira.

O fato é tanto mais intrigante porque o preceito que completa a definição — “a afinidade em linha reta não se extingue com a dissolução do casamento”, está presente em toda a legislação comparada e foi mantido no art. 1.595 §2º de nosso Código em vigor, dele podendo-se dizer que é um preceito universal.

É preciso deixar claro que nada a ver contra a inovação, a partir de que, em nosso entender, a afinidade, figura não resultante da consangüinidade, não gera parentesco. Seguimos, neste ponto, a opinião de respeitável corrente de juristas compatrióticos, nomeadamente Washington de Barros Monteiro, no “Curso de Direito Civil” (pág. 213), e Arnoldo Wald, em “O novo Direito de Família” (pág. 36), no qual esse nosso confrade e acatado mestre emprega as expressões “a afinidade não é parentesco”; “é um vínculo que não tem a mesma intensidade que o parentesco”. Idêntico ao ponto de vista dos mestres compatrióticos é o sustentado pelos juristas franceses Aubry et Rau (“Cours de droit civil”, I, § 67) e Planiol et Ripert (“Traité pratique de droit civil français”, vol. 2, nº 10). “Os afins não são parentes, ensinam esses últimos, e a expressão, algumas vezes empregada, parentes por afinidade, é inexata”.

Sob esse aspecto, o vigente Código Civil, reincide na “inexatidão” do antecessor, de 1916, quando vincula a afinidade ao parentesco de outra origem que não a natural, e quando emprega a censurada expressão (“parentesco por afinidade”), no único dispositivo diretamente ligado ao assunto.

E, uma vez que o estatuto divide o parentesco em natural e civil, propende para dar-lhe o caráter civil, porque natural só pode ser o de índole cognata, ou consangüínea. Emparelha-o com a adoção, embora a abissal diferença entre ambos.

Em verdade, o que existe entre o cônjuge e os consangüíneos do outro é apenas um vínculo, ou uma relação que tem por suporte único o sentimentalismo familiar, presente em todos os tempos. E isto advém do direito romano arcaico, produto do casamento *cum manu*, quando a mulher convolava para nova família, tornando-se *loco filiae*; *loco*, na acepção de “em lugar de”, “em vez de” filha natural. Evoluído o direito para o casamento *sine manu*, a mulher

permanecia na família de origem, perdendo a condição transitória, e nada mais a vinculava juridicamente ao *pater familiae* do marido, e muito menos aos consangüíneos dele, salvo a inabalável *affectio*.

Tudo isto reponta de cristalina lógica, ontem e hoje. Se o marido e a mulher não são parentes entre si, e isto, em bom juízo, ninguém contesta, qual a razão de um deles estar ligado aos consangüíneos do outro?

Atente-se para que a afinidade é um vínculo que tem por suporte único o sentimentalismo familiar, e como vínculo, no aspecto legal, tem pouca densidade. Com efeito, se a consangüinidade e a adoção se eternizam, a afinidade é temporária, cessando com a ruptura do vínculo conjugal (desquite, ontem; divórcio, hoje) ou a morte de quem lhe deu causa.

Indaga-se: que justifica a persistência, em toda a legislação comparada, do preceito que considera inextinguível a relação de afinidade em linha reta? A razão é mais de natureza moral do que natural. E alheia de todo do proibitivo jurídico escorado na saúde da prole. Fosse permitido o casamento de sogro (ou sogra) com nora (ou genro), o filho dessa união seria, na ordem de parentesco, irmão e, ao mesmo tempo, tio de si mesmo, em relação aos filhos provenientes de leito anterior, ou seja, a um tempo só, parente em 2º e em 3º graus. Uma confusão!

Mas é tempo de examinar que influência a restrição inovada no Código Civil pode ter na aplicação do nosso direito.

No orbe jurídico, e em particular na legislação brasileira, a afinidade tem sentido aplicativo restrito aos campos do direito de família e do direito processual, civil e penal. É verdade que, no âmbito processual trabalhista, ela também tinha coerente pouso, ao estabelecer o art. 648, da CLT, a incompatibilidade dos parentes consangüíneos e afins nos misteres da mesma junta de conciliação e julgamento. Mas esse preceito se esvaiu com a redução numérica das juntas para a adoção do juízo monocrático.

No concernente ao direito familiar, a afinidade é objeto de trato com respeito aos impedimentos matrimoniais, assim mesmo quanto às causas suspensivas (art. 1524), isto é, dependentes da fluência do tempo. Reza o dispositivo que tais causas suspensivas podem ser objetadas, *inter alia*, pelos colaterais em segundo grau, sejam consangüíneos ou afins. Afim em segundo grau colateral é exatamente o cunhado ou a cunhada. Portanto, os dois preceitos, o do inovado §1º do art. 1.595 e o do art. 1.524, querem dizer a mesma coisa.

O CPC, no art. 134 (IV e V), impede o juiz de exercer suas funções no processo, quando nele estiver postulando, como advogado ou parte, seu cônjuge ou qualquer parente seu, consangüíneo ou afim, em linha reta ou colateral até o segundo grau; ou quando for cônjuge, parente, consangüíneo ou afim de

alguma das partes nas mesmas condições, nesse caso, até o terceiro grau. O art. 136 do mesmo Código processual veda, no juízo colegiado, o conhecimento da causa por dois juízes, consanguíneos ou afins no segundo grau, com prevalência do juiz que nela conhecer e a automática escusa do outro, que remeterá os autos ao seu substituto legal. Temos aí, no item IV do dispositivo citado, a mesma sinonímia já apontada: afim no segundo grau colateral é cunhado ou cunhada.

Por sua vez, o Código de Processo Penal (art. 252, IV) impede o juiz de exercer jurisdição no processo em que ele próprio ou seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral até o 3º grau, for parte ou diretamente interessado no feito. Aí está um só dispositivo, no universo do direito pátrio, em que o 3º grau de afinidade é contemplado, dissentindo do restritivo agora intercalado no Código Civil. Nem por isto, porém, o dispositivo discrepante exerce qualquer influência intertemporal, porque, embora lei nova e geral, o Código Civil não regula por inteiro a matéria contida naquele Código processual (Lei de Introdução, art. 2º §§ 1º e 2º).

Além dos impedimentos matrimoniais e processuais, o vínculo da afinidade merece consideração, cada vez mais desafrontosa, na órbita do direito administrativo, para aparelhar as leis de um mundo corrompido pelo nepotismo ou por quejandas figuras ilícitas, no propósito de conter a prática de atos inconfessáveis de âmbito familiar. Nesse campo e nos acima citados exaure sua viabilidade.

Nascida a afinidade do vínculo conjugal — *affinitas causa fit ex nupitiis*, a inserção do parágrafo 1º no art. 1.595, do Código Civil, se censura merece decorre apenas de seu dizer enxuto, para pôr de lado um sentimento afetivo do convívio familiar, que se perde na aurora dos tempos e desconhece traço geográfico e patamar de civilização. E assim, porque a inovação nada tem de novo, além de quase nenhuma influência exercer na aplicação do direito, aqui e alhures. O legislador apenas uniu a lei aos fatos. De nada adiantaria graduação da afinidade colateral. Deixar claro que ela se limita aos irmãos do cônjuge ou companheiro, é o quanto basta.

(Comunicação lida em sessão da ABLJ de 16.10.2007)