4ª Edição

RODRIGO DA CUNHA PEREIRA

DIVÓRCIO

Teoria e Prática

De acordo com a Emenda Constitucional n. 66/2010

Editora Saraiva

Rua Henrique Schaumann, 270, Cerqueira César — São Paulo — SP — CEP 05413-909 – PABX: (11) 3613 3000 – SACJUR: 0800 055 7688 – De 2ª a 6ª, das 8:30 às 19:30
E-mail saraivajur@editorasaraiva.com.br
Acesse www.saraivajur.com.br

Filiais

AMAZONAS/RONDÔNIA/RORAIMA/ACRE

Rua Costa Azevedo, 56 – Centro – Fone: (92) 3633-4227 – Fax: (92) 3633-4782 – Manaus

BAHIA/SERGIPE

Rua Agripino Dórea, 23 – Brotas – Fone: (71) 3381-5854 / 3381-5895 – Fax: (71) 3381-0959 – Salvador

BAURU (SÃO PAULO)

Rua Monsenhor Claro, 2-55/2-57 – Centro – Fone: (14) 3234-5643 – Fax: (14) 3234-7401 – Bauru

CEARÁ/PIAUÍ/MARANHÃO

Av. Filomeno Gomes, 670 – Jacarecanga – Fone: (85) 3238-2323 / 3238-1384 – Fax: (85) 3238-1331 – Fortaleza

DISTRITO FEDERAL

SIA/SUL Trecho 2 Lote 850 — Setor de Indústria e Abastecimento – Fone: (61) 3344-2920 / 3344-2951 – Fax: (61) 3344-1709 — Brasília

GOIÁS/TOCANTINS

Av. Independência, 5330 – Setor Aeroporto – Fone: (62) 3225-2882 / 3212-2806 – Fax: (62) 3224-3016 – Goiânia

MATO GROSSO DO SUL/MATO GROSSO

Rua 14 de Julho, 3148 – Centro – Fone: (67) 3382-3682 – Fax: (67) 3382-0112 – Campo Grande

MINAS GERAIS

Rua Além Paraíba, 449 – Lagoinha – Fone: (31) 3429-8300 – Fax: (31) 3429-8310 – Belo Horizonte

PARÁ/AMAPÁ

Travessa Apinagés, 186 – Batista Campos – Fone: (91) 3222-9034 / 3224-9038 – Fax: (91) 3241-0499 – Belém

PARANÁ/SANTA CATARINA

Rua Conselheiro Laurindo, 2895 – Prado Velho –Fone/Fax: (41) 3332-4894 – Curitiba

PERNAMBUCO/PARAÍBA/R. G. DO NORTE/ALAGOAS

Rua Corredor do Bispo, 185 – Boa Vista – Fone: (81) 3421-4246 – Fax: (81) 3421-4510 – Recife

RIBEIRÃO PRETO (SÃO PAULO)

Av. Francisco Junqueira, 1255 – Centro – Fone: (16) 3610-5843 – Fax: (16) 3610-8284 – Ribeirão Preto

RIO DE JANEIRO/ESPÍRITO SANTO

Rua Visconde de Santa Isabel, 113 a 119 – Vila Isabel –Fone: (21) 2577-9494 – Fax: (21) 2577-8867 / 2577-9565 – Rio de Janeiro

RIO GRANDE DO SUL

Av. A. J. Renner, 231 – Farrapos – Fone/Fax: (51) 3371-4001 / 3371-1467 / 3371-1567 –Porto Alegre

SÃO PAULO

Av. Antártica, 92 – Barra Funda – Fone: PABX (11) 3616-3666 – São Paulo

ISBN 978-85-02-17958-5

Pereira, Rodrigo da Cunha Divórcio : teoria e prática / Rodrigo da Cunha Pereira. – 4. ed. de acordo com a Emenda Constitucional n. 66/2010 – São Paulo : Saraiva, 2013.
Bibliografia. 1. Direito de família 2. Divórcio 3. Divórcio - Brasil I. Título.
CDU-347.627.2 (81)

Índice para catálogo sistemático:
1. Brasil : Divórcio : Direito civil 347.627.2(81)

Diretor editorial Luiz Roberto Curia
Gerente de produção editorial Lígia Alves
Editor Jônatas Junqueira de Mello
Assistente editorial Sirlene Miranda de Sales
Produtora editorial Clarissa Boraschi Maria
Arte e diagramação e revisão Ro comunicação
Serviços editoriais Camila Artioli Loureiro e Maria Cecília Coutinho Martins
Capa IDÉE arte e comunicação
Fotos e montagens Adriana Silveirao
Produção gráfica Marli Rampim
Produção eletrônica Ro Comunicação

Data de fechamento da edição: 16-8-2012

Dúvidas?
Acesse www.saraivajur.com.br

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da Editora Saraiva.
A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei n. 9.610/98 e punido pelo artigo 184 do Código Penal.

“O amor, para permanecer o mesmo,deve mudar sempre.”
Platão

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos Advogados que trabalham comigo e colaboraram para a realização e o desenvolvimento deste livro:

Ana Carolina da Cunha Melgaço

Fernanda de Melo Meira

Juliana Vieira Lobato

Mariana Lima Tonussi Rodrigues

Marina Magalhães Moraes

Ronner Botelho Soares

Sandro Antônio de Campos

Agradeço também à minha esposa e amante Adriana Silveira pelas ilustrações contidas neste livro.

Ao meu pai e à minha mãe (in memoriam), que tiveram a sabedoria de superar todas as dificuldades, como o rio que contorna os obstáculos para chegar ao mar, para manter sempre viva a chama da conjugalidade por mais de cinco décadas.

Ao IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família.

ABREVIATURAS E SIGLAS USADAS

AC Apelação Cível
Ac. Acórdão
AI Agravo de Instrumento
AJG Assistência Judiciária Gratuita
Ap. Apelação
Art. Artigo
Arts. Artigos
BGB Código Civil Alemão
C. Cív. Câmara Cível
c.c combinado com
Câm. Câmara
CC Código Civil
CCB Código Civil Brasileiro
CDPriv. Câmara de Direito Privado
Ceja Comissão Estadual Judiciária de Adoção
CF Constituição Federal
CNJ Conselho Nacional de Justiça
Coord. Coordenador
CPC Código de Processo Civil
CRFB/1988 Constituição Federal
Des. Desembargador
Desª. Desembargadora
DJ Diário de Justiça
DJGO Diário de Justiça de Goiás
DJMS Diário de Justiça do Mato Grosso do Sul
DJPR Diário de Justiça do Paraná
DJRJ Diário de Justiça do Rio de Janeiro
DJRS Diário de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
DJSP Diário de Justiça de São Paulo
DJU Diário de Justiça da União

DNA Ácido Desoxirribonucleico
DOU Diário Oficial da União
ECA Estatuto da Criança e do Adolescente
ED Embargos Declaratórios
ED-REsp. Embargos Declaratórios em Recurso Especial
Eg. Egrégio
EI Embargos Infringentes
HC *Habeas Corpus*
IBDFAM Instituto Brasileiro de Direito de Família
Inc. Inciso
J. Julgado
JTJ Julgados do Tribunal de Justiça
LBF Lei do Bem de Família
LD Lei do Divórcio
LINDB Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
LRP Lei de Registros Públicos
M.M. Meritíssimo
Min. Ministro
MP Ministério Público
MS Mandado de Segurança
NCCB Novo Código Civil Brasileiro
p. página
Proc. Processo
Publi. Publicado
R. Retro
RBDFS Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões
RE Recurso Extraordinário
Rel. Relator
Relª. Relatora
REsp. Recurso Especial
RJ Rio de Janeiro
RT Revista dos Tribunais
SP São Paulo
STF Supremo Tribunal Federal
STJ Superior Tribunal de Justiça
T. Turma

Unân. Unânime
V. Volume

ÍNDICE

Prefácio

APRESENTAÇÃO

INTRODUÇÃO

CAPÍTULO 1 - BREVE HISTÓRICO DA INTRODUÇÃO DO DIVÓRCIO NO BRASIL E A MORAL RELIGIOSA

CAPÍTULO 2 - AS MUDANÇAS NA ESTRUTURA JURÍDICA DAS ORGANIZAÇÕES FAMILIARES. A FAMÍLIA ESTÁ EM DESORDEM? UMA PRINCIPIOLOGIA PARA O DIREITO DE FAMÍLIA

CAPÍTULO 3 - DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE E DO VÍNCULO CONJUGAL

3.1. Semelhanças, Diferenças e Inutilidades entre Separação e Divórcio – Os Prazos

3.2. Separação Judicial/Administrativa ainda Vigora no Brasil?A Emenda Constitucional n. 66/2010

3.3. Separação de Fato e seus Efeitos Jurídicos

3.4. Nulidade e Anulação do Casamento

3.5. Dissolução pela Morte, Sobrenome da Viúva e Morte Presumida

3.6. Divórcio Judicial Consensual

3.7. Divórcio Administrativo – Lei n. 11.441/2007

3.8. Divórcio Judicial Litigioso

3.8.1. O amor acaba, existem culpados? Os restos do amor

3.9. Divórcio entre pessoas do mesmo sexo

CAPÍTULO 4 - OS EFEITOS E ASPECTOS PESSOAIS DO DIVÓRCIO

4.1. Uso do Nome de Casado: Resgate da Identidade ou Incorporação do Nome do Outro à Própria Personalidade

4.2. Guarda dos Filhos e Convivência Familiar

4.2.1. Guarda compartilhada ou conjunta

4.2.1.1. Guarda compartilhada no direito comparado

4.2.2. Guarda alternada

4.2.3. Guarda nidal

4.2.4. Guarda unilateral

4.2.5. Guarda deferida a terceiros

4.2.6. Regulamentação da convivência/visitas

4.2.7. Convivência com os avós

4.3. Alienação Parental

4.3.1. Responsabilidade civil na alienação parental

4.4. Abandono Afetivo dos Pais

4.4.1. Paternidade e maternidade como função e o exercício do poder familiar pós-divórcio

4.4.2. As normas jurídicas do compromisso do amor paterno/materno-filial

4.4.3. Indenização pelo abandono afetivo filial e a tríade indenizatória

4.4.4. Monetarizando o afeto?

4.4.5. O abandono afetivo nos tribunais: pai, por que me abandonastes?

CAPÍTULO 5 - OS EFEITOS E ASPECTOS PATRIMONIAIS DO DIVÓRCIO

5.1. Pensão Alimentícia

5.1.1. Obrigação alimentar e dever de sustento

5.1.2. Princípios e características dos alimentos

5.1.2.1. Direito personalíssimo

5.1.2.2. Irrenunciabilidade dos alimentos

5.1.2.3. Intransmissibilidade dos alimentos

5.1.2.4. Indisponibilidade: incedibilidade dos alimentos, impenhorabilidade dos alimentos e incompensabilidade dos alimentos

5.1.2.5. Irrepetibilidade dos alimentos

5.1.2.6. Alternatividade da prestação alimentar ou pensão de forma mista e os indexadores

5.1.2.7. Imprescritibilidade dos alimentos

5.1.2.8. Indivisibilidade e obrigação solidária

5.1.2.9. Da condição ou termo dos alimentos: pensão transitória

5.1.2.10. Revisão e exoneração

5.1.3. Pensão entre ex-cônjuges

5.1.3.1. Alimentos gravídicos

5.1.4. Dispensa e renúncia dos alimentos

5.1.5. A indignidade como causa da extinção da obrigação alimentar

5.1.6. Aplicação da teoria da disregard na apuração

do quantum alimentar

5.1.7. Pensão alimentícia compensatória

5.1.7.1. O princípio da solidariedade, responsabilidade

e dignidade entre os cônjuges divorciandos

5.1.7.2. O princípio, a jurisprudência e a regra da igualdade.

O conteúdo econômico do trabalho doméstico

5.1.7.3. Alimentos compensatórios e regime de bens

5.1.7.4. Natureza jurídica e meios de execução

5.1.7.5. Os sujeitos da pensão compensatória

5.1.7.6. Termo inicial de vigência e termo final da obrigação compensatória

5.1.7.7. Possibilidade de cobrança “post mortem”

5.1.7.8. No direito comparado

5.2. Partilha de Bens

5.2.1. A fraude na partilha de bens

5.2.2. Os frutos do patrimônio conjugal

5.2.3. Perda da meação pelo usucapião familiar:

reflexos da Lei n. 12.424/2011

5.3. Mudança de Regime de Bens e Pactos Pós-Nupciais

CAPÍTULO 6 - DIREITO INTERTEMPORAL – QUESTÕES TRANSITÓRIAS

CAPÍTULO 7 - DIVÓRCIO NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

7.1. Efeitos e Eficácia do Divórcio Estrangeiro no Brasil

7.2. Homologação da Sentença Estrangeira

7.3. Problemas e Questões do Multiculturalismo: Poligamia versus Monogamia; Registro de Casamento e Divórcio de Casais Homoafetivos

CAPÍTULO 8 - DIVÓRCIO NO DIREITO COMPARADO

8.1. Portugal

8.2. Espanha

8.3. Itália

8.4. Alemanha

8.5. França

8.6. Argentina

CAPÍTULO 9 - O PROCESSO JUDICIAL DE DIVÓRCIO

9.1. Divórcio Judicial Consensual

9.2. Divórcio Judicial Litigioso

9.2.1. Revelia

9.2.2. Reconvenção

9.2.3. Cumulação de pedidos dentro da ação de divórcio

9.3. Tutelas de Urgência

9.4. Medidas Cautelares

9.4.1. Separação de corpos

9.4.2. Medida cautelar de sequestro

9.4.3. Arrolamento, bloqueio e descrição de bens do casal

9.4.4. Busca e apreensão

9.4.5. Exibição judicial

9.4.6. Cautelar de alimentos provisionais

9.5. Execução de Alimentos e Processo de Divórcio

9.6. Ação de Prestação de Contas de Alimentos

9.7. Ação de Prestação de Contas da Administração de Bens

9.8. A Flexibilização da Prova nos Processos de Família

CAPÍTULO 10 - MEDIAÇÃO E AUTONOMIA DOS DIVORCIANDOS

CAPÍTULO 11 - MEDIDAS PROTETIVAS E A LEI MARIA DA PENHA

11.1. A Eclosão de Conflitos – Uma Lei só para Mulheres?

11.2. A Lei n. 11.340/2006 e seus Reflexos no Divórcio

ANEXOS

Anexo I

Anexo II

BIBLIOGRAFIA

PREFÁCIO

Claro que não há como recusar o convite de apresentar um livro do Rodrigo – amigo de fé, irmão camarada. Afinal, há muito comungamos das mesmas ideias e ideais. Não foi outro o motivo que nos levou a idealizar o IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família, isso nos idos de 1997.

De lá para cá, muitas coisas mudaram. Surgiu um novo Código Civil, que de novo nada tem. Inclusive já existe um punhado de leis que vem tentando remendá-lo, na tentativa de colocá-lo no rumo da atualidade. Muitas dessas mudanças foram ou propostas ou referendadas pelo Instituto, que passou a ser fonte obrigatória de consulta quando se pensa em agregar algum avanço no sistema legal. Outra não poderia ser a postura do legislador, pois todos reconhecem que o IBDFAM provocou a mais profunda mudança na forma de ver o direito de família, a ponto de ensejar a alteração do próprio nome deste ramo do direito. Passou a ser chamado de Direito das Famílias.

Com a evolução dos costumes, a revolução feminista, a queda do tabu da virgindade e o surgimento dos modernos métodos de reprodução assistida, ocorreu a mais fantástica transformação da própria estrutura da família. Desatrelado o seu conceito da tríade – casamento, sexo e procriação –, foi necessária a busca de um novo referencial que permitisse identificar as inúmeras formas que a família adquiriu. A esta tarefa dedicaram-se todos os que transformaram o IBDFAM no mais importante referencial doutrinário do país.

A nova concepção da família, construída a partir de uma concepção psicossocial, isolou o mais significativo elemento identificador da entidade familiar: o afeto. O descortinar de tal realidade permitiu enlaçar no conceito de família formatações variadas, que, por se afastarem do modelo matrimonializado, desde sempre estiveram à margem do direito. As uniões fora do casamento eram condenadas à invisibilidade, não existindo forma mais perversa de exclusão.

Essas mudanças acabaram colorindo institutos outros, a ponto de provocar o surgimento também de um novo conceito de filiação. Ocorreu a chamada desbiologização da paternidade. Na hora de identificar as relações parentais, a verdade genética cedeu lugar à socioafetividade como elemento prevalente. Os avanços foram de tal ordem que a ausência do comprometimento paterno com a

prole foi identificada como causadora de dano afetivo suscetível de gerar obrigação indenizatória.

As transformações foram tantas e tão arrojadas que os integrantes do IBDFAM chegaram a ser chamados de "um bando de delirantes". Com certeza não há melhor palavra para revelar a identidade de propósitos de quem tem enorme preocupação de perceber o direito sob a ótica do sujeito e ver sua realidade por um viés mais rente à verdade da vida. Certamente é esta afinidade que leva seus membros a se identificarem como "ibedermanos", expressão que evidencia o vínculo fraterno que une a todos.

E ninguém duvida que o grande artífice de todas essas mudanças foi Rodrigo da Cunha Pereira, que, de forma corajosa e desassombrada, buscou na psicanálise a resposta para as situações de vida que o direito não tem ferramentas para responder. Ao sustentar que a família é uma construção cultural, urdida antes e acima do direito, ajudou a desvendar um novo mundo no âmbito das relações familiares. O confronto entre a objetividade da lei e a subjetividade de seus destinatários permite ver a família de uma forma mais universalizada.

E foram dessas intercessões que surgiu a ideia de proceder à releitura da legislação que se encontra muito distante do compromisso ético que o direito não pode abandonar, na vã tentativa de impor o pertencimento às estruturas familiares convencionais. Daí o Estatuto das Famílias, elaborado a muitas mãos, mas sob a batuta de quem teve a coragem de aceitar esse enorme desafio.

No entanto, o desejo de construir um novo arcabouço legal encontrou limites na Constituição Federal, quer ao trazer o conceito de família, quer ao fornecer resistência para a dissolução do casamento. A única saída foi, de forma corajosa, propor a alteração das indigitadas normas constitucionais. Duas foram as propostas elaboradas e encaminhadas pelo IBDFAM. Uma, ainda em tramitação, visa excluir a expressão "homem e mulher" da definição de união estável presente no § 3º do art. 226.

A outra buscou acabar com a dupla via para a dissolução do vínculo conjugal. O Projeto de Emenda Constitucional, que acaba de ser aprovado, deu nova redação ao art. § 6º do mesmo art. 226: *O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio*. Agora, por força da EC n. 66/2010 só existe uma única forma de dissolução do casamento: o divórcio.

A novidade provoca profunda mudança de paradigma do próprio sistema jurídico, espancando de vez a inconstitucionalidade que continha a imposição de prazos e a atribuição de culpas para solver o casamento. Era escancarada a afronta ao princípio da liberdade e de respeito à autonomia da vontade. Ao

depois, a regra limitadora se confrontava com a recomendação constitucional de que seja facilitada a conversão da união estável em casamento. Ora, havendo um interstício durante o qual, mesmo roto o casamento, as pessoas não podiam casar, flagrante o choque entre os dois preceitos.

Finalmente acabou a distinção – sempre difícil de entender – entre dissolução da *sociedade* conjugal provocada pela separação, que somente rompia o casamento, e dissolução do *vínculo* conjugal, que o divórcio, a morte e a desconstituição do casamento nulo ou anulável ensejam.

Com a mudança da norma constitucional, não há necessidade de a mudança ser regulamentada, restando todos os dispositivos da legislação infraconstitucional revogados. Afinal, o divórcio está disciplinado pelo Código Civil e pelos dispositivos que ainda remanescem da Lei do Divórcio. Nem sequer as ações de separação que se encontram em curso podem obter a chancela judicial. O juiz não pode atribuir a alguém estado que não mais encontra previsão no ordenamento jurídico.

Mas as mudanças foram muitas, e tão significativas, que talvez ninguém tenha mais autoridade para analisá-las do que o grande responsável por essa transformação.

O livro *Divórcio – teoria e prática* é mais um pioneirismo de Rodrigo da Cunha Pereira, que, com a sensibilidade e a responsabilidade que lhe são tão peculiares, faz uma análise detida, objetiva, extremamente lúcida e coerente de todas as implicações provocadas pela recente reforma que ele ajudou a construir. Além de uma vista-d'olhos no direito comparado, a obra faz preciosa incursão em todos os institutos que se sujeitam aos reflexos da novidade. Traz também os aspectos processuais e as questões intertemporais que a mudança ensejou, tornando-se uma ferramenta indispensável para se navegar rumo a uma hermenêutica comprometida com a contemporaneidade.

Como tudo o que é novo gera resistências, é certo que vozes discordantes se levantarão na vã tentativa de manter uma duplicidade de procedimentos que, além de produzir desnecessário desgaste ao casal, ao impor duplo procedimento para chegar ao mesmo fim, acaba por abarrotar o Poder Judiciário de ações absolutamente inúteis.

Daí o significado desta obra que, de forma corajosa e pioneira, mostra as repercussões do novo sistema, não só no âmbito do Direito das Famílias, mas principalmente para as pessoas que resgataram a liberdade de decidir sobre suas vidas sem que o Estado tente mantê-las dentro de relações mais do que findas, já dissolvidas pelo fim do afeto.

MARIA BERENICE DIAS
Advogada e Vice-Presidente Nacional do IBDFAM

APRESENTAÇÃO

Já se passaram mais de 30 anos desde que o senador Nelson Carneiro, em 1977, conseguiu introduzir, a duras penas, o instituto do divórcio no ordenamento jurídico brasileiro.

Quando assumi meu segundo mandato junto à Câmara dos Deputados em 2007, tive a oportunidade de apresentar uma Proposta de Emenda à Constituição (PEC), sob inspiração do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), que propunha suprimir o instituto da separação judicial, bem como o prazo de dois anos para o chamado divórcio direto.

Felizmente, logramos êxito e vimos a proposta ser aprovada este ano (2010), com sucesso de votação tanto na Câmara dos Deputados como no Senado Federal.

Muito me orgulha ter sido o interlocutor desta proposta do IBDFAM no Congresso Nacional, juntamente com o deputado federal Antonio Carlos Biscaia (PT-RJ), que, na legislatura anterior, havia também tentado avançar o tema na Câmara.

Agora, muito mais me enche de orgulho ter o privilégio de assinar o prefácio deste livro do brilhante e conceituado advogado Rodrigo da Cunha Pereira, atual presidente do IBDFAM, que trata, justamente, de apresentar aos leitores, estudantes, profissionais e estudiosos da área de Direito de Família um esboço da trajetória do divórcio no Brasil.

Como advogado e militante da área de Direito de Família, e também como filiado ao IBDFAM, acompanho os trabalhos desenvolvidos por este importante Instituto, seu presidente, diretores regionais e consultores. As teses defendidas pelo IBDFAM vão ao encontro da necessidade de se modernizar a legislação referente ao Direito de Família brasileiro. E, nesse caso, não apenas a questão do divórcio, mas também outros temas como o Estatuto das Famílias e a instituição do parto anônimo, para citar apenas alguns, são exemplos de projetos que tramitam no Congresso e que têm a chancela do IBDFAM.

Costumo dizer que as leis são regras de convivência na sociedade e que a boa lei é aquela que vai ao encontro da sociedade e do que ela realmente necessita.

Em relação ao divórcio, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) fez um levantamento, em 2005, que mostra que os cartórios brasileiros

registraram, naquele ano, 251 mil separações ou divórcios, 12,1% a mais do que no ano anterior. Somente os divórcios tiveram acréscimo de 15,5% em relação a 2004, passando de 130.527 para 150.714 casos. Em 2005 foi atingida a maior taxa desde 1995. Com a modernização do mundo e das relações sociais, uma nova ordem se impõe à questão da sociedade conjugal.

Cada vez mais devemos afastar a ingerência do Estado na vida privada das pessoas. Não cabe ao Poder Público dizer se as pessoas devem ou não ficar casadas. Esta é uma decisão de foro íntimo.

Este ano, a aprovação da PEC que implanta o divórcio direto em nosso país foi realmente um marco no Direito de Família pátrio. Isso não teria sido possível se não fossem a abnegação, o comprometimento, a dedicação e a luta do Dr. Rodrigo e de sua gestão democrática junto ao IBDFAM, que a todos envolve em todo o Brasil.

Tenho certeza de que, assim como a PEC, esta obra vai ao encontro da compilação de conhecimentos sobre o assunto, importante para quem transita na área de Direito de Família e para qualquer cidadão que queira estar a par do assunto. Este livro é uma importante contribuição deste conceituado advogado, professor e intelectual da área de Família, a quem o nosso país muito deve, pela disseminação de avançadas teses desta área do Direito.

Sem sombra de dúvida, esta obra passará a constar obrigatoriamente das referências bibliográficas dos cursos de Direito de todo o país, dada a clareza, objetividade e precisão com que o autor escreve sobre o tema.

Faço votos de que esta publicação encontre o sucesso merecido, bem como outras que ainda virão como resultado do importante e pioneiro trabalho desenvolvido pelo IBDFAM.

Sérgio Barradas Carneiro

Deputado Federal pelo PT-BA. Advogado de Direito de Família e filiado ao IBDFAM

INTRODUÇÃO

A DIFÍCIL ARTE DE SE DIVORCIAR E OS RITUAIS DE PASSAGEM

Divórcio de casais não é nada fácil ou simples, mesmo quando consensual. Envolve sempre sofrimento e dor, ainda que tenha um sentido de libertação. O fim da conjugalidade é um momento em que se depara, novamente, com o desamparo estrutural do ser humano. Depara-se consigo mesmo. E constata-se que aquele (a) que se pensava ser o complemento da vida já não sustenta mais esse lugar de tamponamento. O encantamento acabou. O amor perfeito, ou quase perfeito, era pura ilusão, ou simplesmente acabou. Sabe-se, por isso, que o amor perfeito é perfeitamente impossível.

Quando a separação é consensual é possível colocar um ponto-final àquele amor que "era vidro e se quebrou", sofrer menos e proteger mais os filhos das consequências, às vezes maléficas, da separação. O fim da conjugalidade não significa o fim da família, nem o fim da felicidade; pelo contrário, separa-se para ser feliz, para melhorar de vida ou pelo menos ser menos infeliz. Na sociedade do consumo, do espetáculo, até o amor se consome mais rápido. O amor está cada vez mais líquido.[1] É certo que os casais com filhos têm uma responsabilidade maior com a manutenção do vínculo conjugal, mas isso não significa que têm de ficar juntos para sempre em razão deles. Se agissem assim fariam mal a todos os envolvidos. Os filhos estarão melhor à medida que os pais estiverem melhor. A ideia de que filhos de pais separados não são felizes, ou serão problemáticos, não é verdadeira. Do ponto de vista social não há mais o peso do preconceito que recaía sobre eles e sobre as mulheres "desquitadas".

Apesar de toda evolução social, da desestigmatização das separações, da revolução dos costumes, da "liquidez" dos laços amorosos e conjugais, a separação, por mais simples que seja, continua sendo um dos momentos de maior dor e sofrimento, pelo menos para uma das partes. Embora a separação funcione muitas vezes como um remédio, ela é, antes de tudo, a constatação e o encontro

com o desamparo. Afloram-se medos, inseguranças e decepções. São os fantasmas de solidão. Desmonta-se uma estrutura conjugal. É o fim de um sonho. É preciso aprender a se separar sem briga.

O processo judicial litigioso é uma maneira e uma tentativa de não se separar. O casal fica unido pelo litígio em verdadeiras histórias de degradação um do outro. O ódio une mais que o amor. E, assim, permanecem anos e anos utilizando-se do aparelho judiciário para sustentar um "gozo"[2] com o sofrimento. O mais impressionante em um litígio conjugal é que cada parte tem certeza de que está do lado da verdade. Da sua verdade. O litígio, além de ser o sintoma de uma relação mal resolvida, significa também a tentativa, muitas vezes inconsciente, de não perder, embora já tenham perdido: o amor, o respeito e a dignidade. A reivindicação objetiva que surge nos processos litigiosos vem sempre em nome de um direito. Na maioria das vezes isso é uma falácia. É comum o processo judicial ser usado para travestir uma outra cena, que é da ordem da subjetividade. É apenas uma tentativa inconsciente de não se separar. Desta forma, mantém-se o vínculo, até que o Estado-Juiz coloque um ponto-final por meio da sentença que, em última instância, significa: "pare de gozar."

Se o casamento acabou é preciso vivenciar o processo psíquico da separação e depois o processo em seu sentido objetivo, judicial ou extrajudicial. Processo é um caminho percorrido e a percorrer em que as pessoas ao longo deste caminho vão elaborando suas perdas, suas dores, enfim, fazendo um necessário ritual de passagem.

Todas as sociedades humanas, implícita ou explicitamente, para reafirmarem sua estrutura e organização política, social e jurídica, passam por "processos rituais". Para se fazer uma lei, da mais simples à mais importante – a Constituição –, é preciso passar por um processo, um caminho percorrido ou a percorrer. Mas não são só as proposições políticas e sociais que têm seus processos e ritos. As pessoas, individualmente, e para se tornarem sujeitos, estão em permanente processo de crescimento e amadurecimento. Primeiro, o nascimento, um processo muitas vezes acompanhado de dor; depois, o separar-se da mãe e do pai e se tornar adulto.

Toda a nossa vida está entremeada de rituais – aniversários, formaturas, velórios etc. Na religião cristã, o batismo, a crisma e o matrimônio introduzem o sujeito cristão em uma outra fase de sua vida. Como na linguagem e no simbolismo dos mitos, os rituais nos ajudam a representar o indizível.

Os rituais nos ajudam a suportar melhor a passagem de um estado de ser para o outro, introduzindo-nos em uma nova fase, posição social, lugar, idade etc. Para

se passar do estado civil de solteiro ao de casado, é necessário o ato do casamento, portanto, um ritual de passagem. O casamento requer toda uma preparação ritualística, tanto no civil como no religioso: papéis, proclamas, celebração e, muitas vezes, os festejos. Os rituais de passagem são transposições de uma borda a outra, ou seja, de uma posição para outra; significam também um momento da decisão. Decidir pressupõe responsabilidade e, também, ter de deixar algo para trás. Por isso, muitas vezes esses rituais e essas decisões vêm acompanhados de sofrimento. Por um lado significa perder, por outro ganhar.

Na linguagem jurídica, os ritos se traduzem como um processo. Podemos dizer, então, que o processo judicial é um ritual sob o comando do Juiz, o qual ocupa a importante função de representante da lei e simbolicamente também de "um pai", que vem, principalmente, fazer um corte, pôr fim (sentença) a uma demanda, amigável ou litigiosa, instalando uma nova fase na vida das pessoas. Muitas vezes vem também, no litígio conjugal, barrar o desejo desenfreado, o excesso, colocando fim a uma relação doentia, sustentada principalmente pelo ódio.

Um dos mais sofridos e traumáticos ritos de passagem em nossa vida é o da separação conjugal. Alguns não conseguem transpor este ritual e viver o luto necessário. Se o casamento adoeceu é necessário fazer alguma coisa por ele e pelos sujeitos ali envolvidos. Muitos não conseguem fazer um "passe" e percorrer, às vezes, o necessário ritual da separação, entregando-se a uma eterna lamentação e sofrimento. Freud, em sua obra *Luto e melancolia* (1917),[3] ao fazer uma importante diferenciação entre luto e melancolia nos ajuda a compreender melhor o luto como um estado transitório. Segundo ele, os traços da melancolia são um desânimo profundamente penoso, a cessação de interesse pelo mundo externo, a perda da capacidade de amar, a diminuição dos sentimentos de autoestima e o empobrecimento de seu ego, que pode se apresentar também como uma forma de mania. O luto, genericamente, é a reação à perda de um ente querido, é o mundo que se torna vazio e pode ser visto também como um ritual ou processo de passagem necessário à compreensão da perda. Por isso, é importante enterrar nossos mortos e fazer os rituais necessários (velório, cremação, cultos religiosos etc.). O processo judicial de inventário, por exemplo, tem também essa função simbólica: ajudar na elaboração da morte e na passagem pelo luto. É muito comum algumas pessoas não conseguirem dar andamento ou terminar esses processos judiciais, tamanha a dificuldade de lidar com esse luto. Há sempre uma desculpa: não têm tempo, custa caro, falta documento etc., mas, inconscientemente, isso significa mesmo a dificuldade na aceitação da perda.

Cumprir rituais, sair de uma posição de sofrimento, elaborar o luto, significa

tomar as rédeas do próprio destino. É uma decisão entre ser sujeito ou permitir-se ser objeto do desejo. Por isso, os rituais exigem preparação, discernimento e coragem. Mas, ao final, além de fazer uma passagem, uma transposição, podem também servir de elevação da alma, apesar da dor que, muitas vezes, os acompanha. Particularmente, o ritual do divórcio conjugal (ou da extinta separação judicial) que fará a passagem de um estado civil para o outro, apesar do sofrimento, traz consigo o mesmo sentido do casamento, ou seja, as pessoas se casam para serem felizes, e se separam, também, à procura da felicidade.

1 ZYGMUNT, Bauman. Amor *líquido: sobre a fragilidade das relações humanas*. Trad. Carlos Alberto Medeiros, Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004, *passim.*

2 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 61.

3 FREUD, Sigmund. *Luto e melancolia*. Obras Psicológicas Completas. Trad. Themira O. Britto, Paulo H. Britto e Cristiano M. Oiticica, Rio de Janeiro: Imago, 1974, v. XIV, p. 276.

1.

BREVE HISTÓRICO DA INTRODUÇÃO DO DIVÓRCIO NO BRASIL E A MORAL RELIGIOSA

Após muita resistência e várias derrotas legislativas, a Emenda Constitucional do então senador Nelson Carneiro foi aprovada no Congresso Nacional, em 28.06.1977. Sem dúvida alguma, a introdução do divórcio no Brasil foi fruto da sua incansável luta, assim como a Emenda Constitucional n. 66/2010 é fruto do esforço e articulação do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM com o deputado federal Sérgio Barradas Carneiro (PT/BA). O presidente do Brasil daquela época, Ernesto Geisel, deu sua contribuição. Ele não era católico e, certamente, não simpatizava com as forças católicas contrárias ao divórcio. Para que fosse aprovada a Lei n. 6.515, em 26.12.1977, foi necessário fazer algumas concessões, e o divórcio foi dificultado ao máximo: só era possível se divorciar uma única vez, era necessário o prazo de cinco anos de separação de fato para o divórcio direto e três anos para o indireto (ou por conversão). O desquite, embora tivesse mudado o nome para separação judicial, continuaria existindo; afinal, os católicos não deveriam se divorciar. E assim foi mantido o esdrúxulo e inútil instituto da separação judicial. A Constituição da República de 1988, art. 226, § 6º, reproduzindo o sistema dual de dissolução do casamento, repetiu a velha fórmula. Apenas reduziu os prazos para dois anos para a concessão do divórcio direto e de um ano para a conversão da separação judicial em divórcio.

As forças antidivorcistas apregoaram o fim dos casamentos e das famílias com a nova Lei n. 6.515/1977. Como todo moralismo, preferiam manter a hipocrisia a ver a realidade à volta. A resignação histórica das mulheres já não sustentaria mais os casamentos; afinal, deixaram de ser sujeitadas ao marido para serem donas da própria vida, na medida em que se apropriaram do próprio desejo. Compreendeu-se, então, que os casamentos só se sustentam se houver afeto e o desejo em mantê-los, não mais sendo mantidos pelo "sagrado" princípio da indissolubilidade do vínculo conjugal.

Após mais de três décadas de divórcio no Brasil, pode-se constatar que a

família não foi destruída e não piorou em razão dele, mesmo com a elasticização de algumas regras, tais como a possibilidade de se divorciar várias vezes e a diminuição dos seus prazos. Ao contrário, as pessoas estão mais livres e mais autênticas para estabelecerem seus vínculos amorosos e conjugais. A família mudou, o que é certo e visível, mas não está em desordem, muito menos o divórcio é culpado ou responsável por essas transformações.

O divórcio foi introduzido no Brasil em um contexto histórico-político-social em que a liberdade dos sujeitos é a expressão que deve dar o comando, já que a família se despatrimonializou, perdeu sua hierarquia e deixou de ser essencialmente um núcleo econômico e de reprodução. Na verdade, ela ganhou vida, autenticidade, desprendeu-se mais do Estado, e as suas essências reguladoras passaram a ser, principalmente, o amor e o afeto.[1]

É esta evolução histórica, social e política que possibilitou e viabilizou a aprovação da Emenda Constitucional n. 66/2010, facilitando e simplificando o divórcio de casais. Ela é fruto do amadurecimento da sociedade e da evolução do pensamento jurídico. Em outras palavras, significa menor intervenção do Estado na vida privada das pessoas.[2] Afinal, por que o Estado deve estabelecer regras e prazos para o fim do casamento? Embora ele tenha se separado da Igreja pela Constituição de 1891, a dificultação do divórcio era resquício da interferência desta moral religiosa. O Estado precisa estar dissociado das religiões, para que se possa ter boas religiões e liberdade de crer ou não crer e um bom Estado Democrático de Direito.

A luta pelo divórcio no Brasil remonta há quase dois séculos. Ela está inserida no contexto do Estado Democrático de Direito, das garantias dos direitos individuais e da autonomia privada. Por isso pode-se dizer que a Emenda Constitucional n. 66/2010 é o coroamento desta histórica luta. Para se ter uma ideia melhor desta evolução, veja abaixo a cronologia e a trajetória político-social do divórcio no Brasil:

1827 – Com a proclamação da Independência e a instauração da Monarquia (1822-1899), o Brasil permaneceu sob influência direta e incisiva da Igreja, em matéria de casamento. O Decreto de 03.11.1827 firmava a obrigatoriedade das disposições do Concílio de Trento e da Constituição do Arcebispado da Bahia, consolidando a jurisdição eclesiástica nas questões matrimoniais.

1861 – O Decreto n. 1.144, de 11.09.1861 regulou o casamento entre pessoas de seitas dissidentes, de acordo com as prescrições da respectiva religião. A inovação foi passar para a autoridade civil a faculdade de dispensar os impedimentos e a de julgar a nulidade do casamento. No entanto, admitia-se

apenas a separação pessoal. Esta foi a primeira flexibilidade da Igreja Católica.

1891 – Primeira Constituição da República. Separação Igreja/Estado. Diante da persistência da realização exclusiva do casamento católico, já havia sido expedido o Decreto n. 521, em 26 de junho de 1890, dispondo que o casamento civil deveria preceder às cerimônias religiosas de qualquer culto. Foi disciplinada a separação de corpos, sendo indicadas as causas aceitáveis: adultério; sevícia ou injúria grave; abandono voluntário do domicílio conjugal por dois anos contínuos e mútuo consentimento dos cônjuges, se fossem casados há mais de dois anos.

1893 – O Deputado Érico Marinho apresentou ao Parlamento a primeira proposição divorcista.

1900 – O deputado provincial Martinho Garcez ofereceu no Senado projeto de divórcio vincular. A proposição foi repelida.

1901 – O jurista Clóvis Beviláqua apresentou, após seis meses de trabalho, seu projeto de Código Civil. Duramente criticado pelo então senador Rui Barbosa e por vários juristas, seu projeto sofreu várias alterações até sua aprovação em 1916. Tal como no direito anterior, permitia-se o término da sociedade conjugal somente por via do desquite, amigável ou litigioso. A sentença do desquite apenas autorizava a separação dos cônjuges, pondo termo ao regime de bens. No entanto, permanecia o vínculo matrimonial. A enumeração taxativa das causas de desquite foi repetida: adultério, tentativa de morte, sevícia ou injúria grave e abandono voluntário do lar conjugal (art. 317). Foi mantido o desquite por mútuo consentimento (art. 318). A legislação civil inseriu a palavra “desquite” para identificar e diferenciar da simples separação de corpos.

1934 – Segunda Constituição da República: a indissolubilidade do casamento tornou-se preceito constitucional.

1937 – A terceira Constituição da República reiterou que a família é constituída pelo casamento indissolúvel, sem se referir à sua forma (art. 124). O mesmo preceito foi repetido nas Constituições de 1946 e de 1967.

1946 – Ainda na vigência da Constituição de 1946, várias tentativas foram feitas no sentido da introdução do divórcio no Brasil, ainda que de modo indireto. Seria acrescentada uma quinta causa de anulação do casamento por erro essencial, consistente na incompatibilidade entre os cônjuges, com prova de que, decorridos cinco anos da decretação ou homologação do desquite, o casal não restabeleceria a vida conjugal. Foi proposta também emenda constitucional visando suprimir da Constituição a expressão “de vínculo indissolúvel” do casamento civil.

1969 – Na Carta Magna outorgada pelos chefes militares (Emenda Constitucional n. 1/69), qualquer projeto de divórcio somente seria possível com a aprovação de emenda constitucional por dois terços de senadores (44) e de deputados (207).

1975 – Apresentada emenda à Constituição de 1969 (EC n. 5, de 12.03.1975), permitindo a dissolução do vínculo matrimonial após cinco anos de desquite ou sete de separação de fato. Em sessão de 8 de maio de 1975, a emenda obteria maioria de votos (222 contra 149), porém insuficientes para atingir o *quorum* exigido de dois terços.

1977 – O divórcio foi instituído oficialmente com a emenda constitucional número 9, de 28 de junho de 1977, regulamentada pela Lei n. 6.515, de 26 de dezembro do mesmo ano.

1989 – A Lei n. 7.841, de 17.10.1989, revogou o art. 38 da Lei do Divórcio (1977), eliminando a restrição à possibilidade de divórcios sucessivos.

2007 – A Lei n. 11.441, de 4 de janeiro de 2007, estabeleceu que o divórcio e a separação consensuais podem ser requeridos por via administrativa, dispensando a necessidade de intervenção judicial e do Ministério Público, bastando que as partes compareçam aos cartórios de notas, assistidas por um advogado ou defensor público se o casal não tem filhos menores de idade ou incapazes.

2009 – A Lei n. 12.036, de 01 de outubro de 2009, alterou o Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942 – Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, para adequá-lo à Constituição Federal em vigor. A respectiva proposição adequou os prazos na Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, quando do reconhecimento do Divórcio realizado no estrangeiro, passando de 3 anos para 1 ano da data da sentença, salvo se houver sido antecedida de separação judicial por igual prazo.

2010 – Promulgada em 13.07.2010 Emenda Constitucional n. 66, sugerida pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), através do Deputado Sérgio Barradas Carneiro (PT/BA), que dá nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal. O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, sendo suprimido o requisito de prévia separação judicial por mais de um ano ou de comprovada separação de fato por mais de dois anos, extirpando o anacrônico instituto da separação judicial, bem eliminando a discussão de culpa pelo fim do casamento.

1 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 210.

2 (...) Os arranjos familiares, concernentes à intimidade e à vida privada do casal, não devem ser esquadrinhados pelo Direito, em hipóteses não contempladas pelas exceções legais, o que violaria direitos fundamentais enfeixados no art. 5º inc. X, da CF/88 – o direito à reserva da intimidade assim como o da vida privada –, no intuito de impedir que se torne de conhecimento geral a esfera mais interna, de âmbito intangível da liberdade humana, nesta delicada área de manifestação existencial do ser humano (STJ, REsp 1107192/PR, Rel. Min. Massami Uyeda, 3ª turma, public. 27.5.2010).

2.

AS MUDANÇAS NA ESTRUTURA JURÍDICA DAS ORGANIZAÇÕES FAMILIARES. A FAMÍLIA ESTÁ EM DESORDEM? UMA PRINCIPIOLOGIA PARA O DIREITO DE FAMÍLIA

A grande mudança do Direito de Família no Brasil, como em todos os ordenamentos jurídicos ocidentais, não pode ser entendida fora de seu contexto histórico. Essas mudanças estão associadas ao declínio do patriarcalismo, que, por sua vez, tem suas raízes históricas na Revolução Industrial e na Revolução Francesa, que marcaram um novo ciclo histórico: a Idade Contemporânea. A partir daí, o declínio do patriarcalismo começa a se acentuar e surge o movimento feminista, a grande revolução do século XX.[3] No Brasil, esta revolução teve seu marco inicial na década de 1960 do século XX, cujas consequências começaram a dar sinais na legislação sobre a família, especialmente com a Lei n. 4.121/64, denominada "Estatuto da Mulher Casada". Desde então não parou mais. A suposta superioridade masculina ficou abalada com a reivindicação de um lugar de sujeito para as mulheres, não mais assujeitadas ao pai ou ao marido. A conquista por um "lugar ao sol" das mulheres, isto é, de uma condição de sujeito do próprio desejo, abalou a estrutura e a organização da família. Os papéis masculinos e femininos se misturaram e tudo está sendo repensado na organização jurídica da família. Este é um fenômeno que vem acontecendo em todas as organizações jurídicas ocidentais. A legislação, no Brasil em particular, mal tem acompanhado esta evolução, embora o Direito de Família brasileiro esteja, hoje, entre os mais avançados do mundo.

Com todas essas mudanças, especialmente nos costumes e na "liberalização sexual", começou-se a pensar que a família entrou em crise, em desordem. É natural que em meio a um processo histórico, ainda vivenciado, tenhamos um olhar medroso e pessimista frente às mudanças. É compreensível que as coisas novas amedrontem, mas o processo é de evolução histórica, e não de decadência. As turbulências do caminho são decorrências naturais do processo evolutivo

civilizatório.

Não há juristas, demógrafos, sociólogos, antropólogos, economistas ou psicanalistas que tenham uma fórmula certa para dizer ao Direito como legislar essa nova realidade. Como organizar juridicamente a família, se não há mais uma única forma de constituí-la? Ela deixou sua forma singular, e agora é plural, como a Constituição da República de 1988 já expressou em seu artigo 226.

Em meio a este pluralismo de constituição de famílias, e apesar das tentativas de apreensão, sobretudo pelos códigos, muito bem nos lembra o jurista paranaense Luiz Edson Fachin que a realidade se impõe sobre as leis e os códigos:

> (...) mudanças e circunstâncias mais recentes têm contribuído para dissolver a "névoa da hipocrisia" que encobre a negação de efeitos jurídicos. Tais transformações decorrem, dentre outras razões, da alteração da razão de ser das relações familiares, que passam agora a dar origem a um berço de afeto, solidariedade e mútua constituição de uma história em comum.[4]

Famílias monoparentais, recompostas, binucleares, casais com filhos de casamentos anteriores e seus novos filhos, mães criando filhos sem os pais por perto e vice-versa, casais sem filhos, filhos sem pais, meninos de rua e na rua, casais homossexuais, parentalidade socioafetiva, inseminações artificiais, útero de substituição... A lista dos diversos arranjos familiares é grande. Estará mesmo a família pervertida de sua função de célula básica da sociedade? João Paulo Cunha nos diz que a árvore genealógica atualmente tem mais galhos, e estes estão cada vez mais intrincados.

Com isso, os laços de parentesco, por si sós não são garantia de nada. Como dizia Bernard Shaw, ninguém é melhor por ter nascido em determinado país ou família. O nacionalismo doentio, como o familiarismo, é deturpação do valor verdadeiro. Amor não tem genética nem latitude. Ainda que o ambiente do afeto possa ser a estufa de bons sentimentos, ninguém garante que ela vai ser aquecida pelos ares da convenção.[5]

No Direito, hoje, constatamos que a família, além de plural, está em movimento, desenvolvendo-se para a superação de valores e impasses antigos na direção contrária a uma história de infelicidades, como bem realça João Paulo Cunha:

> A economia do desejo pode até ser questionável em sua sede incontornável de prazeres imediatos. Mas talvez seja melhor apostar que homens e mulheres amadurecem na procura do que aceitar sentimentos fenecidos como destino inevitável.[6]

Todas as mudanças na estrutura da organização familiar, cujas raízes vinculam-se ao declínio do patriarcalismo, significam, também, o ápice das rupturas de um processo de dissociação iniciado há muitos séculos, como ajuda a elucidar Michele Perrot:

> Ele está ligado, em particular, ao desenvolvimento do individualismo moderno no século XIX. Um imenso desejo de felicidade, essa felicidade que o revolucionário Saint-Just considerava uma ideia nova na Europa – ser a gente mesmo, escolher sua atividade, sua profissão, seus amores, sua vida, apoderou-se de cada um. Especialmente das categorias mais dominadas da sociedade – os operários, por exemplo – e da família: os jovens, as mulheres.[7]

Com a conquista das mulheres de um lugar de "sujeito de desejo", o princípio da indissolubilidade do casamento ruiu. A resignação histórica das mulheres é que sustentava os casamentos. O fantasma do fim da conjugalidade foi atravessado por uma realidade social, em que imperava a necessidade de que o sustento do laço conjugal estivesse no amor, no afeto e no companheirismo. Aí reside uma das mudanças paradigmáticas e estruturantes do Direito de Família: ela deixou de ser essencialmente um núcleo econômico e de reprodução. Após várias tentativas de aprovação, apesar das forças religiosas em contrário, finalmente foi aprovada no Brasil, em 1977, a Lei do Divórcio. Os casais já não precisavam mais ficar casados a qualquer custo. As mulheres já não estavam mais tão resignadas como nas décadas de 1950 e 1960, do século passado, e se compreendeu que filhos de pais separados não são infelizes ou problemáticos por essa razão e estarão melhores na medida em que os pais estiverem melhores, juntos ou separados. A Lei do Divórcio foi, portanto, um outro marco histórico importante na História do Direito de Família no Brasil. Significou a vitória de um dos princípios basilares do Direito, a liberdade, sobre um princípio que não mais impera em nosso ordenamento jurídico: o da indissolubilidade do vínculo matrimonial. Em linguagem mais atual, na colisão de princípios venceu o de maior valor. Em outras palavras, a Lei do Divórcio foi a derrocada do princípio

da indissolubilidade pelo princípio da liberdade dos sujeitos, um dos pilares da base de sustentação da ciência jurídica.

Em outubro de 1988, com a Constituição da República Federativa do Brasil, ficaram consagrados os princípios fundamentais para o ordenamento jurídico brasileiro. Para o Direito de Família foi uma verdadeira revolução. Foi a partir dessa revolução constitucional que se consolidou toda a evolução deste ramo do direito, e que nos autorizamos a estabelecer os princípios fundamentais para a organização jurídica da família. A partir do "espírito" e dos princípios fundamentais da Constituição da República, entre eles o da cidadania e dignidade da pessoa humana (art. 1º, II e III), rompeu-se definitivamente com as velhas concepções: da ilegitimidade dos filhos, já que todas as formas de filiação foram legitimadas pelo Estado; suposta superioridade do homem sobre a mulher nas relações conjugais; o casamento como única forma de se constituir e legitimar a família. As concepções de inclusão e cidadania instalaram-se definitivamente no Direito de Família, e a maioria das discussões tornou-se uma questão de Direitos Humanos, pois a elas está ligada a ideia de inclusão ou exclusão nas ordens social e jurídica, enfim, a palavra de ordem da contemporaneidade, ou seja, cidadania.[8]

A instalação dos princípios fundamentais da Constituição da República, associada à evolução do pensamento científico e à globalização,[9] tem instigado e impulsionado o aparecimento de uma nova legislação. Após 1988 surgiram importantes leis em resposta aos princípios constitucionais e à demanda e necessidade desse novo tempo: Lei n. 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n. 8.560/92 sobre investigação de paternidade, Leis nos 8.971/94 e 9.278/96 sobre união estável e concubinato. Em janeiro de 2002 foi publicada a Lei n. 10.406, instituindo um novo Código Civil para o Brasil. Apesar dos esforços, este novo texto normativo não conseguiu traduzir todas as novas concepções da atual família brasileira. A discussão sobre isto é longa e passa, inclusive, pela necessidade ou não de um código, e mais uma vez se questiona se o sistema francês da codificação ainda é válido para um momento de instituições civis cada vez mais globalizadas. Edvaldo Brito, ao fazer a nota prévia de *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro*, do Prof. Orlando Gomes, é enfático:

> não há um novo código, mas sim um novo texto para um código antigo, contudo algumas alterações redacionais e tímidas inovações. Não é um novo código porque o texto não é uma obra de criação da comissão que o elaborou, nem

> mesmo de nenhum dos seus membros individualmente. Não é uma consolidação porque não chega a ser uma compilação sistematizando leis preexistentes.

Reitere-se: o novo é o próprio antigo texto de 1916 sobre o qual, portanto, gira o estudo ora reeditado e, perfeitamente elucidativo da origem e da evolução do Direito Civil pátrio.[10]

Independentemente de se considerar o Código Civil brasileiro de 2002 bom ou ruim, avançado ou ultrapassado, é ele o estatuto jurídico que rege as relações civis atualmente. De qualquer forma, várias alterações estão sendo providenciadas para que ele se aproxime um pouco mais do desejável para uma legislação, especialmente na parte referente à família. Entretanto, por mais que se aproxime do desejável, ele jamais será uma fonte satisfatória do Direito. Ele só se aproximará do *ideal* de justiça se estiver em consonância com uma hermenêutica constitucional e de acordo com os princípios gerais do Direito e também com os princípios específicos e particulares do Direito de Família.

Para se fazer uma leitura, ou releitura de um Direito que pretenda traduzir a família contemporânea, ou pós-moderna como dizem alguns, é necessário que as leis estejam em consonância com princípios basilares do Direito de Família, repita-se. Para se compreender tais princípios, e sustentá-los, é necessário que se adote uma hermenêutica contextualizada numa revolução paradigmática.

E esta revolução paradigmática já se fez. Resta compreendê-la melhor para que fique definitivamente inserida na ordem jurídica sobre a família. E para isto uma legislação é insuficiente e jamais traduzirá, por si só, ou mesmo ao lado da doutrina e jurisprudência, todo o espírito do Direito de Família contemporâneo, como bem lembrou Del Vecchio:

> Faz-se necessário, então, buscar nos "Princípios Gerais do Direito" as bases de compreensão e aplicação de um direito mais justo. Se uma lei não estiver em consonância com os princípios gerais do direito os julgamentos não serão verdadeiramente justos. É que "a significação lógica das leis e a sua virtude plasmadora das relações sociais pode ir, e geralmente vai, muito além do que pensaram e previram os que as formavam".[11]

Um dos marcos essenciais da revolução paradigmática no Direito Civil e, em especial no Direito de Família, é a introdução e interferência da Psicanálise no discurso jurídico. Desde que Freud revelou ao mundo a "descoberta" do

inconsciente, fundando a Psicanálise, o pensamento contemporâneo ocidental tomou outro rumo. A consideração do inconsciente revelou um outro sujeito, um "sujeito de desejo". É que os atos e fatos jurídicos não se realizam apenas na ordem da objetividade. Há uma subjetividade, um sujeito inconsciente, que também tem ação determinante nos negócios jurídicos. Em outras palavras, na objetividade dos atos e fatos jurídicos permeia uma subjetividade que não pode mais ser desconsiderada pelo Direito. É esse sujeito do inconsciente, presente na "cena jurídica", que eterniza uma separação litigiosa como uma forma inconsciente de manter a relação. Enquanto isso, mantém-se ligado pelo ódio que, aliás, sustenta o vínculo conjugal tanto quanto ou mais que o amor.

Foi o discurso psicanalítico que introduziu na ciência jurídica uma nova noção de relação conjugal. A consideração do sujeito de desejo fez despertar uma nova consciência sob a não obrigatoriedade dos vínculos conjugais. Podemos dizer, inclusive, que essa nova consciência teve como consequência o surgimento das leis de divórcio nos países do mundo ocidental. O discurso psicanalítico introduziu também uma outra noção de sexualidade. Compreendeu-se que ela é muito mais da ordem do desejo que da genitalidade. É aí que se começam a valorizar os vínculos conjugais sustentados na afetividade. Podemos dizer, então, que esse novo discurso sobre a sexualidade, introduzido por Freud, revalorizou o amor e o afeto. Na esteira dessa evolução e compreensão é que o Direito de Família atribuiu ao afeto um valor jurídico. E é este sentimento, agora como um novo valor jurídico, que tem desinstalado velhas concepções e instalado uma nova ordem jurídica para a família.

A atribuição de categoria jurídica ao afeto redimensiona a tábua axiológica do Direito e nos autoriza a falar sobre uma ética do afeto como um dos sustentáculos e pilares do Direito de Família:

> A vantagem maior do afeto é a possibilidade da realização da ternura na vida de cada um, nos momentos de paz e nas ameaças de conflito. Uma ética que parta desta dimensão e atravesse os caminhos da amizade e da política tem tudo para fazer os homens mais homens. A felicidade segue sendo uma hipótese. Mas uma hipótese real, de um mundo real. E num mundo com essas características, a norma emana da vida e não para a vida. O único sonho universalista num cenário como esse é o da constituição de um universo moral, de uma comunidade ética.[12]

Freud, com a invenção da Psicanálise, foi o grande responsável pela compreensão de um novo discurso sobre o afeto. É a legalidade da subjetividade. Na ciência jurídica, Giorgio Del Vecchio foi um dos pioneiros quando introduziu a noção de ordem psíquica nos fatos jurídicos:

> O direito é, sem dúvida, facto do espírito humano: resulta das persuasões (e estas constituem um facto psíquico) e das apreciações dos homens conviventes. (...) É ainda preciso conhecer a natureza dos processos psíquicos, da actividade do espírito, para compreender a origem do direito. (...). O direito desenvolve-se inteiramente na ordem dos factos psíquicos.[13]

O princípio da afetividade, consequência das mudanças paradigmáticas e interferência do discurso psicanalítico, obriga-nos a pensar um ordenamento jurídico para a família que revalorize e redimensione os "Princípios" como uma fonte do Direito realmente eficaz e de aplicação prática. Organizar e enumerar esses princípios específicos e particulares do Direito de Família, além de fazer-nos compreender melhor a base e estrutura deste ramo do direito, contribuirá para uma hermenêutica que, certamente, estará aproximando o justo do legal. Em outras palavras, o estabelecimento de princípios norteadores específicos para o direito de Família tem a intenção de contribuir na organização do pensamento jurídico, inclusive, para que os julgamentos neste ramo do Direito possam fazer a difícil distinção entre ética e moral, e assim, estar mais próximos do ideal de justiça.[14]





3 CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. “Brazilian family law in the twenty-first century and psychoanalysis”. In: BAINHAM, Andrew (Ed.). *The International survey of family law*. Bristol: Jordan, 2002, p. 77.

4 FACHIN, Luiz Edson. *Direito de família: elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro*, Rio de Janeiro: Renovar. 2003, p. 327.

5 CUNHA, João Paulo. “Quanto menos família melhor”, *Boletim do IBDFAM*, n. 24, p. 5, jan./fev. 2004.

6 CUNHA, João Paulo. “Quanto menos família melhor”, *Boletim do IBDFAM*, n. 24, p. 5, jan./fev. 2004.

7 PERROT, Michele. “O nó e o ninho”, *Revista Veja 25 anos: reflexões para o futuro*, São Paulo: Abril, p. 78, 1993.

8 BARROS, Sérgio Resende de. “Direitos humanos da família: dos fundamentais aos operacionais”. In: GROENINGA, Giselle Câmara; CUNHA PEREIRA, Rodrigo da (Coords.). *Direito de família e psicanálise* – Rumo a uma nova epistemologia, Rio de Janeiro: Imago, 2003, p. 143.

9 Segundo Peter Burke, historiador inglês, o conceito de globalização surgiu nos anos de 1980 e pode ser definido como o processo de contatos cada vez mais intensos entre as diferentes partes do mundo, sejam eles políticos, econômicos ou culturais, gerando uma crescente uniformidade destes sistemas (*Folha de S. Paulo*, Caderno Mais, p. 7, 11.11.2004).

10 BRITO, Edvaldo. “Introdução”. In: GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. VIII.

11 KOHLER, Josef. Über die Interpretation von Gesetzen, in Zeitschrift für das Privat und Öffentliche Recht der Gegenwart, Band XIII, Viena, 1885. *Apud* DEL VECCHIO, Giorgio. *Princípios gerais do direito*. Trad. Fernando de Bragança, Belo Horizonte: Leider, 2003, p. 20.

12 CUNHA, João Paulo. A ética do afeto. In: GROENINGA, Giselle Câmara; CUNHA PEREIRA, Rodrigo da (Coord.). *Direito de família e psicanálise* – Rumo a uma nova epistemologia, Rio de Janeiro: Imago, 2003, p. 86.

13 DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de filosofia do direito*. Trad. Antônio José Brandão, Coimbra: Arménio Amado, 1959, p. 20.

14 CUNHA PEREIRA, Rodrigo. *Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família*, São Paulo: Saraiva, 2. ed., 2012, *passim*.

3.

DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE E DO VÍNCULO CONJUGAL

A primeira Constituição da República, em 1891, foi um marco importante para a laicização e consolidação de um Estado Republicano, ao estabelecer que não haveria mais uma religião oficial, que à época era a católica. Embora a Igreja tenha oficialmente se separado do Estado, a influência católica e a moral judaico-cristã permaneceram ainda fortes por muitos anos, especialmente sobre as formas e os vínculos da constituição de família. Basta lembrar que casamento civil e casamento religioso eram um só. Até hoje, muitas expressões usadas comumente no Direito de Família são de origem ou significado religioso, por exemplo, a palavra matrimônio que traz consigo o sentido de sacramento, esponsais, impedimentos dirimentes etc.[15] Após muita perseverança do então senador Nelson Carneiro, somente em 1977, apesar da resistência das forças religiosas, implementou-se o divórcio no Brasil, com a emenda à Constituição de 28.06.1977, sob o n. 9, depois regulamentada pela Lei n. 6.515, de 26.12.1977, mais conhecida como "lei do divórcio". Era uma lei "tímida", mas, mesmo assim, àquela época apregoaram que ela incitaria o fim da família. Na primeira década seguinte, a Lei do Divórcio sofreu várias modificações "liberalizantes", diminuindo prazos e facilitando a dissolução do casamento. Trinta e três anos depois a Emenda Constitucional n. 66/2010 tirou as amarras do divórcio, demonstrando o amadurecimento da sociedade brasileira e reafirmando a opção republicana laica. A vitória do princípio da liberdade sobre o princípio da indissolubilidade do casamento em 1977, e a Emenda Constitucional n. 66/2010, que dá nova redação ao artigo 226, § 6º, da Constituição da República de 1988, [16] significam a implementação do princípio da menor intervenção estatal, que traz consigo o importante reconhecimento de que as pessoas são responsáveis e devem se responsabilizar por suas escolhas amorosas.

As expressões "sociedade conjugal" e "vínculo conjugal", em sentido mais amplo, significam todos os vínculos conjugais, ou seja, conjugalidade inclui também os vínculos decorrentes da união estável e uniões homoafetivas. Embora a denominação dos sujeitos destas relações sejam companheiros ou conviventes,

enquanto o do casamento seja especificamente cônjuges, a conjugalidade amplia o significado e traz consigo outros significantes.[17] Para manter-se fiel à expressão da lei e ao consagrado costume usarei aqui a expressão "sociedade conjugal" apenas no sentido de casamento. Entretanto, a palavra "conjugalidade" usarei sempre em sentido mais amplo e inclusivo, ou seja, referindo-me a qualquer vínculo afetivo em que se constituiu família.

3.1. **Semelhanças, Diferenças e Inutilidades entre Separação e Divórcio – Os Prazos**

O artigo 2º da Lei n. 6.515/1977 foi reproduzido pelo art. 1.571 do Código Civil de 2002, que assim dispõe:

> Art. 1.571. A sociedade conjugal termina:
> I – pela morte de um cônjuge;
> II – pela nulidade ou anulação do casamento;
> III – pela separação judicial;
> IV – pelo divórcio.
> § 1º O casamento válido só se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio, aplicando-se a presunção estabelecida neste Código quanto ao ausente.
> § 2º Dissolvido o casamento pelo divórcio direto ou por conversão, o cônjuge poderá manter o nome de casado; salvo, no segundo caso, dispondo em contrário a sentença de separação judicial.

Desde a Lei n. 6.515/1977 tem sido feita a distinção entre "terminar" e "dissolver" o casamento. Foi necessário este "jogo" de palavras para dar alguma coerência ao incoerente e inútil instituto da separação judicial. Como já dito, ele veio substituir o desquite para satisfazer àqueles cuja religião não permite o divórcio. Dissolver ou terminar um casamento tem o mesmo sentido: o casamento acabou. A diferença essencial é que não se pode casar quem apenas se separou judicialmente, enquanto com o divórcio é possível casar novamente. Este também é o pensamento de Maria Berenice Dias:[18]

> (...) É um instituto que traz em suas entranhas a marca de conservadorismo atualmente injustificável. É quase um limbo: a pessoa não está mais casada,

> mas não pode casar de novo. Se, em um primeiro momento, para facilitar a aprovação da Lei do Divórcio, foi útil e, quiçá, necessária, hoje inexiste razão para mantê-la (...). Portanto, de todo o inútil, desgastante e oneroso, tanto para o casal, como para o próprio poder Judiciário, impor uma duplicidade de procedimentos para manter, durante o breve período de um ano, uma união que não mais existe, uma sociedade conjugal "finda", mas não "extinta".

Há outras pequenas diferenças: se o cônjuge separado judicialmente morre, o estado civil do cônjuge é viúvo, ao passo que o divorciado continua sendo divorciado; pela Lei n. 6.515/77 não era possível divorciar sem fazer a partilha dos bens, equívoco já corrigido pelo artigo 1.581 do CCB/2002; se os divorciados pretendem reatar o casamento, terão de fazer novo processo de habilitação para o casamento, como se estivessem casando pela primeira vez, enquanto os separados judicialmente podem voltar ao estado civil anterior por meio de uma simples petição ao juiz, conforme dispunha o artigo 1.577 do CCB/2002.

Os prazos para a separação judicial já haviam sofrido algumas alterações com o CCB 2002. Era necessário o prazo de dois anos de casamento para requerer uma separação judicial consensual. Obviamente não havia necessidade de nenhum lapso temporal se a separação fosse litigiosa. Os prazos para o divórcio estavam estabelecidos na Constituição, art. 226, § 6º, e reproduzidos no artigo 1.580 do CCB/2002. Para o divórcio direto era necessária uma separação de fato por mais de dois anos. Para o divórcio indireto, isto é, por conversão, o prazo era de um ano, contado do trânsito em julgado da sentença que decreta a separação judicial ou da data da decisão liminar que houver concedido a separação judicial de corpos. A Emenda Constitucional n. 66/2010, ao dar nova redação ao artigo 226, § 6º, eliminou o requisito do lapso temporal para se requerer divórcio, seja na forma litigiosa ou consensual, além de ter extirpado o requisito da prévia separação judicial para o divórcio e a discussão de culpa.

3.2. **Separação Judicial/Administrativa ainda Vigora no Brasil?A Emenda Constitucional n. 66/2010**

O sistema dual para romper o vínculo legal do casamento, como já se disse, tem suas raízes e justificativas principalmente em uma moral religiosa. Não se justifica mais em um Estado laico manter esta duplicidade de tratamento legal. A

tendência evolutiva dos ordenamentos jurídicos ocidentais é que o Estado interfira cada vez menos na vida privada e na intimidade dos cidadãos. Se não há intervenção do Estado na forma e no modo de as pessoas se casarem, por que ele interfere tanto quando o casamento termina? Os ordenamentos jurídicos de países cuja interferência religiosa é menor não tem em seu corpo normativo a previsão deste sistema dual (cf. Capítulo 8, Divórcio no Direito Comparado).

A moral condutora da manutenção deste arcaico sistema, assim como a da não facilitação do divórcio, é a preservação da família. Pensa-se que se o Estado dificultar ou colocar empecilhos, os cônjuges poderão repensar e não se divorciarem; ou, se apenas se separarem, poderão se arrepender e restabelecerem o vínculo conjugal. Em 1977, o argumento usado para se manter na lei o instituto da separação judicial como alternativa ao divórcio era puramente religioso. Tinha-se a esperança de que os católicos não se divorciariam, apenas se separariam judicialmente. A realidade, diferente do que se temia, foi outra: católicos se divorciam, não houve uma "avalancha" de divórcios, e as famílias não se desestruturaram por isso. Ao contrário, as pessoas passaram a ter mais liberdade e conquistaram o direito de não ficarem casadas. Ora, o verdadeiro sustento do laço conjugal não são as fórmulas jurídicas. O que garante a existência dos vínculos conjugais é o desejo.

É preciso separar o "joio do trigo", para usar uma linguagem bíblica, isto é, se separarmos as razões jurídicas das razões e motivações religiosas, veremos claramente que não faz sentido a manutenção do instituto de separação judicial em nosso ordenamento jurídico. Ele significa mais gastos financeiros, mais desgastes emocionais e contribui para o emperramento do Judiciário, na medida em que significa mais processos desnecessários. Um dos maiores juristas brasileiros, o alagoano Paulo Luiz Netto Lôbo, mesmo antes da aprovação da referida Emenda Constitucional, já era enfático quanto à insustentabilidade dessa duplicidade de tratamento legal:

> (...) A superação do dualismo legal repercute os valores da sociedade brasileira atual, evitando que a intimidade e a vida privada dos cônjuges e de suas famílias sejam reveladas e trazidas ao espaço público dos tribunais, com todo o caudal de constrangimento que provocam, contribuindo para o agravamento de suas crises e dificultando o entendimento necessário para a melhor solução dos problemas decorrentes da separação.[19]

Os professores Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rosenvald, em livro escrito a quatro mãos, também já faziam ferrenha crítica ao sistema binário de dissolução do casamento. Exemplificando com os ordenamentos jurídicos da Áustria, Grã Bretanha e Alemanha, que adotam apenas o divórcio, realçam que é totalmente ilógica a manutenção da separação judicial:

> É evidente a dificuldade conceitual existente em compreender, com precisão, o caráter dualista do sistema de dissolução matrimonial. Não há justificativa lógica em terminar e não dissolver um casamento. Escapa à razoabilidade e viola a própria operabilidade do sistema jurídico.[20]

Realmente não faz mais sentido a manutenção do instituto da Separação Judicial. Foi com este intuito que o Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, apresentou Proposta de Emenda Constitucional – PEC, através do seu sócio, o deputado federal Sérgio Barradas Carneiro (PT/BA), para dar nova redação ao parágrafo § 6º do artigo 226, que em 13 de julho de 2010 se transformou na Emenda Constitucional n. 66, que diz:

> § 6º O casamento pode ser dissolvido pelo divórcio.
> E assim foi abolido o texto:
> (...) após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.

Portanto, o novo texto constitucional suprimiu a prévia separação como requisito para o divórcio, bem como eliminou qualquer prazo para se propor o divórcio, seja judicial seja administrativo (Lei n. 11.441/07). Tendo suprimido tais prazos e o requisito da prévia separação para o divórcio, a Constituição joga por terra aquilo que a melhor doutrina e a mais consistente jurisprudência já vinham reafirmando há muitos anos, a discussão da culpa pelo fim do casamento, aliás, um grande sinal de atraso do ordenamento jurídico brasileiro.

É possível que haja resistência de alguns em entender que a separação judicial foi extinta de nossa organização jurídica. Mas, para estas possíveis resistências, basta lembrar os mais elementares preceitos que sustentam a ciência jurídica: a interpretação da norma deve estar contextualizada, inclusive historicamente. O argumento finalístico é que a Constituição da República extirpou totalmente de seu corpo normativo a única referência que se fazia à separação judicial.

Portanto, ela não apenas retirou os prazos, mas também o requisito obrigatório ou voluntário da prévia separação judicial ao divórcio por conversão. Qual seria o objetivo de se manter vigente a separação judicial se ela não pode mais ser convertida em divórcio? Não há nenhuma razão prática e lógica para sua manutenção. Se alguém insistir em se separar judicialmente, após a Emenda Constitucional n. 66/2010, não poderá transformar mais tal separação em divórcio, se o quiser, terá de propor o divórcio direto. Não podemos perder o contexto, a história e o fim social da anterior redação do § 6º do artigo 226: converter em divórcio a separação judicial. E, se não se pode mais convertê-la em divórcio, ela perde sua razão lógica de existência. O sentido jurídico da manutenção da separação judicial era convertê-la em divórcio, repita-se. Paulo Lôbo, em assertivo e conclusivo texto para a *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, não deixa sombra de dúvidas sobre a extinção do antiquado instituto da separação judicial e das normas infraconstitucionais que a regulavam:

> (...) a Constituição deixou de tutelar a separação judicial. A consequência da extinção da separação judicial é que concomitantemente desapareceu a dissolução da sociedade conjugal, que era a única possível, sem dissolução do vínculo conjugal, até 1977. Com o advento do divórcio, a partir dessa data e até 2009, a dissolução da sociedade conjugal passou a conviver com a dissolução do vínculo conjugal, porque ambas recebiam tutela constitucional explícita. Portanto, não sobrevive qualquer norma infraconstitucional que trate da dissolução da sociedade conjugal isoladamente, por absoluta incompatibilidade com a Constituição, de acordo com a redação atribuída pela PEC do Divórcio. A nova redação do § 6º do art. 226 da Constituição apenas admite a dissolução do vínculo conjugal.[21]

As outras possíveis argumentações são apenas de ordem moral e religiosa. Deve-se respeitar a religião, a crença e as convicções morais. Elas mais que fazem sentido, dão sentido à vida, ajudam a colocar limites, direcionam valores, alimentam esperanças e fé. Entretanto, não podemos misturar Direito com valores morais particulares e religiosos. A história do Direito de Família já nos mostrou todas as injustiças provocadas por esses valores, tais como a exclusão de determinadas categorias do laço social, ilegitimando filhos, famílias, em nome de uma moral sexual civilizatória. Não podemos continuar repetindo essas injustiças. E é, principalmente por isso que os argumentos de ordem moral-religiosa não

podem prescrever as regras jurídicas.

O Direito Civil Constitucional tão bem sustentado pelos juristas Luiz Edson Fachin, Gustavo Tepedino, Paulo Lôbo, Maria Celina Bodin de Moraes, dentre outros[22], vem exatamente na direção que aqui se argumenta, ou seja, a legislação infraconstitucional não pode ter uma força normativa maior que a própria Constituição. Em outras palavras, se o novo texto do § 6º do artigo 226 retirou de seu corpo a expressão "separação judicial", como mantê-la na legislação infraconstitucional? É necessário que se compreenda, de uma vez por todas, que a hermenêutica Constitucional tem de ser colocada em prática, e isso compreende suas contextualizações política e histórica.

A interpretação das normas secundárias, ou seja, da legislação infraconstitucional, deve ser compatível com o comando maior da Carta Política. O conflito com o texto constitucional atua no campo da não recepção. Essa é a posição de nossa Corte Constitucional, em julgamento de 2007, que traduz exatamente essa assertiva: "O conflito de norma com preceito constitucional superveniente resolve-se no campo da não recepção".[23] Vê-se, portanto, mais uma razão da desnecessidade de se manter o instituto da separação judicial, pois, ainda que se admitisse a sua sobrevivência, a norma constitucional permite que os cônjuges atinjam seu objetivo com muito mais simplicidade e vantagem. Ademais, em uma interpretação sistemática não se pode estender o que o comando constitucional restringiu. Toda legislação infraconstitucional deve apresentar compatibilidade e nunca conflito com o texto constitucional. Assim, estão automaticamente revogados os artigos 1.571, III, 1.572, 1.573, 1.574, 1.575, 1.576, 1.577 e 1.578 do Código Civil. Da mesma forma, e pelo mesmo motivo, os artigos da Lei n. 6.015/73 (Lei de Registros Públicos) e da Lei n. 10.406/2002 (Divórcio por Escritura Pública), bem como os artigos adiante mencionados deverão ser lidos desconsiderando-se a expressão "separação judicial", à exceção daqueles que já detinham este estado civil anteriormente a EC n. 66/2010, mantendo seus efeitos para os demais aspectos: 10, I, 25, 27, I, 792, 793, 980, 1.562, 1.571, § 2º, 1.580, 1.583, 1.683, 1.775 e 1.831.

Como se não bastassem todos os princípios jurídicos e argumentativos da extirpação da anacrônica separação judicial, é necessário considerar a pretensão do legislador e o "espírito das leis", como dizia Montesquieu. Isso pode ser constatado na exposição de motivos da referida Emenda Constitucional, que se vê abaixo, *ipsis literis*, que contextualiza e traduz o real e verdadeiro sentido do novo comando constitucional.

> Como corolário do sistema jurídico vigente, constata-se que o instituto da separação judicial perdeu muito da sua relevância, pois deixou de ser a antecâmara e o prelúdio necessário para a sua conversão em divórcio; a opção pelo divórcio direto possível revela-se natural para os cônjuges desavindos, inclusive sob o aspecto econômico, na medida em que lhes resolve em definitivo a sociedade e o vínculo conjugal.
> (...)
> Com efeito, se é verdade que não se sustenta a diferenciação, quanto aos prazos, entre a separação judicial e a separação de fato, tendo em vista a obtenção do divórcio, é verdade ainda mais cristalina que o próprio instituto da separação não se sustenta mais no ordenamento jurídico pátrio.
> De fato, deve-se ter em mente que o antigo desquite, hoje separação judicial, foi mantido no direito brasileiro possível a adoção do divórcio entre nós. Tratou-se de uma fórmula que agradasse àqueles frontalmente contrários à dissolução do vínculo matrimonial, e que, portanto, contentavam-se com a possibilidade de pôr termo, apenas e tão somente, à sociedade conjugal.
> Hoje, contudo, resta claro que a necessidade da separação dos cônjuges, seja judicial ou de fato, como pressuposto para o divórcio apenas protrai a solução definitiva de um casamento malsucedido.
> Deve-se sublinhar que a necessidade de dois processos judiciais distintos apenas redunda em gastos maiores e também em maiores dissabores para os envolvidos, obrigados que se veem a conviver por mais tempo com o assunto penoso da separação – penoso, inclusive, para toda a família, principalmente para os filhos.
> Não menos importante é a constatação prática de que apenas uma parcela realmente ínfima das separações reverte para a reconciliação do casal.
> (...)
> Para esta relatoria, salta aos olhos que os representantes da advocacia, do Poder Judiciário e do Ministério Público foram unânimes em afirmar que *o instituto da separação judicial deve ser suprimido do direito brasileiro*.[24] (Grifo nosso.)

De qualquer forma, o instituto da separação judicial/administrativa, ainda que sobreviva apenas como opção, tende a se tornar “peça de museu”. Afinal, qual o sentido de se chegar ao objetivo de se pôr fim ao casamento passando antes por uma separação judicial/administrativa? Se o motivo é a convicção religiosa, ou mesmo dificuldade de ordem emocional e psíquica, basta que se faça uma separação de corpos, que também pode ser judicial ou administrativa.

Os tribunais brasileiros, inclusive o Superior Tribunal de Justiça têm se posicionado, em sua maioria, pela interpretação sistemática, teológica e histórica da Emenda Constitucional n. 66/2010, pela extinção da separação, como se vê, exemplificamente abaixo:

(...) Assim, para a existência jurídica da união estável, extrai-se o requisito da exclusividade de relacionamento sólido da exegese do § 1º do art. 1.723 do Código Civil de 2002, *fine*, dispositivo **esse que deve ser relido em conformidade com a recente EC n. 66 de 2010, a qual, em boa hora, aboliu a figura da separação judicial** (STJ, Resp n. 912.926 – RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, 4ª turma, pub. 07/06/2011) grifo.[25]

(...) Cabe observar que o caso antecede à EC 66/2010, que modificou o art. 226, § 6º, da CF, extinguindo a figura jurídica da separação judicial, não cabendo assim qualquer discussão sobre questão à luz da legislação infraconstitucional. (...) TJBA, Apelação Cível n. 0037057-3/2003, Rel. Des. Emilio Salomão Pinto Reseda, 5ª Câmara Cível, j. 25/01/2011.

A nova ordem constitucional introduzida pela EC 66/2010, além de suprimir o instituto da separação judicial, também eliminou a necessidade de se aguardar o decurso de prazo como requisito para a propositura de Ação de Divórcio. Tratando-se de norma constitucional de eficácia plena, as alterações introduzidas pela EC 66/2010 têm aplicação imediata, refletindo sobre os efeitos de separação em curso. Apelo conhecido e provido (*TJDF – Apel. Cível: APL 26089422010807001 DF 0026089-42-2010-807.001 – Rel. Ana Maria Duarte Amarante Brito – Civil Public. 07/10/2010, DJ*).

(...) Com a promulgação da Emenda Constitucional n. 66/2010, e a nova redação do § 6º do art. 226 da CF, o instituto da separação judicial não foi recepcionado, mesmo porque não há direito adquirido a instituto jurídico. (...) (TJSP, Agravo de Instrumento n. 990.10.357301-3, Rel. Des. Caetano Lagrasta, 8ª Câmara de Direito Privado, j. 10/11/2010).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIVÓRCIO DIRETO. Impugnação à decisão que determinou que o agravante aditasse a inicial da ação de divórcio direto, com o fim de convertê-la em ação de separação. Procedência do inconformismo, pois com o advento da Emenda Constitucional n. 66 de 2010 o conteúdo do instituto da separação judicial foi esvaziado, não restando margem para sua utilização. Decisão reformada. Recurso provido, para que se dê seguimento ao trâmite da ação de divórcio direto. (TJSP - Agravo de Instrumento n. 0152614-10.2011.8.26.0000 – Barueri – 5ª Câmara de Direito

Privado – Rel. Des. James Siano – DJ 05.09.2011).
(...) O art. 1.124-A do CPC, que autoriza o divórcio consensual e também a separação consensual, esta agora desaparecido à vista da EC 66, de 13-7-2010, ausente filhos menores ou incapazes, utiliza a expressão poderão, demonstrando facultatividade, realizar-se por escritura pública (TJSC, Apelação Cível n. 2010.030837-8, Rel. Des. Cesar Abreu, Câmara Especial Regional de Chapecó, j. 18/10/2010).
(...) A nova ordem constitucional extinguiu a separação judicial do ordenamento jurídico brasileiro, assim como qualquer controvérsia havida entre as partes acerca da culpa pelo desfazimento do matrimônio para fins de decretação do divórcio. (...) TJMG, Apelação Cível n. 1.0701.07.204997-9/001, Relª Desª Teresa Cristina da Cunha Peixoto, 8ª Câmara Cível, pub. 14/09/2011).
(...) Com o advento da emenda constitucional n. 66/2010, o sistema dual (separação e divórcio) de rompimento do vínculo legal da sociedade conjugal, de matizes indiscutivelmente religiosas, foi suplantado em nosso ordenamento, cedendo espaço ao sistema único, mais condizente com o Estado laico aqui adotado. Deste modo, data vênia às posições contrárias, a partir da modificação supra foi extirpada de nosso ordenamento a figura da separação, existindo, tão somente, o divórcio, que não mais apresenta como requisito prévio a separação de fato por mais de 2 (dois) anos ou a decretação da separação judicial. Destarte, considerando-se tais assertivas e em atendimento aos princípios da celeridade e da economia processual, deve ser decretado o divórcio, ainda que o pedido inicial da ação seja de separação, posto que as normas constitucionais são autoaplicáveis. (...) (TJMG, Apelação Cível n. 1.0515.08.034477-0/001, Rel. Des. Mauro Soares de Freitas, 5ª Câmara Cível, pub. 29/09/2011).
(...) Após a EC 66/10 não mais existe no ordenamento jurídico brasileiro o instituto da separação judicial. Não foi delegado ao legislador infraconstitucional poderes para estabelecer qualquer condição que restrinja o direito à ruptura do vínculo conjugal. 3. É possível a alteração, em segundo grau de jurisdição, da ação de separação judicial em ação de divórcio, quando verificado que as partes manifestam o seu interesse em pôr fim ao casamento. 4. Essa alteração também é cabível quando verificado que atende aos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, da economia processual, efetividade da prestação jurisdicional e por se tratar de demanda que envolve direito de família, o que, naturalmente, enseja desgaste emocional e psicológico das partes envolvidas, não sendo viável a simples extinção do processo sem

resolução do mérito para que haja a sua repropositura. (...) (TJDF, Acórdão n. 568131, 20080110004768APC, Rel. Des. Sérgio Rocha, 2ª Turma Cível, julgado em 29/02/2012, DJ 02/03/2012, p. 112).

A proteção da família não mais tem razão no fato milenar de se considerar unidade de produção e reprodução de valores éticos e culturais, mas sim funcionalizada à dignidade de seus membros e ao desenvolvimento da personalidade dos filhos. (...) Dessa forma, diante da revogação do artigo 1.580, §2º do Código Civil, incompatível com o novo regime constitucional, mister a decretação do divórcio (TJSP, Apelação n. 0000527-41.2009.8.26.0032, Rel. Des. Fábio Quadros, 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça, j. 19/01/2012).

O Tribunal de Justiça da Bahia foi o primeiro a estabelecer ato normativo para adequação à EC 66/2010. Por meio do Provimento n. CCI-06/2010 com reedição, alterações ao Provimento n. 04/2007, atualizou e introduziu capítulo de regras para a lavratura de escritura pública de declaração de convivência de união homoafetiva, e, (...) adequou suas disposições à redação dada pela Emenda Constitucional n. 66/10 ao art. 226, § 6º da Constituição Federal, visando sua aplicação no âmbito dos cartórios de serviços notariais das comarcas do interior do Estado da Bahia. Nessa adequação temos: (...) Art. 2º – Suprimir a previsão, no Provimento n. 04/07, de diretrizes, orientações e procedimentos pertinentes à Separação Judicial e ao Restabelecimento da Sociedade Conjugal, conferindo-lhe, para o devido cumprimento pelos Tabelionatos de Notas das comarcas do interior, a redação instituída por este Provimento. (...) Art.15 – Excepcionadas as hipóteses remanescentes de conversão da Separação em Divórcio, não será admitida a lavratura de escritura pública cujo objeto seja, exclusivamente, a Separação Consensual.

3.3. **Separação de Fato e seus Efeitos Jurídicos**

O Código Civil de 2002, parafraseando a Lei do Divórcio de 1977, estabelece que o casamento acaba pela morte de um dos cônjuges, pela nulidade ou anulação, pela separação judicial e pelo divórcio. Em cada uma destas modalidades técnicas está presente o elemento real que verdadeiramente põe fim ao casamento: a separação fática do casal. Se esta realidade fática realmente faz o casamento acabar, não é possível, e muito menos razoável, que ela não seja considerada também, e por si só, como uma realidade jurídica.

De fato, o casamento acaba quando já não há mais comunhão de vida, isto é, o casal já não comunga da mesma cama, da mesma mesa e já tem vidas separadas. Quando o casamento torna-se mera reminiscência cartorial, já não há mais casamento. E, se já não há mais casamento, já não há mais comunhão patrimonial.

Mesmo na vigência do Código Civil de 1916, a doutrina mais abalizada já tinha o entendimento de que a separação de fato significa o fim do casamento, rompendo, consequentemente, com direitos e obrigações, inclusive com o dever de fidelidade:

> E interrompida a convivência conjugal, já impregnada pela certeza de a separação do casal ser irreversível, retroagem no tempo os efeitos econômicos de seu casamento, pois a falta de unidade associativa faz adquirir eloquente sentido de que nesta nova ordem de princípios e de ideias, cada qual dos consortes volta a ter livre administração e disposição de seus bens e que o outro par já não guarda qualquer interesse que possa ser atribuído de eficácia judicial adesiva.[26]

O Código Civil de 2002 ao estabelecer as regras para o regime da participação final dos aquestos menciona expressamente a separação fática como termo final da comunhão patrimonial:

> Art. 1.683 Na dissolução do regime de bens por separação judicial ou por divórcio, verificar-se-á o montante dos aquestos à data em *que cessou a convivência* (Grifo nosso.).

Da mesma forma, o artigo 1.830 do mencionado CCB refere-se à separação fática como elemento exterminativo do direito à herança:

> Art. 1.830 Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente.

Os nossos tribunais, antes e depois do CCB/2002, sempre se posicionaram corroborando e reafirmando a doutrina no sentido de que a separação fática do

casal produz efeitos jurídicos geradores de um termo final da comunhão ou participação patrimonial. Exemplificando:

> Casamento (efeitos jurídicos). Separação de fato (5 anos). Divórcio direto. Partilha (bem adquirido após a separação). Em tal caso, tratando-se de aquisição após a separação de fato, à conta de um só dos cônjuges, que tinha vida em comum com outra mulher, o bem adquirido não se comunica ao outro cônjuge, ainda quando se trate de casamento sob o regime da comunhão universal. Precedentes do STJ: por todos, o REsp. 140.694, *DJ* de 15.12.97. Recurso especial não conhecido (STJ, REsp. 67678/RS Rel. Min. Nilson Naves, public. *DJ* 14.08.2000, p. 163).
> O conjunto de bens adquiridos por um dos cônjuges, após a separação de fato, não se comunica ao outro, não podendo, por isso, ser partilhado. Precedentes. Agravo regimental não provido (STJ, Ag.Rg. no Ag. 682230/SP, Rel. Min. Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), public. *DJ* de 24.06.2009).

Enfim, "a vida como ela é", isto é, a realidade dos fatos é determinante nas relações jurídicas. É a separação de fato que rompe, necessariamente, o casamento, inclusive o regime de bens. Por isso, ela é o marco que finaliza, definitivamente, o estatuto patrimonial, não tendo nenhuma relevância se é prolongada ou não. O mais importante é a certeza do rompimento e não propriamente o prolongamento temporal. A partir daí, portanto, a separação de fato produz efeitos jurídicos, ou seja, com a separação de fato definitiva, seja por decisão conjunta do casal ou mesmo unilateralmente, já não há mais comunhão de afeto e de bens.

Mas não é a simples cessação da coabitação, seja por escolha de morarem em tetos separados, seja por viagens prolongadas, seja por razões profissionais que caracteriza a separação de fato determinante de uma nova relação jurídica. O fato deve ter um estado continuativo e definido na intenção de "oficializarem" o divórcio ou a extinta separação judicial, ainda que depois voltem atrás nesta intenção.

3.4. **Nulidade e Anulação do Casamento**

A nulidade e a anulação estão no elenco das formas do término da sociedade

conjugal. Embora esta matéria não seja objeto direto deste livro, torna-se necessária uma rápida referência, para uma contextualização melhor sobre o divórcio. Uma das diferenças em relação às outras formas descritas no artigo 1.571 do Código Civil é em relação ao estado civil. Todas as outras modalidades criam um novo estado civil para os sujeitos da relação contratual do casamento: viúvo, divorciado, separado judicialmente. Na nulidade e anulação, os cônjuges voltam ao estado anterior, ou seja, solteiros.

As regras para se buscar a nulidade ou a anulação, encontram-se no capítulo da invalidade do casamento, artigos 1.548 a 1.564 do CCB, afinal o que se pretende ao anular, ou se buscar a nulidade do casamento é invalidá-lo ou torná-lo ineficaz. Podemos dizer, então, que invalidade é gênero das espécies nulidade e anulação. A raiz de tais invalidações está no direito canônico[27] e se justificam em razão e alternativa à proibição dos divórcios.

A nulidade do ato jurídico, também denominado de nulidade absoluta ou de pleno direito, conforme lembra o jurista Paulo Luiz Netto Lôbo, é o grau mais elevado da invalidade dos atos jurídicos.[28] Diferentemente da nulidade de outros atos jurídicos, a invalidação do casamento pela via da nulidade não pode ser declarada de ofício pelo Juiz e deve se submeter ao reexame necessário. Alguns atos do casamento nulo podem permanecer, e os sujeitos legitimados ativos são aqueles descritos no artigo 1.549 do CCB 2002, ou seja, por qualquer interessado ou pelo Ministério Público, que deverá atuar necessariamente como fiscal da lei no processo, mesmo que não seja ele o protagonista (art. 82, II, CPC). A nulidade do casamento, como nos demais atos jurídicos, não é automática, isto é, depende de decisão judicial e é imprescritível. As causas ensejadoras da decretação da nulidade são apenas aquelas que infringem preceitos de ordem pública e estão descritas no artigo 1.548, isto é, se o casamento foi contraído pelo enfermo mental sem o necessário discernimento para os atos da vida civil e por infringência a um dos impedimentos matrimoniais. [29] O casamento nulo não produz qualquer efeito jurídico, a não ser uma possível decorrência natural, se prolongada a relação, cuja aquisição patrimonial pode incidir nas regras da união estável.

A anulabilidade, espécie do gênero invalidade (relativa) do casamento, diferentemente da nulidade, só pode ser promovida pelos interessados legitimados, e os efeitos da sentença não retroagem à data da celebração. Os prazos prescricionais estão descritos no artigo 1.560 do CCB: cento e oitenta dias (incisos I, II, IV e V) para incapazes de consentir ou manifestar de modo inequívoco o consentimento; dois anos, se a autoridade celebrante for

incompetente; três anos se a causa for aquela descrita nos incisos do artigo 1.557, ou melhor, se o motivo da anulação estiver relacionado à honra e à boa fama do outro, ignorância de crime inafiançável, defeito físico irremediável ou moléstia grave transmissível que coloque em risco a saúde do outro cônjuge e sua descendência e o desconhecimento de doença mental grave a ponto de tornar insuportável a vida em comum com o cônjuge enganado; quatro anos se houver coação.

No casamento putativo, ou seja, aquele contraído de boa-fé por um ou ambos os cônjuges, embora nulo ou mesmo anulável, produz efeitos quanto a estes e aos filhos, até o dia da sentença anulatória (art. 1.561)[30]. Se somente um dos cônjuges estiver de boa-fé, apenas a esse e aos filhos produzirá os efeitos até o dia da sentença anulatória.

As causas da anulação são aquelas descritas no artigo 1.550, incisos I a VI, do CCB.[31] Em geral, estão relacionadas ao vício do consentimento. Na prática não são muitas as Ações de Anulação (e muito menos de nulidade) de casamento sob o crivo do Judiciário. Primeiro porque com a facilidade e simplificação do divórcio, tornou-se mais fácil pôr fim ao casamento por esta via, já que os processos judiciais para anulação do casamento são muito mais longos e complexos que os do divórcio. Segundo porque a concepção de vício da vontade, que se desdobra e remete aos artigos 1.556[32] e 1.557[33] do CCB, tende a receber uma outra concepção nos ordenamentos jurídicos contemporâneos, contaminados pelas novas noções de família, de sexualidade e de sujeito do inconsciente. Com o desenvolvimento do conceito jurídico de responsabilidade e responsabilização dos sujeitos pelas suas escolhas, inclusive amorosas, o engano na escolha das relações amorosas, ou seja, o vício de consentimento perde cada vez mais o seu caráter de objetividade jurídica e passa a ser reconhecido muito mais na ordem da subjetividade e do inconsciente. A não ser as raras exceções, é incompreensível e inadmissível que alguém hoje em dia se deixe enganar neste aspecto. Pode até ser que um cônjuge não saiba que o outro foi condenado por crime inafiançável, ou desconhecia aspectos de seu passado que, revelados, podem inviabilizar a conjugalidade. Se pensarmos sob o viés da psicanálise, todos, de alguma forma, se casam enganados. É que o outro não é mesmo aquela pessoa que aparenta ser, mas aquilo que se imagina que ele é. Mesmo no divórcio, pelo menos um dos cônjuges traz sempre consigo o sentimento de que foi enganado e que aquela pessoa de quem ele está se divorciando/separando não é a mesma com quem se casou. Em outras palavras, o engano está sempre presente na conjugalidade, pois o outro, geralmente, é apenas um ideal, uma construção

imaginária.

Quando as pessoas estão investindo, construindo um relacionamento e uma conjugalidade aparecem apenas as qualidades. Ninguém vai apresentar-se dizendo os seus defeitos, revelando os seus segredos. Quando o véu da paixão já não encobre mais os defeitos do outro, pensa-se que houve engano, às vezes, um "erro essencial". Desde que o sexo deixou de ser visto apenas para reprodução e deixou de ser "ilegítimo" antes do casamento, os casais passaram a ter experiências positivas no sentido de se revelar melhor um ao outro. Isso aumentou a intimidade e, consequentemente, o "erro quanto à pessoa do outro" diminuiu drasticamente, pois na intimidade do cotidiano é que os defeitos podem ganhar realce.

Anular um casamento significa anular aquele passado como se ele não tivesse existido, o que significa a negação total da realidade. Ora, ainda que se anule um casamento, se se preenchem os requisitos jurídicos para tal, não é saudável "fazer de conta" que aquilo não existiu. Esta negação da realidade, além de não fazer bem para a saúde psíquica dos envolvidos, significa endosso ao descomprometimento e desresponsabilização dos sujeitos. Portanto, e pelo viés da psicanálise, não é nada saudável, muito menos didática, em regra, a anulação de um casamento. É nesse sentido que tais ações judiciais estão cada vez mais em desuso, salvo raras exceções e casos drásticos.

3.5. **Dissolução pela Morte, Sobrenome da Viúva e Morte Presumida**

A morte de um dos cônjuges, segundo dispõe o artigo 1.571 do Código Civil de 2002, repetindo o disposto na Lei do Divórcio (Lei n. 6.515/77), é uma das causas de extinção do vínculo conjugal. Embora isso seja óbvio e natural, faz parte da necessidade de um raciocínio jurídico: do estado civil de casado ao estado de viuvez.

Quando nos referimos à morte, estendemos o raciocínio e a compreensão também para a morte presumida (arts. 6º e 7º do CCB) e a ausência declarada (arts. 22 a 29 do CCB). Ambos os institutos devem ser declarados judicialmente para que tenham a força e a eficácia em dissolver o vínculo do casamento. Entretanto, como direitos e garantias individuais não possuem caráter absoluto.[34] Em situações especiais, a morte presumida pode ocorrer com a respectiva dispensabilidade da decretação de ausência, desde que seja extremamente provável a morte de quem esteja em perigo de vida, ou se alguém, desaparecido

em campanha ou feito prisioneiro, não seja encontrado até dois anos após o término da guerra. Obviamente, depois de esgotadas todas as buscas e averiguações, a sentença deve fixar a data da provável morte, conforme dispõe o parágrafo único do artigo 7º do referido diploma legal.

Se contrair novas núpcias, esse novo casamento não poderá ser tido por inexistente ou nulo, acaso o ausente apareça. Razão plenamente justificável pelo princípio da legalidade previsto em nosso ordenamento jurídico, concretizando que, em matéria de casamento não há nulidade sem previsão legal. Corroborando essa argumentação, Maria Berenice Dias leciona:

> Em face do silêncio da lei, tem-se questionado o que ocorre se o desaparecido aparece. A doutrina diverge, mas, afirmando a lei que a morte presumida do ausente dissolve o vínculo matrimonial (CC, 1.571, § 1º), não há falar em bigamia. O novo casamento do cônjuge do ausente não poderá ser tido por inexistente ou nulo, pois, em matéria de casamento, não há nulidade sem expressa previsão legal.[35]

Logo, nessa hipótese, dissolvido estará o casamento anterior.[36] Aliás, em consonância com a autonomia privada e, sobretudo, com a não intervenção estatal na vida privada, acaso o desaparecido juntamente com sua ex-esposa desejarem reatar, basta que ela se divorcie do marido atual.

O estado civil é determinante de uma situação patrimonial e, portanto, está diretamente relacionado à segurança das relações jurídicas. Aos negócios jurídicos interessa o estado civil dos contratantes, pois é necessário saber se o cônjuge está ou não, em razão do regime de bens, envolvido também naquela relação jurídica. O estado civil de viuvez, portanto, pode alterar, consequentemente, as relações patrimoniais.

Se o estado civil é da mulher, e se ela adotava os “apelidos” do marido falecido, continuará com o sobrenome dele. Entretanto, há muitas situações em que não interessa mais à mulher continuar com aquele sobrenome. Mais que o significado, o nome do ex-marido ou do falecido marido traz consigo um significante.[37] Para se entender melhor o sentido dessas palavras, basta imaginarmos, por exemplo, uma mulher que tenha se casado três vezes, após ter ficado viúva nos dois casamentos anteriores, e ter levado consigo, até o terceiro casamento o sobrenome dos maridos anteriores. Embora os nomes dos ex-maridos possam ter um sentido histórico, não faz nenhum sentido prático, jurídico,

e psiquicamente remete o atrelamento e à conservação dos três maridos. Por essa e outras razões, ou mesmo que seja pelo simples querer, a doutrina e a jurisprudência têm autorizado à viúva, até por analogia ao artigo 1.578 do CCB/2002, a retirada do nome do falecido marido. Veja a título exemplificativo a decisão do Superior Tribunal de Justiça – STJ sobre o assunto:

> Não é irrenunciável o direito ao uso dos apelidos do marido, sendo possível juridicamente o pedido de restabelecimento do nome de solteira, presentes circunstâncias próprias que justifiquem a alteração do registro Recurso especial conhecido e provido (STJ, REsp. 363794/DF, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, public. *DJ* de 30.09.2002, p. 256).

O cônjuge sobrevivo poderá abrir o inventário, ser inventariante, e além da possível meação, dependendo do regime do casamento, será herdeiro dos bens particulares, (artigo 1829 do CCB/2002) e terá direito real de habitação.[38]

Se ao tempo da morte havia processo de separação judicial ou divórcio, consensual ou litigioso, de acordo com o artigo 267, IV, do Código de Processo Civil, tais ações perdem automaticamente seu objeto, e o estado civil passa a ser o de viuvez. Se separados judicialmente, com a morte do ex-cônjuge, o estado civil do sobrevivo é viúvo. Caso assim não fosse, ele estaria sendo condenado a não poder se casar novamente.

Se o cônjuge supérstite for a mulher, ela só poderá se casar novamente após dez meses da morte do ex-cônjuge, conforme dispõe o artigo 1.523, II, combinado com o artigo 1.597 do CCB/2002.

Da mesma forma, há impedimentos para a viúva ou o viúvo se casarem novamente até que se faça inventário de seus bens deixados pelo falecido, de acordo com o artigo 1.523, I. Caso haja casamento, este será obrigatoriamente pelo regime da separação de bens, pelo menos até que se resolva a questão patrimonial do casamento anterior.

3.6. **Divórcio Judicial Consensual**

O divórcio, diferentemente da morte, é um meio voluntário de dissolução do casamento. A Emenda Constitucional n. 66/2010, seguindo uma tendência evolutiva dos ordenamentos jurídicos mais modernos, acabou com o divórcio indireto, ou seja, não há mais conversão da separação judicial em divórcio, como

dizia o suprimido texto constitucional em seu artigo 226, § 6º.[39]

Portanto, para se requerer o divórcio, consensual ou litigioso, não é mais necessário passar pelo "purgatório"[40] da separação judicial. Nosso ordenamento jurídico a partir da referida Emenda Constitucional só admite o divórcio direto. Outra inovação importante trazida pelo novo texto constitucional é que o divórcio pode ser requerido a qualquer tempo. Não é mais necessário que o casamento complete um ano de vida para que se requeira o seu término, como dizia o artigo 1.574[41] do CCB-2002, tacitamente revogado pela referida Emenda Constitucional, e nenhum prazo de separação fática se exige.

A extinção de prazo para se requerer o divórcio foi precedida de muita discussão e controvérsia. Venceu o argumento de que se o Estado não interfere quando as pessoas vão se casar, não pode colocar restrições e dificuldades para quem quer descasar. O argumento contrário, e que dava suporte à sustentação dos prazos, é que eles servem para que os cônjuges reflitam e repensem a decisão da separação, e com isso o Estado estaria protegendo as famílias. Em síntese, o legislador acatou o princípio da menor intervenção estatal, da autonomia privada, da liberdade e da responsabilidade dos sujeitos por suas escolhas. A eliminação dos referidos prazos não acabou com a necessidade e a possibilidade de os casais refletirem esta importante decisão em seus valores. Ao contrário, imprimiu-lhes mais responsabilidade sobre a decisão de pôr fim ao casamento, uma vez que podem fazê-lo a qualquer tempo, e não apenas nos prazos ditados pelo Estado. Caso ocorra o arrependimento e desejarem reconstruir a conjugalidade, basta que os divorciados se casem novamente.

Seja qual for a forma jurídica pela qual o casamento acaba, isto é, pelo divórcio consensual ou litigioso, as cláusulas a serem discutidas e estabelecidas são as mesmas. Para melhor entendimento, classificamos estas cláusulas sob dois aspectos: pessoais e econômicos. Nos aspectos pessoais temos a cláusula relativa à mudança de nome, guarda e convivência familiar; nos aspectos econômicos, a de pensão alimentícia e partilha de bens. Cada uma destas cláusulas pode desdobrar-se e derivar outras, como se verá adiante.

Para que seja possível estabelecer uma discussão saudável em um divórcio consensual é necessário "desmisturar os elementos subjetivos que permeiam a objetividade destas cláusulas. Na maioria das vezes, o litígio se instala em razão da incapacidade de as partes não separarem uma coisa da outra. Do ponto de vista jurídico, divorciar é simples, é raciocínio objetivo e aritmético. Mas, na prática, isso nem sempre acontece. É que as questões de amor e ódio, quando mal resolvidas, atravessam constantemente os elementos objetivos e impedem, ou

dificultam, que se estabeleçam cláusulas estritamente dentro de uma objetividade. Além disso, ou talvez até por isso, a concepção de justo e justiça podem ter ângulos de visão diferentes para cada uma das partes.

A ação de divórcio consensual só pode ser proposta em pedido formulado por ambos os cônjuges, mas em caso de incapacidade, pelo curador, ascendente ou irmão (art. 1.582-CCB-2002[42]), e enquadra-se na categoria especial dos procedimentos voluntários, conforme dispõe o artigo 1.120 e seguintes do Código de Processo Civil. Esclareça-se que, embora o novo texto constitucional tenha revogado tacitamente os artigos do CCB-2002 sobre separação judicial, já que o sistema dual de dissolução do vínculo do casamento não persiste mais entre nós, as regras processuais para o divórcio ainda são as mesmas elencadas para a separação judicial. É que a lei do divórcio não foi revogada expressamente pelo CCB-2002, mas apenas naquilo que o contraria. Assim, o § 2º do artigo 40 das disposições transitórias da Lei n. 6.515/77 determina que o procedimento adotado para o divórcio consensual é o previsto nos referidos artigos 1.120 a 1.124 do Código de Processo Civil.

Na petição não precisa e não devem constar os motivos do divórcio. É necessário estar acompanhada da certidão de casamento e do pacto antenupcial se houver, da certidão de nascimento dos filhos e obrigatoriamente deve constar o acordo relativo à guarda dos filhos e ao regime de visitas,[43] bem como o valor da pensão alimentícia aos filhos e aos cônjuges, ainda que seja para dizer que houve dispensa entre eles (art. 1.121 do CPC). A partilha não é requisito obrigatório do divórcio (§ 1º do artigo 1.121 do CPC). Se não houver filhos menores, o divórcio consensual pode ser realizado, inclusive por escritura pública, conforme dispõe a Lei n. 11.441/07 (ver item 3.7.).

Ao despachar a petição inicial, o Juiz deve designar audiência para ratificar a vontade dos cônjuges e verificar se o estabelecido preserva o melhor interesse dos menores, ouvido o Ministério Público, conforme dispõe o artigo 1.122 do CPC. A Lei n. 11.441/2007, que autoriza a realização de divórcio consensual em cartório, se o casal não tiver filho(s) menor(es), não exige a presença do Ministério Público. Embora a Ação de divórcio seja uma Ação de estado, quando as partes são maiores e capazes, sem filhos menores, o Ministério Público não intervém em tais Ações.

Se uma das partes falecer, após a sentença, e não tiverem pedido a dispensa do prazo recursal, e ainda não tiver decorrido o trânsito em julgado, o cônjuge sobrevivo continuará com seu estado civil anterior, ou seja, casado. É que as sentenças de natureza desconstitutiva produzem seus efeitos com o trânsito em

julgado.[44]

3.7. **Divórcio Administrativo – Lei n. 11.441/2007**

O princípio da menor intervenção estatal na esfera da vida privada e intimidade dos cidadãos ganhou novas regras com a Lei n. 11.441/2007, que veio facilitar e simplificar a dissolução do casamento, inventário e partilha de bens, possibilitando que sejam feitos através de escritura pública se forem consensuais e não tiverem filhos menores. Essa lei deu nova redação aos artigos 982, 983, 1.031, 1.124-A do Código de Processo Civil,[45] instalando assim uma nova maneira de se dissolver o casamento. Com a Emenda Constitucional n. 66/2010, os artigos da referida lei foram parcialmente revogados, pois passaram a contrariar a lei maior. Portanto, o artigo 1.124-A do Código de Processo Civil, cuja nova redação havia sido dada pelo artigo 3º da Lei n. 11.441/07, que deve ser lida e entendida de acordo com as novas disposições constitucionais, ou seja, que o instituto da separação judicial e administrativa não têm mais lugar em nosso ordenamento jurídico, já que a nova redação do § 6º do artigo 226 da Constituição acabou com a prévia separação ao divórcio, a conversão da separação judicial (e obviamente a administrativa) e com todo e qualquer prazo como requisito para se requerer e ser concedido o divórcio.

Embora o divórcio administrativo (ou via cartório) em sua essência guarde estreita similitude com o judicial, é necessário descrever suas peculiaridades, diferenças e características, vantagens e desvantagens em relação à via judicial. Como já se disse acima, o divórcio administrativo, diferentemente do judicial, é de livre escolha das partes e só pode ser feito se for consensual e não tiverem filhos menores ou incapazes. O Ato Administrativo da separação altera o estado civil das pessoas, mas não há intervenção do Ministério Público e não é sigiloso. É necessária a presença de Advogado ou Advogado-Defensor Público.[46]

Uma das primeiras polêmicas surgidas com a Lei n. 11.441/07 foi o nome a ser dado ao estado civil dos separados em cartório de notas, pois, obviamente, não passariam a ser separados judicialmente. Seria “separado juridicamente”, “separado extrajudicialmente”, “separado administrativamente” ou outra denominação qualquer? Mesmo tratando-se de questão transitória, pois a categoria e o estado civil de separado em cartório ou judicialmente tende a desaparecer com o passar do tempo, em razão da referida Emenda Constitucional, é necessário que receba uma nomeação. O estado civil é determinante de uma situação patrimonial e é indicativo de segurança das relações jurídicas. Entendo

mais adequado a nomenclatura “separado administrativamente”, que distingue perfeitamente da forma feita no poder judiciário e informa que foi feita pela administração do cartório de notas. A expressão “separado juridicamente” não traduz tão bem esse estado civil na medida em que se pode entender que a separação de fato do casal, embora não gere um novo estado civil, estabelece uma nova situação jurídica para os cônjuges, inclusive rompendo os deveres conjugais e relação patrimonial (cf. item 3.3.).

As regras, os documentos e o conteúdo do texto do divórcio extrajudicial são praticamente os mesmos do feito pela via judiciária. Em razão das divergências e polêmicas surgidas com a aplicação da Lei n. 11.441/2007, o Conselho Nacional da Justiça – CNJ após ouvir o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, Associação dos Notários e Registradores do Brasil – ANOREG e Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM expediu em 24.04.2007 a Resolução n. 35 disciplinando e dando melhor direção ao inventário, partilha, separação e divórcio. Em consequência da Emenda Constitucional n. 66/2010, o CNJ publicou no DJe em 06.10.10 a Resolução n. 120 fazendo adaptações ao texto da Resolução n. 35/2007, para ficar consonante e entoado com a revogação da separação prévia ao divórcio, eliminação de prazos como pré-requisito para divórcio. Aquele Conselho entendeu, entretanto, que não é competente para se posicionar sobre a extinção da separação judicial ou contrária.

A escritura pública do divórcio, bem como todos os atos nota-riais previstos na Lei n. 11.441/2007 são procedimentos de jurisdição voluntária e podem ser feitos em qualquer tabelião de notas e não seguem as regras de competência do código de processo civil (art. 1º da Resolução 35 CNJ). Para a sua lavratura basta que se apresente a certidão de casamento e o pacto antenupcial, se houver, documento que identifique os divorciandos, o número do CPF, a certidão de nascimento ou qualquer documento que comprove a existência de filhos maiores e capazes (para capacidade basta declaração), documentos relativos à comprovação da titularidade dos bens móveis e imóveis (art. 33). Se os divorciandos não puderem comparecer, poderão se fazer representar por mandatário especialmente constituído para aquele fim através de instrumento público em que se tenha a descrição das cláusulas essenciais, cujo prazo de validade é de trinta dias (art. 36). Se houver bens, e os divorciandos quiserem partilhá-los, seguirão as regras da partilha em inventário extrajudicial dispostas nos artigos 11 a 32, da referida Resolução n. 35/2007 CNJ.[47]

O artigo 46 da Resolução 35/2007 trouxe para a via administrativa as disposições contidas no artigo 1.574, parágrafo único do CCB 2002 e do artigo

34, § 2º, da Lei do Divórcio:

> *O tabelião poderá se negar a lavrar a escritura de separação ou divórcio se houver fundados indícios de prejuízo a um dos cônjuges ou em caso de dúvidas sobre a declaração de vontade, fundamentando a recusa por escrito.*

Se já era questionável a validade desta regra e sua aplicação na via judicial, por atentar contra os princípios da autonomia privada, muito mais o é na via administrativa. Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald, em "Direito das Famílias", são enfáticos quanto ao atentado desta regra à liberdade das partes e enfatiza que tais atos, ou seja, a separação e o divórcio são negócios jurídicos bilaterais e decorrendo da autonomia privada, não podem ser questionados pelo Estado:

> (...) o próprio comando legal (art. 1.124-A, em § 1º) é de clareza solar ao estabelecer que a escritura pública, independe de homologação judicial para que tenha valor de título executivo. Com muito mais razão, pois descabe ao tabelião imiscuir-se na vontade das partes, recusando-se a promover o registro, sob qualquer alegação.[48]

É inquestionável a intervenção excessiva da regra do artigo 46 da mencionada resolução do CNJ. Se as partes são maiores e capazes, são responsáveis e devem ser responsabilizadas pelas suas escolhas e as consequências delas decorrentes. É até possível que um cônjuge, principalmente quando o amor acaba, queira enganar o outro. Mas até que ponto o Estado pode ou deve intervir nesta relação? Esta intervenção, a que atribuo excessiva, acaba funcionando e imprimindo uma desresponsabilização aos sujeitos, na medida em que o Estado (cartório) fique tutelando sua vida e suas escolhas.

A via administrativa do divórcio, a exemplo de outros países, foi bem recepcionada pela maioria dos doutrinadores, embora tenha se formado uma corrente de pensamento sustentando que a via extrajudicial pode propiciar a fraude a terceiros, ou mesmo à parte economicamente mais fraca. Esta é a opinião do jurista gaúcho, Rolf Madaleno:

> Assim fica a critério dos contraentes a escolha de qualquer notário público de todo território brasileiro, e cessar a procura se ausente qualquer óbice para as condições ajustadas para a escritura pública de separação ou divórcios

> extrajudiciais, transitando os contratantes em um terreno perigoso de inevitável fraude aos direitos incidentes sobre alimentos e meação dos cônjuges. Há igualmente sério risco de fraude com relação aos direitos de terceiros contratantes com os consortes, diante da possibilidade de existirem separações ou divórcios de pura fachada, expediente de gaveta, utilizando por casais devedores, que para consumo externo pactuaram a sua separação na defesa dos bens comuns contra credores e execuções, embora continuem convivendo como marido e mulher.[49]

Em que pese a abalizada opinião do competente e experiente Advogado e doutrinador, não podemos concordar. Fraudes e simulações continuarão existindo, independentemente da forma jurídica que se faça o divórcio. Não se pode tolher a liberdade e o avanço legislativo que vem coroar o princípio da menor intervenção estatal em nome de se proteger eventuais fragilidades de uma das partes ou possível fraude a credores. A liberdade estabelecida com a Lei n. 11.441/2007 de se fazer o divórcio em cartório é um facilitador da vida das pessoas e pode ajudar a desafogar o excessivo volume de processos do judiciário, mesmo que em reduzidos números. Maior liberdade pressupõe também maior e mais responsabilidade com a própria autonomia privada. Se houver fraude, erro, inconformismo ou uma enganação qualquer de uma parte à outra, ou das partes a terceiros, o acordo pode ser objeto de questionamento através de Ação Anulatória, conforme dispõem as regras dos artigos 171 e seguintes do Código de Processo Civil.[50] Embora o juízo competente "natural" para questionamentos a respeito de atos notariais seja o de registros públicos, devemos considerar que o objeto do questionamento tem todos os seus atos reflexos no estado civil e na partilha de bens. Portanto, o juízo competente deve ser o da família.[51]

3.8. **Divórcio Judicial Litigioso**

O novo texto constitucional, de 2010, como já se disse, alterou substancialmente as regras e os princípios jurídicos para dissolução do casamento. Não há mais prazo para se colocar fim ao casamento. Não há mais prazos para pleitear o divórcio, seja o consensual seja o litigioso. Basta o elemento volitivo, ou melhor, a vontade e o desejo. Quando o fim do casamento é decisão de ambos os cônjuges, temos aí o divórcio consensual, que pode ser judicial ou administrativo se não tiverem filhos menores.

O divórcio litigioso ocorre, obviamente, quando a decisão e a iniciativa são unilaterais. Mesmo antes do novo texto constitucional já não se discutia a culpa, e o único requisito para o divórcio era o lapso temporal. Provada a separação fática há mais de dois anos, ou um ano da separação judicial, o divórcio era decretado. Se o espírito e o propósito da Emenda Constitucional n. 66/2010 é a simplificação, facilitação, menor intervenção estatal, liberdade e maior autonomia privada, agora, além de não se discutir a culpa, não há mais prazos como requisitos para decretação do divórcio. Basta que um dos cônjuges o requeira, através da ação ordinária, onde nenhuma causa poderá ser invocada. E, assim, ficou para trás um dos grandes sinais de atraso do ordenamento jurídico brasileiro: a busca de um culpado pelo fim da conjugalidade.

O processo litigioso pode envolver outras questões, pessoais e patrimoniais, ou seja, uso do nome de casado (cf. item 4.1.); guarda e convivência familiar (cf. item 4.2.); pensão alimentícia (cf. item 5.1.); e partilha de bens (cf. item 5.2.). Entretanto, a discussão processual dessas decorrências ou consequências do fim do casamento pode desatrelar-se da discussão sobre o vínculo matrimonial. Assim, tais questões, caso o autor prefira, ao invés de trazê-las todas para o mesmo procedimento ordinário previsto no artigo 40, § 3º da Lei n. 6.515/77, poderá fazê-lo em processos autônomos. Por exemplo, alimentos podem ser discutidos em processo sob o rito especial previsto na conhecida Lei de Alimentos n. 5.478/1968; partilha de bens em processo autônomo, como geralmente já se fazia anteriormente (art. 1.581, CCB-2002). Em síntese, instrução probatória em processo de divórcio, se houver, será apenas e tão somente para se demonstrar o *quantum* alimentar, (isto se não optar pela Ação Autônoma do rito especial), sobre quem melhor poderá cuidar do filho e a convivência familiar ou sobre a guarda e partilha de bens. Com a simplificação imposta pelo novo comando constitucional, qualquer ato atentatório contra tal dispositivo que signifique ou implique protelação processual pode ser caracterizado como má-fé em razão da apresentação injustificada ao andamento processual.

O divórcio litigioso pode ser precedido de Ação de Separação de corpos (art. 1.562 do CCB-2002) ou mesmo ser intentada incidentalmente no curso do processo, de acordo com as regras do artigo 888 do CPC. O objetivo desta ação, diferentemente dos propósitos anteriores à reformulação do divórcio pela EC n. 66/2010 é o afastamento de um dos cônjuges do lar conjugal, desde que preencha os requisitos para tal (cf. item 9.4.1.).

Caso o cônjuge tenha sido lesado em seus direitos e quiser discutir, por

exemplo, se houve atos de indignidade (cf. item 5.1.5.) do outro cônjuge que repercutam e tenham efeitos e interferência na verba alimentar, deve fazê-lo em ação própria, já que na discussão da dissolução do vínculo conjugal pelo divórcio não cabe nenhuma alegação de culpa ou responsabilidade. O jurista Paulo Lôbo é enfático e conclusivo ao dizer que o uso da justiça para punir o outro cônjuge não atende aos fins sociais, nem ao bem comum que devem iluminar a decisão judicial e que o Direito de Família realmente deixou para trás essa decepcionante, degradante e inútil discussão de culpa:

> A nova redação da norma constitucional tem a virtude de pôr cobro às exigências de comprovação da culpa do outro cônjuge e de tempo mínimo. O divórcio, em que se convertia a separação judicial litigiosa, contaminava-se dos azedumes e dos ressentimentos decorrentes da imputação de culpa ao outro cônjuge, o que comprometia inevitavelmente o relacionamento pós-conjugal, em detrimento, sobretudo, da formação dos filhos comuns. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro, como "absoluta prioridade" (art. 227 da Constituição), dificilmente consegue ser observado, quando a arena da disputa é alimentada pelas acusações recíprocas, que o regime de imputação de culpa propicia.[52]

3.8.1. O amor acaba, existem culpados? Os restos do amor

O sistema jurídico brasileiro, pelo menos até o advento da Emenda Constitucional n. 66/2010, ajudava a instigar e a sustentar os litígios conjugais, na medida em que se buscava um culpado ou inocente pelo fim do casamento. Brigas e desentendimentos de casal sempre existiram e continuarão existindo. Amor e ódio andam juntos, sustentados pelo desejo. Mas não é necessário que as versões de cada parte sobre o fim do casamento sejam levadas ao judiciário, transformando a história amorosa do ex-casal em histórias de degradação. É muito mais fácil e cômodo atribuir ao outro a culpa pelo fracasso da conjugalidade, pois, assim, o sujeito não se responsabiliza pelos seus atos. O inferno é sempre o outro. Se a vida era a dois, ambos são responsáveis pela manutenção ou pelo fim do relacionamento.

O litígio conjugal é a falência do diálogo e uma forma, às vezes, inconsciente, de sua manutenção. Cada um acredita estar dizendo a verdade e quer que o Estado-Juiz diga quem é o certo ou errado, isto é, quem é culpado e quem é inocente. Anula-se na consciência tudo de bom que houve entre eles, e emergem

predominantemente os rancores e as mágoas. O ódio prevalece sobre o amor, e as pessoas ficam cegas por uma razão, em nome de se buscar direitos. O final é sempre trágico. Não há ganhadores ou perdedores em uma disputa em que se busca um culpado e se perdem a referência e a noção do mal e das marcas indeléveis que o litígio deixa, principalmente nos filhos. Mesmo antes da abolição da culpa pela referida Emenda Constitucional, a melhor doutrina e jurisprudência já tinham entendido a sua inutilidade e que tais discussões além de fomentar o ódio, não devem ter interferência ou chancela do Estado, afinal não há interesse público em se investigar a intimidade de um casal e encontrar culpados ou inocentes. A eliminação da discussão da culpa pelo fim da conjugalidade teve uma evolução gradativa na doutrina e jurisprudência. Até recentemente alguns tribunais chegavam ao cúmulo de não decretar a separação do casal se não se provasse o motivo, e obviamente a culpa.[53] Depois, começou-se a atribuir culpa recíproca.[54] Embora alguns doutrinadores ainda insistam na necessidade de tal discussão, a jurisprudência mais arejada já vinha evoluindo no sentido da eliminação total da culpa, uma vez que ela para nada servia, a não ser sustentar o ódio, que é também um elemento de união do casal. Aliás, une mais que o amor. Já se chegou à conclusão que as funções parentais e funções conjugais não estão, necessariamente, atreladas uma à outra. Em outras palavras, uma boa esposa pode não ser boa mãe e vice-versa, portanto, demonstrar que um dos cônjuges é culpado, foi infiel, deu causa à separação em nada, absolutamente nada, resolve ou melhora a vida do ex-casal. A pensão alimentícia não pode estar vinculada à culpa, sob pena de se condenar alguém a passar fome ou extrema necessidade. Por exemplo, uma mulher que passou 30 anos dedicando-se inteiramente aos filhos e ao marido, e quando o casamento já estava ruim, teve um relacionamento extraconjugal eventual e não tem como se sustentar, não pode deixar de ter pensionamento se o fato da relação extraconjugal for invocado pelo marido para atribuir a ela a culpa pelo fim do casamento. Se este casamento acabou, não foi por culpa desta relação extraconjugal. Aquilo que o Direito alega como causa, na verdade, pode ser a consequência. Veja abaixo, exemplificativamente, duas decisões que bem ilustram a evolução do pensamento que culminou na Emenda Constitucional n. 66/2010:

> (...) Evidenciada a insuportabilidade da vida em comum, e manifestado por ambos os cônjuges, pela ação e reconvenção, o propósito de se separarem, o mais conveniente é reconhecer esse fato e decretar a separação, *sem imputação da causa a qualquer* das partes. Recurso conhecido e provido em parte (STJ, REsp.

467184/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, public. *DJ* 17.02.2003 p. 302). (Grifo nosso.)

(...) A comprovação da culpa na separação judicial tornou-se desnecessária diante dos termos do art. 226, § 6º, da CF/88, que prevê a dissolução do casamento pelo divórcio, fluído o prazo de um ano contado da prévia separação judicial ou separação de fato por mais de dois anos, sem condicionar a comprovação de culpa de qualquer dos cônjuges. O art. 40 da Lei n. 6.515/77 foi alterado pela edição da Lei n. 7.841/89, condicionando o divórcio direto somente ao lapso temporal de dois anos da separação de fato, com a adequação ao preceito constitucional. A redação do art. 5º e seus parágrafos, da Lei n. 6.515/77 quanto à imputação de culpa ao cônjuge deve ser interpretado constitucionalmente com o fito de resguardar o interesse dos filhos e dos próprios cônjuges (TJMG, Apelação. Cível 1.0338.02.005616-8/004, Rel. Cláudio Costa, public. 31.03.2009, *DJ*).

O amor acaba[55]. Talvez o desejo não seja mesmo para sempre em alguns relacionamentos. A efetivação de separação pela via do divórcio é um remédio e um ritual necessário. Às vezes, o divórcio é uma necessidade, às vezes, apenas um desejo. Seja lá como for, não há culpado ou inocente, vilão ou herói. O jurista mineiro João Batista Villela, desde a década de 1970 já tinha essa percepção:

> Vício seriíssimo brasileiro é o de ainda se estruturar sobre o velho e decadente princípio da culpa. De um lado, não cabe ao Estado intervir na intimidade do casal para investigar quem é culpado e quem é inocente nesta ou naquela dificuldade supostamente invencível. (...) Dizer quem é culpado e quem não o é, quando se trata de um relacionamento personalíssimo, íntimo e fortemente interativo como é o conjugal, chegaria a ser pedante, se antes disso não fosse sumariamente ridículo. Nem os cônjuges, eles próprios, terão muitas vezes a consciência precisa de onde reside a causa de seu malogro, quase sempre envolta da obscuridade que, em maior ou menor grau, impregna todas as relações humanas.[56]

Substituir o discurso da culpa pelo discurso da responsabilidade significa a possibilidade do sujeito deparar-se consigo mesmo e entender o próprio desamparo, que é natural de cada ser humano.[57] O amor acaba, mas não precisamos materializá-lo em litígio através de processos judiciais.

A nova redação do artigo 226, § 6º, da Constituição da República, consolidando a evolução doutrinária e jurisprudencial ao eliminar a possibilidade da discussão da culpa[58] pelo fim de um casamento, instala um novo ciclo na história do direito de família no Brasil e propicia a compreensão de que não é necessário fazer do fim do amor uma tragédia, ou pelo menos uma tragédia judicial[59]. A linguagem poética, que está muito mais próxima das "razões" inconscientes e dos verdadeiros motivos do fim da conjugalidade, pode nos aproximar e inspirar melhor esta compreensão, inclusive para evitar as degradantes "estórias" dos restos do amor levados ao judiciário:

> O amor, então, também acaba?
> Não que eu saiba
> O que sei é que se transforma numa matéria-prima
> Que a vida se encarrega de transformar em raiva.
> Ou em rima.[60]

3.9. **Divórcio entre pessoas do mesmo sexo**

O Supremo Tribunal Federal, em 05/05/2011quando do julgamento da ADIn 4277 e ADPF 132 reconheceu as uniões homoafetivas como entidade familiar. Após essa revolução paradigmática de inclusão social, tivemos vários pedidos de conversão dessa união estável em casamento:

> (...) O Supremo Tribunal Federal, em decisão com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, instituiu uma nova entidade familiar– a união homoafetiva– equiparando-a em união estável. Ora, a Constituição Federal determina que seja facilitada a conversão da união estável em casamento. Logo, a união estável homoafetiva deve ter facilitada a sua conversão em casamento (TJPE, 1ª Vara de Família e Registro Civil, Juiz de Direito Clicério Bezerra e Silva, j. 02/08/2011).

O Superior Tribunal de Justiça, por maioria dos votos, deu provimento ao recurso de duas mulheres que pediam para ser habilitadas ao casamento civil.

> (...) Por consequência, o mesmo raciocínio utilizado, tanto pelo STJ quanto pelo Supremo Tribunal Federal (STF), para conceder aos pares homoafetivos

os direitos decorrentes da união estável, deve ser utilizado para lhes franquear a via do casamento civil, mesmo porque é a própria Constituição Federal que determina a facilitação da conversão da união estável em casamento (Ministro Luis Felipe Salomão, STJ, REsp n. 1183378, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª turma, j. 25/10/2011).

Portanto, as regras e os princípios para o Divórcio de casais constituídos por pessoas do mesmo sexo são os mesmos dos casais heteroafetivos.

15 Cf. semelhança entre o código civil com o código canônico, que, em seu título VII – Do Matrimônio, estabelece os seguintes capítulos: I – Do cuidado pastoral e do que deve anteceder à celebração do matrimônio; II – Dos impedimentos dirimentes em geral; III – Dos impedimentos dirimentes em especial; IV – Do consentimento para o matrimônio; V – Da forma de celebração do matrimônio; VI – Dos matrimônios mistos; VII – Da celebração secreta do matrimônio; VIII – Dos efeitos do matrimônio; IX – Da separação dos cônjuges – Da dissolução do vínculo – Da separação com permanência do vínculo; X – Da convalidação do matrimônio.

16 Art. 226, § 6º: O casamento pode ser dissolvido pelo divórcio.

17 O significante, para Saussure, é a representação psíquica como nossos sentidos o percebem, ao passo que o significado é o conceito a que ele corresponde – cf. *Dicionário enciclopédico de psicanálise*. Trad. Vera Ribeiro, Maria Luiza de A. Borges, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1996, p. 472.

18 DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, 5. ed. revista e atualizada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 274.

19 LÔBO, Paulo. *Direito Civil – Famílias*, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 127.

20 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 282.

21 LÔBO, Paulo. "A PEC do Divórcio: consequências jurídicas imediatas". In: *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, vol. 11, p. 05-17, Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, p. 8, ago./set. 2009.

22 Esses são apenas alguns dos autores que entendem não viger mais o sistema bifásico, de extinção da sociedade conjugal e do casamento. As ações em curso de separação judicial, sejam consensuais ou litigiosas, em regra, devem ser extintas sem julgamento de mérito, por impossibilidade jurídica superveniente do pedido, salvo se já houver sentença prolatada. TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. Direito Civil V. 5: Direito de Família. 7ª edição. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012. P. 173. No mesmo sentido de supressão da separação judicial, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho asseveram: (...) Muito bem, a partir da promulgação da Emenda, o instituto da separação judicial desapareceu de nosso sistema e, por consequência, toda a legislação (que o regulava) sucumbiria, sem eficácia, por conta de uma não recepção. Com isso, consideramos tacitamente revogados os arts. 1.572 a 1.578, perdendo sentido também a redação do art. 1.571 no que tange à referência feita ao instituto da separação. GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo Filho. Novo curso de Direito Civil, Volume VI: Direito de Família As

famílias em perspectiva constitucional. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 545.

23 STF, RE 387.271, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 08.08.2007, *DJE* 01.02.2008.

24 Parecer da Comissão Especial quando da análise da PEC 413/2005 e 33/2007 ministrado na Câmara dos Deputados, Diário da Câmara dos Deputados, quinta-feira, 29.11.2007.

25 Nesse mesmo sentido: TJMG, AI n. 1.0382.11.000746-7/001, Rel. Des. Antônio Sérvulo, 6ª Câmara Cível, pub. 26/08/2011; TJMG, Apelação cível n. 1.0290.06.031140-1/001, Rel Des. Bitencourt Marcondes, Rel. p/ Acórdão Fernando Botelho, 8ª Câmara Cível, pub. 31/08/2011; **TJMG**, Apelação Cível n. 1.0079.05.225744-5/001, Rel. Des. Bittencourt Marcondes, 8ª Câmara Cível, pub. 30/05/2011; **TJDF**, 20070610056924APC, Relator Flávio Rostirola, 1ª Turma Cível, julgado em 23/03/2011, DJ 31/03/2011 p. 119**; TJSP**, Processo 011.09.118058-0, Juíza Daniela Maria Cilento Morsello; TJDF, Apelação Cível n. 2008.01.1.122829-4, Rel. Des. Fernando Habibe, 4ª turma, j. 01/06/2011; TJMG, Apelação Cível n. 1.0051.08.022176-8/001, Rel. Vieira de Brito, 8ª Câmara Cível, pub. 26/10/2011.

26 MADALENO, Rolf. *Novas perspectivas no Direito de Família*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 104.

27 Cf. código canônico: Cân. 1.084 – § 1º. A impotência para copular, antecedente e perpétua, absoluta ou relativa, por parte do homem ou da mulher, dirime o matrimônio por sua própria natureza.

Cân. 1.159, § 1º O matrimônio nulo por falta de consentimento se convalida, se a parte que não tinha consentido dá o consentimento, contanto que persevere o consentimento dado pela outra parte. Se a falta de consentimento não se pode provar, basta que a parte, que não tinha consentido, dê o consentimento em particular e em segredo. Se a falta de consentimento se pode provar, é necessário que se dê o consentimento segundo a forma canônica.

28 LÔBO, Paulo. *Direito Civil – Famílias*. São Paulo: Saraiva, p. 100.

29 É imprescritível a ação declaratória de nulidade do casamento contraído pelo enfermo mental sem o necessário discernimento para os atos da vida civil, sendo anulável o casamento realizado por incapaz de consentir ou manifestar, de modo inequívoco, o consentimento, devendo ser observado, nesse caso, o prazo decadencial previsto no art. 1.560, I, do Novo Código Civil (TJMG, Apel. Cível n. 1.0106.06.020387-9/001, Rel. Des. Teresa Cristina da Cunha Peixoto, public. 02.08.2007, *DJ*).

30 Art. 1.561. Embora anulável ou mesmo nulo, se contraído de boa-fé por ambos os cônjuges, o casamento, em relação a estes como aos filhos, produz todos os efeitos até o dia da sentença anulatória. § 1º Se um dos cônjuges estava de boa-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só a ele e aos filhos aproveitarão. § 2º Se ambos os cônjuges estavam de má-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só aos filhos aproveitarão.

31 Art. 1.550. É anulável o casamento:

I – de quem não completou a idade mínima para casar;

II – do menor em idade núbil, quando não autorizado por seu representante legal;

III – por vício da vontade, nos termos dos arts. 1.556 a 1.558;

IV – do incapaz de consentir ou manifestar, de modo inequívoco, o consentimento;

V – realizado pelo mandatário, sem que ele ou o outro contraente soubesse da revogação do mandato, e não sobrevindo coabitação entre os cônjuges;

VI – por incompetência da autoridade celebrante.

32 Art. 1.556. O casamento pode ser anulado por vício da vontade, se houve por parte de um dos nubentes, ao consentir, erro essencial quanto à pessoa do outro.

33 Art. 1.557. Considera-se erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge:

I – o que diz respeito à sua identidade, sua honra e boa fama, sendo esse erro tal que o seu conhecimento ulterior torne insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado;

II – a ignorância de crime, anterior ao casamento, que, por sua natureza, torne insuportável a vida conjugal;

III – a ignorância, anterior ao casamento, de defeito físico irremediável, ou de moléstia grave e transmissível, pelo contágio ou herança, capaz de pôr em risco a saúde do outro cônjuge ou de sua

descendência;

IV – a ignorância, anterior ao casamento, de doença mental grave que, por sua natureza, torne insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado.

34 Os direitos e garantias individuais não têm caráter absoluto. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas – e considerado o substrato ético que as informa –, permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros (STF, MS 23.452, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 16.09.1999, *DJ* de 12.05.2000).

35 DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, 5. ed., revisada e ampliada, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 279.

36 Nesse sentido, ZENO, Veloso. "Novo casamento do cônjuge do ausente", *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, n. 23, p. 53, abr.-maio 2004.

37 Na linguagem psicanalítica, significante é representação psíquica do som, tal como é percebida pelos nossos sentidos. Para Lacan, o significante vai consistir na estrutura sincrônica da linguagem, ao passo que o significado o rege historicamente. In: *Dicionário enciclopédico de psicanálise*. Trad. Vera Ribeiro Maria L. X. de A. Borges, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1996, p. 472.

38 Segundo o artigo 1.831 do Código Civil de 2002, o cônjuge sobrevivente tem direito real de habitação sobre o imóvel em que residia o casal, desde que seja o único dessa natureza que integre o patrimônio comum ou particular do cônjuge falecido. Recurso não conhecido, com ressalva quanto à terminologia (STJ, REsp. 826838/RJ, Rel. Min. Castro Filho, public. *DJ* 16.10.2006, p. 373). A Lei n. 12.195/2010 alterou o artigo 990 do CPC para assegurar ao companheiro sobrevivo o mesmo tratamento conferido ao cônjuge supérstite quanto à nomeação do inventariante.

39 Art. 226, CRFB/1988 – § 6º – O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.

40 Purgatório é o mesmo que purificatório. Na linguagem católica significa lugar de purificação das almas dos justos antes de serem admitidas na bem-aventurança (*Novo dicionário aureliano da língua portuguesa/Aurélio Buarque de Holanda Ferreira*, 3. ed., Curitiba: Positivo, 2004).

41 Art. 1.574, CCB-2002 – Dar-se-á a separação judicial por mútuo consentimento dos cônjuges se forem casados por mais de um ano e o manifestarem perante o juiz, sendo por ele devidamente homologada a convenção.

42 CCB-2002 – Art. 1.582. O pedido de divórcio somente competirá aos cônjuges.

Parágrafo único. Se o cônjuge for incapaz para propor a ação ou defender-se, poderá fazê-lo o curador, o ascendente ou o irmão.

43 Devemos usar a expressão "convivência familiar" ao invés de "visita". A CRFB/1988 previu em seu artigo 227, através do princípio da absoluta prioridade, a expressão "convivência Familiar" que traduz melhor o sentido técnico jurídico da palavra visita. A Lei n. 8.069/1990, mais conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente-ECA, também utiliza tal expressão ao invés de visita.

44 Falecendo o varão, antes de transitada em julgado a decisão que concedeu o divórcio, embora em execução provisória, porque pendente o julgamento de recursos contra os despachos que não admitiram os especiais, o estado civil do cônjuge sobrevivente é de viúva, não de divorciada. Recurso especial conhecido e provido (STJ, REsp. 239195, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, *DJ* de 05.11.2001).

45 Art. 1.124-A. A separação consensual e o divórcio consensual, não havendo filhos menores ou incapazes

do casal e observando os requisitos legais quanto aos prazos, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão às disposições relativas à descrição e a partilha dos bens comuns e a pensão alimentícia e, ainda ao acordo quanto à retomada pelo cônjuge de seu nome de solteiro ou à manutenção do nome adotado quando deu o casamento.

§ 1º A escritura não depende de homologação judicial e constitui título hábil para o registro civil e o registro de imóveis. (Incluído pela Lei n. 11.441, de 2007).

§ 2º O tabelião somente lavrará a escritura se os contratantes estiverem assistidos por advogado comum ou advogados de cada um deles ou por defensor público, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial (Redação dada pela Lei n. 11.965, de 2009).

§ 3º A escritura e os demais atos notariais serão gratuitos àqueles que se declararem pobres sob as penas da lei. (Incluído pela Lei n. 11.441, de 2007).

46 A Lei n. 11.965/2009 deu nova redação aos artigos 982 e 1.124-A do CPC para acrescentar a obrigatoriedade da presença do Defensor Público na lavratura da escritura pública de inventário e de partilha, de separação consensual e de divórcio consensual.

47 Art. 11. É obrigatória a nomeação de interessado, na escritura pública de inventário e partilha, para representar o espólio, com poderes de inventariante, no cumprimento de obrigações ativas ou passivas pendentes, sem necessidade de seguir a ordem prevista no art. 990 do Código de Processo Civil.

Art. 12. Admitem-se inventário e partilha extrajudiciais com viúvo(a) ou herdeiro(s) capazes, inclusive por emancipação, representado(s) por procuração formalizada por instrumento público com poderes especiais, vedada a acumulação de funções de mandatário e de assistente das partes.

Art. 13. A escritura pública pode ser retificada desde que haja o consentimento de todos os interessados. Os erros materiais poderão ser corrigidos, de ofício ou mediante requerimento de qualquer das partes, ou de seu procurador, por averbação à margem do ato notarial ou, não havendo espaço, por escrituração própria lançada no livro das escrituras públicas e anotação remissiva.

Art. 14. Para as verbas previstas na Lei n. 6.858/80, é também admissível a escritura pública de inventário e partilha.

Art. 15. O recolhimento dos tributos incidentes deve anteceder a lavratura da escritura.

Art. 16. É possível a promoção de inventário extrajudicial por cessionário de direitos hereditários, mesmo na hipótese de cessão de parte do acervo, desde que todos os herdeiros estejam presentes e concordes.

Art. 17. Os cônjuges dos herdeiros deverão comparecer ao ato de lavratura da escritura pública de inventário e partilha quando houver renúncia ou algum tipo de partilha que importe em transmissão, exceto se o casamento se der sob o regime da separação absoluta.

Art. 18. O(A) companheiro(a) que tenha direito à sucessão é parte, observada a necessidade de ação judicial se o autor da herança não deixar outro sucessor ou não houver consenso de todos os herdeiros, inclusive quanto ao reconhecimento da união estável.

Art. 19. A meação de companheiro(a) pode ser reconhecida na escritura pública, desde que todos os herdeiros e interessados na herança, absolutamente capazes, estejam de acordo.

Art. 20. As partes e os respectivos cônjuges devem estar, na escritura, nomeados e qualificados (nacionalidade; profissão; idade; estado civil; regime de bens; data do casamento; pacto antenupcial e seu registro imobiliário, se houver; número do documento de identidade; número de inscrição no CPF/MF; domicílio e residência).

Art. 21. A escritura pública de inventário e partilha conterá a qualificação completa do autor da herança; o regime de bens do casamento; pacto antenupcial e seu registro imobiliário, se houver; dia e lugar em que faleceu o autor da herança; data da expedição da certidão de óbito; livro, folha, número do termo e unidade de serviço em que consta o registro do óbito; e a menção ou declaração dos herdeiros de que o autor da herança não deixou testamento e outros herdeiros, sob as penas da lei.

Art. 22. Na lavratura da escritura deverão ser apresentados os seguintes documentos: a) certidão de óbito do autor da herança; b) documento de identidade oficial e CPF das partes e do autor da herança; c) certidão comprobatória do vínculo de parentesco dos herdeiros; d) certidão de casamento do cônjuge

sobrevivente e dos herdeiros casados e pacto antenupcial, se houver; e) certidão de propriedade de bens imóveis e direitos a eles relativos; f) documentos necessários à comprovação da titularidade dos bens móveis e direitos, se houver; g) certidão negativa de tributos e h) Certificado de Cadastro de Imóvel Rural – CCIR, se houver imóvel rural a ser partilhado.

Art. 23. Os documentos apresentados no ato da lavratura da escritura devem ser originais ou em cópias autenticadas, salvo os de identidade das partes, que sempre serão originais.

Art. 24. A escritura pública deverá fazer menção aos documentos apresentados.

Art. 25. É admissível a sobrepartilha por escritura pública, ainda que referente a inventário e partilha judiciais já findos, mesmo que o herdeiro, hoje maior e capaz, fosse menor ou incapaz ao tempo do óbito ou do processo judicial.

Art. 26. Havendo um só herdeiro, maior e capaz, com direito à totalidade da herança, não haverá partilha, lavrando-se a escritura de inventário e adjudicação dos bens.

Art. 27. A existência de credores do espólio não impedirá a realização do inventário e partilha, ou adjudicação, por escritura pública.

Art. 28. É admissível inventário negativo por escritura pública.

Art. 29. É vedada a lavratura de escritura pública de inventário e partilha referente a bens localizados no exterior.

Art. 30. Aplica-se a Lei n. 11.441/07 aos casos de óbitos ocorridos antes de sua vigência.

Art. 31. A escritura pública de inventário e partilha pode ser lavrada a qualquer tempo, cabendo ao tabelião fiscalizar o recolhimento de eventual multa, conforme previsão em legislação tributária estadual e distrital específicas.

Art. 32. O tabelião poderá se negar a lavrar a escritura de inventário ou partilha se houver fundados indícios de fraude ou em caso de dúvidas sobre a declaração de vontade de algum dos herdeiros, fundamentando a recusa por escrito.

48 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 317-318.

49 MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*, 1. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 250.

50 Art. 171. Não se admitem, nos atos e termos, espaços em branco, bem como entrelinhas, emendas ou rasuras, salvo se aqueles forem inutilizados e estas expressamente ressalvadas.

Art. 178. O prazo, estabelecido pela lei ou pelo juiz, é contínuo, não se interrompendo nos feriados.

51 PÓVOA, Maria Luiza. *Separação, Divórcio e inventário por via administrativa*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 15.

52 LÔBO, Paulo. "PEC do Divórcio: Consequências jurídicas imediatas". In: *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, vol. 11, p. 5-17, Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, 2009, p. 9, ago./set. 2009.

53 Ação de separação judicial. Alegação de culpa pelo varão. Ausência de prova. Sentença de improcedência confirmada. Apelo não provido. (...) No entanto, a prova dos autos não é firme o suficiente para decretar a separação do casal (TJSP, Apelação Cível n. 3340794500, 7ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Américo Izidoro Angélico, j. 09.08.2006).

Separação judicial. Culpa do varão. Conduta desonrosa e grave violação dos deveres conjugais. Prova insuficiente. Sentença de improcedência confirmada. Apelo desprovido. (...) A prova dos autos não demonstra a ocorrência nem de conduta desonrosa nem de grave violação dos deveres conjugais, na medida em que as alegadas agressões físicas não foram suficientemente demonstradas, o mesmo se podendo dizer da suposta incompatibilidade de gênios (TJSP, Apelação Cível n. 6694054200, 6ª Câmara de Direito Privado. Rel. Percival Nogueira, j. 15.10.2009).

54 Família. Separação judicial litigiosa. Ausência de prova de culpa. Reconhecimento da culpa recíproca. (...) Nas hipóteses em que o material probatório produzido nos autos não permitir o delineamento da culpa atribuível a cada cônjuge, pela separação, deve ser reconhecida a culpa recíproca pela inviabilidade da

manutenção da vida em comum, decretando-se a separação com fincas na norma do art. 1.573, parágrafo único, do novo Código Civil. (...) Deram parcial provimento (TJMG, Apelação Cível n. 1.0024.05.686849-0/001, Rel. Antônio Sérvulo, public. 15.07.2008).

55 CAMPOS, Paulo Mendes. *O amor acaba*, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999.

56 VILELLA, João Batista. *Separação, Divórcio e Concubinato*, Rio de Janeiro: Arquivos do Ministério da Justiça, 1979, p. 189.

57 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A sexualidade vista pelos Tribunais*, Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 35.

58 (...) Após a entrada em vigor da Emenda Constitucional n. 66/2010, que revogou os dispositivos concernentes à separação judicial, mostra-se inócua a discussão acerca da culpa pela separação do casal. (...) (TJMG, Apelação Cível n.1.0480.08.112169-5/001, Rel. Des. Fernando Botelho, 8ª Câmara Cível, pub. 03/08/2011).

(...) Com o advento da Emenda Constitucional n. 66/10, para a extinção do vínculo conjugal não mais se discute sobre separação sanção ou falência, portanto, considerando a norma inserta no artigo 462 do Código de Processo Civil, para a decretação da separação, não há mais necessidade dos requisitos tempo ou culpa, sob pena de rematada incoerência na medida em que, se para o divórcio, que extingue o vínculo conjugal, não há qualquer requisito, com muito mais razão não se pode exigir qualquer requisito para a separação. V.V.(...) – A separação judicial não é mais possível em nosso ordenamento jurídico devido à promulgação da Emenda Constitucional n. 66/10, norma de eficácia imediata, razão pela qual deve ser extinta a ação, por impossibilidade jurídica superveniente da demanda (TJMG, Apelação Cível n. 1.0079.08.405935-5/001, Rel. Des. Bitencourt Marcondes, Rel. p. Acórdão Fernando Botelho, 8ª Câmara Cível, public. 11/05/2011).

59 A Lei 12.424, de 16 de junho de 2011, instituiu o 'usucapião familiar', estabelecendo a perda da propriedade ao cônjuge que abandonar o lar por mais de 2 anos consecutivos, no caso de imóvel urbano de até 250 m2. Este abandono tem o sentido de responsabilizar e não propriamente culpar quem abandona a família. O Instituto da separação de corpos poderá ser utilizado para afastar a incidência da norma.

60 LEMINSKI, Paulo. *Conselhos e relatos*, São Paulo: Brasiliense, 1983.

4.

OS EFEITOS E ASPECTOS PESSOAIS DO DIVÓRCIO

Para melhor compreensão e organização do raciocínio jurídico, podemos classificar em duas vertentes os efeitos do fim do casamento, seja pela antiga separação judicial / administrativa, seja pelos divórcios judicial ou administrativo: pessoais e patrimoniais.

Os efeitos pessoais, que tanto decorrem do divórcio consensual e litigioso, são aqueles que não se revestem ou não têm caráter ou conteúdo econômico. É a discussão do uso do nome de casado, que até pode ter como consequência um caráter econômico, se a perda do direito de usar o nome do marido afetar suas relações profissionais, mas o seu conteúdo é de ordem pessoal, pois está diretamente vinculado aos direitos da personalidade. A guarda e a convivência familiar, que decorrem não apenas do poder familiar, mas da relação de família ampliada, e do princípio do melhor interesse da criança, já que guarda e convivência podem ser estendidas e ampliadas aos avós, ou mesmo a terceiros para atender o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. E é também com base neste princípio consolidado pela Lei n. 8.069/90, Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, associado ao princípio da dignidade humana e ao mais novo princípio jurídico norteador do Direito de Família, a afetividade, é que surgiram novas categorias jurídicas, como a alienação parental e a responsabilidade civil pelo descumprimento de um dos deveres essenciais da relação paterno-materno/filial, insculpido no artigo 1.634, I,[61] que tem como conteúdo a afetividade.

4.1. **Uso do Nome de Casado: Resgate da Identidade ou Incorporação do Nome do Outro à Própria Personalidade**

Mesmo depois que o uso do nome do marido deixou de ser obrigatório com a Lei n. 6.515/1977 – Lei do Divórcio, muitas mulheres continuaram escolhendo acrescentar ao seu o sobrenome do marido. Embora este costume estivesse cada vez mais em desuso, o CCB/2002, em seu art. 1.565, § 1º, ampliou a possibilidade

de o marido também acrescentar ao seu patronímico o da esposa. A razão e a explicação para esta regra é que no casamento os dois se unem para tornarem uma só pessoa: “uma só carne e um só espírito”, servindo a mudança do nome como um ato simbólico dessa fusão de almas.

Talvez esteja aí o primeiro equívoco. Uma das condições para que seja possível um amor conjugal, nestes tempos em que a mulher, sujeito do próprio desejo, e, portanto, não mais assujeitada ao marido, é exatamente o contrário: é necessário que se mantenha e se conserve as individualidades. Misturar os nomes pode significar mesclar e confundir as identidades. O nome é um dos principais identificadores do sujeito e constitui, por isso mesmo, um dos direitos essenciais da personalidade. Misturá-los significa não preservar a singularidade. Neste sentido, e, na esteira do pensamento psicanalítico, a preservação das individualidades é a primeira regra para a possibilidade do amor conjugal, estando o disposto no artigo 1.565, § 1º, [62] na contramão da história e dos interesses do casamento.

Por outro lado, não se pode negar que fazia parte da cultura brasileira, como em todo o Ocidente, e, de certa forma, ainda faz, embora com menor frequência, a alteração do nome da mulher, de modo que, em grande parte das separações e dos divórcios, esta questão existencial esteve e, ainda, está presente.

Nos divórcios consensuais, pode-se optar por retirar ou manter o patronímico acrescido. Aquelas pessoas que resolvem voltar ao nome de solteira argumentam que isso significa um resgate da individualidade e identidade, servindo também como um marco simbólico do fim do enlace matrimonial, eliminando, por completo, o vínculo. As que decidem pela conservação do nome, especialmente quando o casamento foi mais duradouro, argumentam que tal sobrenome foi essencialmente incorporado à sua personalidade, servindo como elemento identificador da própria pessoa, sem necessariamente relacioná-lo a sua origem, estando, inclusive, estampado na certidão de nascimento e em outros documentos dos descendentes, podendo gerar inúmeros transtornos e constrangimentos, sobretudo em relação aos filhos menores. É que neste aspecto é muito comum esquecerem de averbar a mudança de nome, também, na certidão de nascimento dos filhos.

Antes da EC n. 66/2010, era possível discutir sobre a mudança do nome em dois momentos distintos: por ocasião da separação judicial e, posteriormente, na sua conversão em divórcio.[63] Assim, se os cônjuges, ao se separarem, optassem por não alterar o sobrenome, não haveria óbice que o fizessem ao se divorciar.

Não mais existindo o sistema binário de dissolução conjugal, a ação de

divórcio será o momento adequado para a definição desse aspecto pessoal do rompimento conjugal. Entretanto, é possível, mesmo após o divórcio, voltar a mulher a usar o nome de solteira.[64]

A alteração constitucional também extirpa do ordenamento jurídico a possibilidade de se discutir a culpa pelo fim do casamento, o que, nos últimos anos já vinha sendo refutado pelos tribunais brasileiros. Assim, se antes, era facultado ao cônjuge "inocente" requerer que o "culpado" perdesse o direito de usar o seu sobrenome – o que era deferido se não se enquadrasse nas hipóteses elencadas no artigo 1.578 do Código Civil, agora, não mais poderá se valer de tal culpabilidade.

Com o casamento, o cônjuge não empresta simplesmente o seu nome ao outro que o acresce, de modo a se poder exigir que aquele que teve o nome modificado pelo enlace conjugal o altere novamente por ocasião do divórcio. Se assim fosse, estaríamos retrocedendo ao tempo em que a mulher era assujeitada, tida como propriedade masculina, ficando à mercê dos mandos e desmandos do marido. Aquele que optou por incorporar o sobrenome do cônjuge ao seu, terá, ao se divorciar, a opção de decidir se com ele permanece ou dele se desfaz, já que o nome, à luz da psicanálise, retrata não só a identidade social, mas, principalmente, a subjetiva, permitindo que nos reconheçamos enquanto sujeitos e nos identifiquemos jurídica e socialmente. Doutrina e jurisprudência coadunam do mesmo entendimento:

> O sobrenome de casada, saliente-se, é sobrenome da mulher, por força de faculdade de escolha, apenas a ela conferida, de acrescentar aos seus os apelidos do marido. A toda evidência, sua supressão, já não mais submetida a qualquer ideia de culpa, somente pode depender daquela mesma faculdade, utilizada agora, se ela assim o desejar, no sentido contrário, isto é, no sentido de renunciar ao nome que em razão do vínculo voluntariamente acrescentara ao seu.[65]
>
> Independente de o nome ser o da família em que foi registrada ou o que optou por usar em decorrência do casamento, o fato é que o nome é dela e somente a ela pertence. A partir da alteração operada por ocasião do casamento, só a própria mulher poderá dispor do nome, que não identifica mais o patronímico do marido, identifica o nome da mulher, seu nome, sua identidade, que é atributo da personalidade.[66]

Decidindo-se pela volta do uso do nome de solteira, tal pedido pode ser feito nos próprios autos do divórcio para que se expeça o competente mandado de averbação do nome da mãe e/ou do pai ou de ambos junto ao assento de nascimento dos filhos, conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

> A dificuldade de identificação em virtude de a genitora haver optado pelo nome de solteira após a separação judicial enseja a concessão de tutela judicial a fim de que o novo patronímico materno seja averbado no assento de nascimento, quando existente justo motivo e ausentes prejuízos a terceiros, ofensa à ordem pública e aos bons costumes.
> II – É inerente à dignidade da pessoa humana a necessidade de que os documentos oficiais de identificação reflitam a veracidade dos fatos da vida, de modo que, havendo lei que autoriza a averbação, no assento de nascimento do filho, do novo patronímico materno em virtude de casamento, não é razoável admitir-se óbice, consubstanciado na falta de autorização legal, para viabilizar providência idêntica, mas em situação oposta e correlata (separação e divórcio).[67]
> Não há como negar a uma criança o direito de ter alterado seu registro de nascimento para que dele conste o mais fiel retrato da sua identidade, sem descurar que uma das expressões concretas do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana é justamente ter direito ao nome, nele compreendido o prenome e o nome patronímico.
> É conferido ao menor o direito a que seja acrescido ao seu nome o patronímico da genitora se, quando do registro do nascimento, apenas o sobrenome do pai havia sido registrado.
> É admissível a alteração no registro de nascimento do filho para a averbação do nome de sua mãe que, após a separação judicial, voltou a usar o nome de solteira; para tanto, devem ser preenchidos dois requisitos: (i) justo motivo; (ii) inexistência de prejuízos para terceiros.[68]

Tal diligência se mostra prudente, já que a documentação pessoal se presta a viabilizar a identificação dos cidadãos e refletir fielmente a realidade, pois o nome e a filiação estão intrinsecamente atrelados à personalidade, constituindo e desconstituindo direitos e deveres.

4.2. **Guarda dos Filhos e Convivência Familiar**

Certamente a mais importante decorrência do divórcio é a guarda dos filhos e a nova convivência familiar após o término do vínculo conjugal. Nosso sistema jurídico determina que a ruptura da conjugalidade não pode significar também ruptura dos vínculos entre a criança ou o adolescente e seus pais. O menor deve ser tratado como pessoa em formação, sujeito de direito e não um objeto de negociação. A Constituição da República estabeleceu uma série de deveres para a família, principalmente no tocante às responsabilidades dos pais, visando à guarda e proteção desses menores, a fim de lhes proporcionar as necessárias condições de sua formação e desenvolvimento biopsíquico. Afinal, a família é o eixo de realização pessoal e afetiva de seus integrantes, e é neste *locus* que o sujeito se forma, estrutura-se psiquicamente, enfim, humaniza-se. O término de uma relação conjugal em nada deve mudar essa concepção. É preciso entender que a família não se dissolveu, mas tão somente a conjugalidade, isto é, a família nuclear passou a ser binuclear.

O divórcio dos pais, inevitavelmente, vai acarretar a separação residencial de um dos genitores de seus filhos. Apesar disso, é imperativa a manutenção da convivência com ambos os pais, garantindo a proteção dos respectivos direitos das crianças e dos adolescentes. Esse é o exercício da autoridade parental, que não é, e nem deve ser, atribuído apenas ao guardião, se esta for exclusiva, pois os deveres e os direitos inerentes ao instituto, relativamente aos filhos, não se extinguem com o divórcio do casal.

Os pais, independentemente da condição ou *status* que os une, são detentores conjuntamente desta autoridade, como prescrevem diversos dispositivos do Código Civil de 2002,[69] e como já era previsto pelo Estatuto da Criança e do Adolescente:

> Art. 21. O pátrio poder será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurando a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.

Além da caracterização acima explanada, a titularidade da autoridade parental é um encargo intransferível, por se tratar de um poder-dever. Sua razão de ser decorre da menoridade dos filhos, e, como já dito, é consequência da parentalidade, seja de que forma ela for estabelecida. Portanto, não há qualquer diminuição do alcance do poder familiar em razão da não convivência conjugal

dos pais ou do divórcio.

No Código Civil de 2002, em seu artigo 1.634, encontramos as atribuições basilares da autoridade parental, sem qualquer ressalva de que tais imputações não caberiam a ambos os genitores, sem qualquer distinção e independente da situação jurídica e/ou fática existente entre os pais:

> Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:
> I – dirigir-lhes a criação e educação;
> II – tê-los em sua companhia e guarda;
> III – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
> IV – nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivo não puder exercer o poder familiar;
> V – reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
> VI – exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

A substância da autoridade parental difere do instituto da guarda. Esta compõe a estrutura daquela. Ambas têm a mesma função, mas o exercício da função difere na intensidade, na quantidade e na qualidade. As atribuições inerentes à autoridade parental costumam ser confundidas com o exercício da guarda compartilhada, já que a participação de ambos os pais na vida de seus filhos é um mandamento legal (art. 1.632, Código Civil). É disciplina jurídica a determinação de que as relações entre pais e filhos não se modificam em casos de divórcio ou dissolução de união estável dos genitores. Diante da inexistência de sociedade conjugal entre os pais do menor, permanecerão intactos tanto a autoridade parental quanto a chamada *guarda jurídica*,[70] constante no art. 1.589 do Código Civil,[71] que prevê a continuação do poder de vigilância e de coparticipação dos pais na vida dos filhos.[72]

A guarda é atributo do poder familiar, mas não se restringe a ele. Sua existência não está vinculada ou desvinculada da conjugalidade existente entre os pais. Sendo a guarda componente da estrutura da autoridade parental, e, não se operando modificação no exercício do poder familiar na ausência de convivência conjugal entre os pais, tais obrigações não são inerentes apenas ao detentor da função guardiã. Ou seja, independentemente do divórcio, a função parental e a guarda jurídica persistem para ambos os pais.

Não há uma definição legal para a “guarda de filhos” e a Lei n. 8.069/90,

Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, apenas define as atribuições conferidas ao guardião, como lembra Tarcísio José Martins Costa.[73] Guilherme Gonçalves Strenger a define como o poder-dever, submetido a um regime jurídico-legal, de modo a facultar a quem de direito, prerrogativas para o exercício da proteção e amparo daquele que a lei considerar, nessa condição.[74] A principal função desse instituto é cumprir o dever de assistência e cuidado, provimento material e moral e, sobretudo, a atuação direta e fundamental no processo de formação dos filhos, ou seja, uma verdadeira função protetiva e promocional, em todos os aspectos.

Como reiteradamente vimos afirmando, não só ao genitor guardião caberá a função de executar e dar continuidade às atribuições do poder familiar. Tal incumbência permanece também com o genitor não guardião que, além de suas obrigações, passa a exercer seu direito de "visita", convivendo e acompanhando seus filhos em suas atividades, participando da sua rotina e de seu cotidiano, e isso melhor se define como um direito à convivência familiar (que, certamente, não se restringe apenas aos pais, devendo se efetivar em todo o âmbito familiar, juntamente com todos os integrantes da família, como avós, tios e primos), fundamental não só para o genitor não guardião, mas, principalmente, para o menor.

O ideal é que os ex-cônjuges mantenham um bom relacionamento, garantindo a continuidade do exercício conjunto de todas as atribuições da autoridade parental e, por consequência, também da guarda. Mas o ideal às vezes é só um ideal, embora deva permanecer como ideal a ser seguido.[75]

O conteúdo da guarda, como se pode perceber, vai além do aspecto obrigacional ou dever de cuidado e proteção dos pais para com seus filhos impostos pela lei: são relações de sentimentos que envolvem os integrantes de uma família, mesmo que não se encontrem residindo no mesmo lar. Essas relações, que têm a finalidade de cuidar do melhor interesse da criança e do adolescente, indispensáveis para um regular e saudável crescimento moral dos filhos e, sobretudo, visando atender aos seus direitos fundamentais.

A "regra de ouro" de uma separação/divórcio deveria ser a instalação de um "campo neutro" para a discussão de guarda e convivência dos filhos. Se os pais pensassem, verdadeiramente, no bem-estar e melhor interesse dos filhos, não deixariam que eles fossem objeto de disputa. É inacreditável como o pai ou a mãe não veem o mal que estão fazendo ao(s) filho(s) com um litígio judicial, embora acreditem defender os interesses dele(s). Se não é possível evitar o litígio no aspecto econômico, pelo menos em relação aos aspectos pessoais, isto é, guarda

e convivência familiar deveriam estabelecer, na disputa conjugal uma trégua neste aspecto.

4.2.1. Guarda compartilhada ou conjunta

A legislação brasileira prevê três modelos para o exercício da guarda de filhos: compartilhada, unilateral e a que pode ser deferida a terceiros. Além destas expressamente previstas, a doutrina brasileira e o direito comparado mencionam também a guarda alternada e a nidal, como se verá adiante. Contudo, em vista da nossa atual perspectiva fática e jurídica sobre as questões que envolvem a discussão da guarda de filhos, tem-se por imprescindível partir em defesa do que doutrinariamente já se defendia e agora é definido pela Lei n. 11.698/2008, que alterou o Código Civil para estabelecer as regras sobre a guarda compartilhada. [76] Esse "modelo" de guarda nada mais é do que a aplicação da regra prevista no já citado artigo 1.632 do Código Civil, que se encaixa perfeitamente aos princípios esculpidos pela nova ordem constitucional.

A guarda, no direito brasileiro, é o *munus* atribuído aos pais para cuidar dos filhos. A guarda compartilhada implica uma equilibrada participação dos pais na vida deles. Maria Berenice Dias bem a define:

> Guarda conjunta ou compartilhada significa mais prerrogativas aos pais, fazendo com que estejam presentes de forma mais intensa na vida dos filhos. A participação no processo de desenvolvimento integral dos filhos leva à pluralização das responsabilidades, estabelecendo verdadeira democratização de sentimentos. A proposta é manter os laços de afetividade, minorando os efeitos que a separação sempre acarreta nos filhos e conferindo aos pais o exercício da função parental de forma igualitária. A finalidade é consagrar o direito da criança e de seus dois genitores, colocando um freio na irresponsabilidade provocada pela guarda individual. Para isso, é necessária a mudança de alguns paradigmas, levando em conta a necessidade de compartilhamento entre os genitores da responsabilidade parental e das atividades cotidianas de cuidado, afeto e normas que ela implica.[77]

Em nome do princípio do melhor interesse das crianças e adolescentes, a guarda compartilhada passou a ser regra imposta pelo novo ordenamento jurídico, embora, sob o aspecto constitucional já pudesse ser aplicada. Deve ser empregada até mesmo de ofício pelos juízes em caso de não acordo entre os pais,

sendo até mesmo recomendável. Apesar de grande dificuldade de aplicação prática – em razão da ausência de preocupação dos pais com essa situação diante do término da conjugalidade –, é justamente esse modelo que vai se adequar às questões discutidas sobre a continuidade do integral e efetivo exercício do poder familiar quando da separação fática ou divórcio dos pais. Assim também as lições de Rolf Madaleno:

> É a partilha da guarda jurídica, da autoridade de pai, que não se esvai pela perda da companhia do filho em troca das visitas decorrentes da separação dos pais.
> (...)
> Fique, portanto, plenamente clarificado que na guarda compartilhada não interessa quem estará detendo a custódia física do filho, como acontece na guarda unilateral, ou no seu arremedo de guarda alternada, pois na guarda conjunta não conta o tempo de custódia, tratando os pais de repartirem suas tarefas parentais, assumindo a efetiva responsabilidade pela criação, educação e lazer dos filhos – e não só a um deles, como usualmente sucede.[78]

Na guarda compartilhada, pode-se definir uma residência única, ou duas, porém, o direito à convivência que cabe ao genitor com quem os menores não residem deve ser visto como uma forma de aplicação das regras de manutenção da autoridade parental por ambos os pais, mesmo após o divórcio, inclusive porque a principal intenção dos pais em relação a esse direito é justamente ter a oportunidade de permanecer acompanhando seus filhos, participando e presenciando integralmente seu crescimento.

Se o casal consegue separar funções conjugais das parentais, certamente vai querer continuar compartilhando o cotidiano dos filhos, e foi para isso que surgiu o instituto da guarda compartilhada. Na prática, e historicamente, as mães sempre compartilharam a guarda e a criação dos filhos com os vizinhos, creches, avós etc. Não querer compartilhar a guarda com o ex-cônjuge ou o ex-companheiro pode ser apenas uma questão de poder, ou mesmo de uma sutil e grave manifestação de alienação parental (cf. item 4.3.).

Muitos casais, ou pelo menos uma das partes, misturando subjetividade com objetividade, inconscientemente ou não, acabam usando o filho como instrumento de poder. Aliás, a guarda única e o medo e resistência da guarda compartilhada estão diretamente relacionados à ideia de poder. É assim que o(s) filho(s) muitas

vezes se torna(m) “moeda de troca” no fim da conjugalidade.

Guarda compartilhada é, segundo definição legal, “a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns (§ 1º, art. 1.583, do Código Civil de 2002, alterado pela Lei n. 11.698/2008). Esta lei de 2008, além de consolidar novos paradigmas jurídicos sob a concepção do exercício do poder familiar, traz consigo o espírito do melhor interesse da criança e do adolescente: a separação é do casal, não dos filhos. Na prática, a lei promove a igualdade entre os genitores, não fazendo nenhum tipo de distinção, menos ainda sobre quem teria melhores condições para o exercício da guarda, pois, presumidamente, ambos os pais as têm. Assim, outro tipo de guarda só deverá ser instituído em casos excepcionais.

Independente do nome que se dê à guarda do(s) filho(s), compartilhada, única, nidal ou alternada, o importante é preservar e garantir a convivência do(s) filho(s) com os pais. Não há nenhuma razão lógica e objetiva para que isso não aconteça. Este é o melhor interesse das crianças e dos adolescentes, já que conjunta é a prática do poder familiar, e não a divisão do tempo dos filhos.[79] Os operadores do Direito não podem se deixar levar pelo discurso fácil e cômodo de que um casal que não se entende não tem condições de exercer a guarda compartilhada.[80] Ora, filhos de pais que mantém o diálogo e se entendem bem nem precisam de regras e princípios sobre guarda compartilhada, pois, naturalmente, compartilham o cotidiano dos filhos. A lei jurídica é exatamente para quem não consegue estabelecer um diálogo, ou seja, para aqueles que não se entendem sobre a guarda dos próprios filhos. Nesse sentido, o STJ decidiu:

> (...) A guarda compartilhada é o ideal a ser buscado no exercício do Poder Familiar entre pais separados, mesmo que demandem deles reestruturações, concessões e adequações diversas, para que seus filhos possam usufruir, durante sua formação, do ideal psicológico de duplo referencial. 4. Apesar de a separação ou de o divórcio usualmente coincidirem com o ápice do distanciamento do antigo casal e com a maior evidenciação das diferenças existentes, o melhor interesse do menor, ainda assim, dita a aplicação da guarda compartilhada como regra, mesmo na hipótese de ausência de consenso. 5. A inviabilidade da guarda compartilhada, por ausência de consenso, faria prevalecer o exercício de uma potestade inexistente por um dos pais. E diz-se inexistente, porque contrária ao escopo do Poder Familiar que existe para a proteção da prole. (...) (STJ, Resp n. 1.251.000 – MG, Rel. Min. Nancy

Andrighi, 3ª turma, pub. 31/08/2011).

Se considerar que esta modalidade de guarda atinge somente os casais que se entendem, não haveria necessidade da Lei n. 11.698/2008, e toda a luta das organizações que reivindicaram tal regra terá sido em vão. Quando os operadores do Direito se deixam levar por esse discurso fácil, de que tais regras só se aplicam àqueles casais que não divergem quanto à conduta e educação dos filhos, na verdade estão se acovardando e deixando de enfrentar o problema das crianças e dos adolescentes, pois o seu saudável desenvolvimento e educação pressupõe que eles desejam e necessitam conviver com ambos os pais em seu cotidiano. A Psicanalista carioca e Mestre em Direito Civil, Beatrice Marinho Paulo, é enfática e conclusiva:

> Se esses pais não têm condições de exercer a guarda compartilhada, teriam condições de exercer a exclusiva? É óbvio que não! Se não são capazes nem de dialogar, como farão para, com a guarda exclusiva estipulada, assegurar a ampla convivência daquele filho ou filha com ambos os genitores? Além do mais, a estipulação deste tipo de guarda, nesse caso, não facilitaria – e muito – e tornaria extremamente provável, a execução da alienação parental pelo genitor detentor da guarda.[81]

4.2.1.1. *Guarda compartilhada no direito comparado*

No Direito americano, o compartilhamento da guarda é uma realidade bastante solidificada, como aponta a doutrina:

> *Comentando a experiência americana de joint legal custody e residential joint custody, esclarece Henry S. Gornbein que o primeiro "se refere a tomar decisões em conjunto; o que implica deixar claro que mesmo em situações de divórcio, a criança tem dois pais e a comunicação entre eles deve ser encorajada no que concerne a assuntos relacionados com os seus filhos. Neste caso, a(s) criança(s) mora(m) primariamente com um dos pais". Já a segunda " é um arranjo para que ambos os pais possam estar o maior tempo possível com seus filhos*[82]*. (...)*

No Direito espanhol houve o estabelecimento preferencial pela guarda compartilhada e a regulação da residência alternada, segundo periodicidade acordada entre os pais separados ou fixada pelo juiz. O direito de visita para um e a guarda exclusiva para outro foram consideradas noções obsoletas e reducionistas[83]. Na Holanda, a legislação e a jurisprudência atribuíram

preferência para a guarda compartilhada, segundo o princípio da continuidade mesmo após o divórcio dos pais[84]. Na Alemanha, o § 1.626-a, I, do Código Civil, após a reforma de 1998, estabelece que os pais não casados têm guarda compartilhada se eles fizerem declaração conjunta nesse sentido[85].

4.2.2. Guarda alternada

A guarda alternada não se confunde com a compartilhada ou conjunta. Aquela confere de maneira exclusiva a cada genitor a guarda no período em que estiver com seu filho. Costuma-se dividir o tempo da criança, de forma igualitária, entre cada um dos pais. Por exemplo: a criança habita um mês na casa de cada genitor, alternadamente. Durante esse tempo, o filho reside com apenas um e visita o outro. O genitor responsável naquele período seria o único detentor da autoridade parental. Na guarda compartilhada, ambos compartilham a rotina e o cotidiano dos filhos permanentemente.

Apesar de criticado pelos especialistas e sem regra expressa em nosso ordenamento jurídico, é possível encontrar casos que a guarda alternada pode ser adequada. Este modelo, da mesma forma que a guarda unilateral, na maioria das vezes, parece não atender ao melhor interesse da criança e vem encontrando resistências em nossos tribunais. O assunto é polêmico, e um dos argumentos contrários a este tipo de guarda é a criança não ter definido um lar, horários e rotinas adequadas, como observa Waldyr Grisard Filho:

> As desvantagens desses arranjos são o elevado número de mudanças, repetidas separações e reaproximações e a menor uniformidade da vida cotidiana dos filhos, provocando no menor instabilidade emocional e psíquica.[86]

Arnaldo Rizzardo,[87] um dos juristas contrários à alternância da guarda, ressalta que todo cidadão tem como necessidade básica um lar ou moradia fixa, sob pena de terem aumentadas a insegurança e a instabilidade. Caetano Lagrasta Neto compartilha do mesmo entendimento:

> A guarda alternada irá facilitar o conflito, pois ao mesmo tempo que o menor será jogado de um lado para o outro, náufrago numa tempestade, a inadaptação será característica também dos genitores, facilitando-lhes a fuga de responsabilidade, buscando o próprio interesse, invertendo semanas ou

temporadas, sob as alegações mais pueris, mentirosas (...) Não existe autoridade alternada.[88]

É comum esta modalidade de guarda ser confundida com a compartilhada, entretanto, há uma, mas, significativa, diferença entre elas. Enquanto na guarda compartilhada se dividem o cotidiano e a rotina da criança; na guarda alternada procede-se à divisão do tempo da criança entre seus pais em períodos determinados, repita-se. Uma das argumentações favoráveis à guarda alternada é que a criança pode se adaptar facilmente à nova rotina de alternância, sem que isso lhe traga transtornos. Assim como a criança arruma sua mochila para ir à escola todos os dias, ela pode se adaptar perfeitamente a levar e a trazer seus objetos pessoais e roupas de uma residência à outra, já que sua realidade é ter duas casas, e isso não é necessariamente ruim.

Uma das exceções em que se recomenda a guarda alternada é para as situações em que os pais residem em países diferentes, ou lugares cuja distância torna-se impedimento para a convivência cotidiana, e não há outra forma de garantir a convivência do(s) filho(s) com ambos os pais. A alternância, obviamente sempre atendendo ao princípio do melhor interesse dos crianças/adolescentes, na maioria dos casos, faz-se a cada ano, compatibilizando-a com os ciclos escolares.

4.2.3. Guarda nidal

A expressão “nidal” vem do latim *nidus*, que significa ninho, nido ou nidi. Traz consigo o sentido de que os filhos permanecerão no “ninho”, e os pais é quem se revezarão, isto é, a cada período, um dos genitores ficará com os filhos na residência original do casal. Em razão da alternância dos pais na residência que ficou para os filhos, esta modalidade de guarda costuma ser confundida com a guarda alternada. Entretanto, na alternada, são os filhos que mudam de casa. Não há nenhuma proibição para este tipo de guarda no ordenamento jurídico brasileiro, mas, em função dos aspectos práticos para os pais, ela é pouco utilizada.

Um dos ordenamentos jurídicos mais avançados, o alemão, tem em suas previsões legais e doutrinárias esta modalidade de guarda, conforme nos relata a doutrinadora Nina Dethloff, em edição recente do tradicional “Manual” de Direito de Família, em que atualizou a obra do jurista Alexander Lüderitz.[89]

Nestmodell, bei dem ein dem Kind gewidmeter Haushalt geführt wird und beide

Elternteile abwechselnd zu dem Kind ziehen.[90]

4.2.4. Guarda unilateral

Guarda unilateral ou guarda exclusiva é aquela atribuída a um dos genitores, seja por consenso dos pais, seja por decisão judicial. Em qualquer dos casos, e não havendo possibilidade ou não sendo viável a compartilhada, a guarda unilateral deve ser outorgada àquele que reunir melhores condições para exercê-la. Embora não seja a mais recomendável, tem sido a mais usual. Pode ainda ser denominada como guarda uniparental, eis que o filho permanece sob os cuidados cotidianos de um único genitor:

> A guarda unilateral pode decorrer da separação fática, judicial ou do divórcio dos pais; como pode advir do abandono de um ou de ambos os genitores, do óbito de um genitor, e também por consequência da paternidade não revelada, própria da modelagem monoparental.
> Mas, separados os pais, impõe-se a guarda a pelo menos um dos genitores, geralmente selecionado pelo prisma dos melhores interesses dos filhos. A guarda ideal, nestes casos, deve ser definida por acordo dos pais, na ruptura conjugal de sua união, ou por sentença judicial se os genitores não se encontrarem aptos a discernirem na identificação dos melhores interesses de seus rebentos.
> Ao contrário do direito experimentando na década de 1960, não mais interfere na custódia a culpa de um dos cônjuges pelo fracasso do casamento, sendo elemento determinante o bem-estar do menor.[91]

Se houver fracasso do diálogo dos pais sobre a definição da guarda e levarem para que o judiciário decida quem tem melhores condições de ser o guardião, a discussão deve centrar-se no melhor interesse da criança e do adolescente, ficando o interesse dos pais em segundo plano. Tal disputa, nada saudável para os filhos, envolve elementos objetivos e subjetivos, isto é, os critérios devem passar pela análise fática do ambiente físico ao ambiente psíquico e comportamental dos pais. A não ser que o caso concreto traga elementos grosseiramente visíveis sobre um ambiente inadequado de um dos pais que pretenda a guarda, a tarefa de definir quem é o mais adequado não é nada simples. Mesmo com a ajuda, análise e suporte de equipe interdisciplinar, como atualmente acontece na maioria dos juízos de família no Brasil, com a emissão de laudos psicossociais, a questão é

tormentosa. Afinal, o que é ser uma boa mãe, ou um bom pai? Adentra-se aí em conceitos e indagações subjetivas e relativas. Por exemplo, tem melhores condições de ter a guarda o pai que é mais rígido com a educação dos filhos, ou a mãe que educa de forma menos rígida? Não há garantias de que o melhor guardião será a mãe que não trabalha fora e tem mais tempo para os filhos, ou o pai que conduz o cotidiano dos filhos com rigidez militar. A boa educação e criação dos filhos passa por tantos critérios e elementos particularizados de cada caso, que a tarefa de definir e decidir com absoluta segurança quem é o melhor guardião é trabalho quase impossível para o juízo de família. Felizmente, os critérios sobre a decisão do melhor guardião já não estão mais atrelados à conduta e à moral sexual dos pais. Afinal, o exercício da paternidade e da maternidade não está, necessariamente, vinculado à conduta e à moral sexual. O termômetro que melhor servirá de avaliação é a medida do afeto, isto é, o zelo, o cuidado, a dedicação e o serviço dedicado aos filhos.

4.2.5. Guarda deferida a terceiros

Se se verificar que a guarda com um ou ambos os pais não atende ao melhor interesse do(s) filho(s), ela pode ser deferida a terceiros. Desde a Lei n. 8.069/90 – ECA, que se instalou definitivamente a concepção filosófica e os princípios constitucionais da prioridade absoluta das crianças e dos adolescentes, e se relegou a segundo plano o interesse dos pais. O Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 19, é taxativo:

> Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.

Este dispositivo conjugado com o artigo 33 do mesmo diploma legal, informam que a guarda não se configura como um instituto restrito aos pais, pois se estes não puderem exercê-la, será deferida a terceiros mesmo que não sejam da relação parental.

> A guarda de menor deferida a terceiros, sejam parentes ou alguma instituição, obriga seu detentor à prestação de assistência material, moral e educacional ao menor, conferindo ao guardião o direito a se opor a terceiros, inclusive aos

> pais, como se vê no art. 33 do ECA. Porém, importa ressaltar que os pais mesmo não detentores da guarda de seus filhos, não se encontrando dispensados dos seus deveres, especialmente aqueles inerentes ao poder familiar, dentre os quais pode-se referir a obrigação de prestar alimentos, o que, em sentindo permitido, poderia tornar-se um bônus aos pais irresponsáveis, que deixariam de ter qualquer obrigação com seus rebentos. (...) a guarda também tem por pressuposto garantir ao pupilo a dependência para todos os fins e efeitos de direito e, de modo expresso, os previdenciários, de acordo com art. 33, § 3º, do ECA, que assegura a proteção à saúde, disposta no art. 227 Constituição Federal.[92]

Demonstrada a inviabilidade da manutenção da criança em seu núcleo familiar, sob a guarda de um ou de ambos os genitores, ela poderá ser entregue aos cuidados de outrem[93], passando a viver em família substituta, de modo que cresça e se desenvolva de forma adequada, suprindo as suas necessidades afetivas, existenciais e materiais. Nesses termos, o artigo 1.584 do CCB/02, em seu parágrafo 5º, autoriza o juiz a deferir a guarda àquela pessoa que revele compatibilidade com o exercício da medida e seus atributos, devendo atentar-se para o grau de parentesco, afinidade e afetividade existentes entre o terceiro e o menor.[94] Se não houver tais pessoas, ou não tiverem disponibilidade ou condições de se responsabilizarem por esse *munus*, a criança deve ser encaminhada a uma instituição ou abrigo que a receba. Ou seja, em última análise e hipótese, o Estado é também responsável por guardar e abrigar crianças e adolescentes que não tenham a estrutura familiar original ou substituta.

4.2.6. Regulamentação da convivência/visitas

O Código Civil de 2002, felizmente não estabelece especificamente como deve ser regulamentada a convivência familiar. O ideal é que, independentemente da modalidade da guarda, estabeleça-se a máxima amplitude dessa convivência/visitação, com genitor guardião, compartilhado ou não, avós maternos e paternos, além de qualquer parente que tenha estabelecido laços afetivos importantes e significativos com a criança. Prescreve o artigo 1.589 do CCB 2002, que o pai ou a mãe em cuja guarda não esteja o filho poderá visitá-lo e o ter em sua companhia segundo o acordado com o outro cônjuge, ou o que for fixado pelo juiz.[95]

O CCB/2002 continuou usando a expressão “visita”, em vez de “convivência

familiar", como adotado desde 1990 pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Embora tenham significados semelhantes e queiram dizer a mesma coisa, essas expressões trazem consigo significantes diferentes.[96] É neste sentido e por esta razão que a prática jurídica e judicial deveria adotar a expressão "convivência", já que "visita" traz um sentido de frieza, oposto ao que deve ser a convivência familiar.

O Código de Processo Civil prescreve, em casos de dissolução consensual do casamento, que na petição conjunta deve obrigatoriamente constar o acordo relativo à guarda dos filhos e ao regime de visitas.[97] Define, ainda, no parágrafo segundo do artigo 1.121, o que seria esse regime de visitas:

> Entende-se por regime de visitas a forma pela qual os cônjuges ajustarão a permanência dos filhos em companhia daquele que não ficar com sua guarda, compreendendo encontros periódicos regularmente estabelecidos, repartição das férias escolares e dias festivos.

No divórcio, necessariamente, deve-se estabelecer o regime de visitas/convivência familiar. Ninguém melhor do que os próprios pais para saber o que é melhor para os seus filhos. Alguns casais preferem deixar livre tal convivência, possibilitando a mais ampla forma de participação e presença de ambos na vida dos filhos, demonstrando, também, maturidade na condução da separação.

Entretanto, e considerando que as situações podem mudar, e novos vínculos se formarem, interferências de outras pessoas e de outros relacionamentos, é sempre conveniente deixar estabelecidas algumas regras de convivência familiar, ainda que, na prática e enquanto houver diálogo, façam a rotina que lhes convier.

Normalmente, costuma-se utilizar uma "fórmula" de maneira a se regulamentar o mínimo de convivência: fins de semana alternados para cada genitor, assim como os feriados prolongados e datas festivas, e férias escolares dos menores divididas entre os pais. Tudo isso delimitando horários para busca e devolução dos filhos na residência deles. Do acordo celebrado, o Ministério Público deve emitir seu parecer antes da homologação pelo juiz. Esta intervenção ministerial, na maioria das vezes, revela-se como uma intromissão excessiva na vida dos pais. Ora, ninguém melhor do que os próprios pais para demarcar o campo da convivência com os filhos.

Não sendo possível o consenso, isto é, na falência do diálogo do ex-casal ou

quando não for possível o uso das técnicas de mediação, o juízo determinará, atendendo-se sempre e prioritariamente o interesse do menor, a regulamentação das visitas/convivência familiar. A maioria dos juízos de família no Brasil tem embasado suas decisões em laudos emitidos pelo estudo psicossocial. O importante a ser considerado nesta seara é a determinação que a nova regra do Código Civil de 2002, com o advento da Lei n. 11.698/2008, estabeleceu, ou seja, a guarda compartilhada é o regime que deve ser aplicado como regra e sempre que possível.[98]

Não há uma regra absoluta para a delimitação e estabelecimento da guarda e convivência familiar. O norte é sempre o melhor interesse da criança/adolescente que, sem dúvida alguma, a não ser em casos excepcionais, devem conviver o máximo possível com ambos os pais e seus demais familiares. Mas cada caso é um caso. Por isso, em vez de regras, devemos sempre nos guiar por princípios. Assim, estaremos garantindo a continuidade da convivência familiar, que é um direito fundamental dos filhos e um dever fundamental dos pais. A convivência vai muito além do simples conviver. Significa também participar, interferir, colocar limites, enfim, educar. Este é um atributo inerente ao poder familiar. Em síntese, é o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente que deve reger toda e qualquer ação ou decisão, nesta matéria, com prevalência sobre qualquer regra de direito adjetivo ou substantivo.[99]

4.2.7. Convivência com os avós

A Constituição da República, em seu artigo 227,[100] assegura, com prioridade absoluta, a convivência familiar. Regulamentando esse princípio, o ECA vem destacar a importância da vida em família como ambiente natural e cultural para o desenvolvimento daqueles que ainda não atingiram a vida adulta. Mais do que um direito da criança, constitucionalmente garantido, a convivência familiar mostra-se como verdadeira exteriorização da valorização do afeto, tão invocado no atual sistema jurídico brasileiro e fundamental para a boa estrutura psíquica de qualquer sujeito, especialmente crianças e adolescentes.

É no núcleo familiar que os menores receberão os cuidados necessários ao seu crescimento e desenvolvimento como cidadãos. Essa atmosfera deve ser protegida de forma a sempre propiciar as melhores condições para a formação biopsíquica dos menores, garantindo-lhes o cumprimento e a aplicação dos direitos fundamentais a eles conferidos. Toda criança e adolescente tem o direito à ampla convivência familiar – incluindo todos os parentes, principalmente, seus

avós maternos e paternos. A Lei n. 12.398, de 29.03.2011, acrescentou parágrafo único ao art. 1.589 da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, e deu nova redação ao inciso VII do art. 888 da Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, para estender aos avós o direito de visita aos netos.

A integração familiar possibilita o desenvolvimento da criança, seu bem-estar, além de sua inserção social. Por isso, é fundamental a presença do afeto nestas relações, também e fortemente propiciado pelos avós.[101] Esse afeto é reforçado quando se trata de pessoas significativas para a vida de uma criança, como, em geral, são os avós. Eles constituem um elo fundamental para a transmissão do sentido histórico da família.[102]

A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, de 1989, ressalta a importância da manutenção e continuidade dos laços da criança com as linhagens materna e paterna. A importância desta questão foi competentemente abordada pelo psicanalista francês Jacques Lacan, ao afirmar que o homem, mesmo antes de seu nascimento e para além da morte, está preso na cadeia simbólica que fundou a linhagem, antes que nela seja bordada sua história.[103]

O direito a conviver com os avós é uma via de mão dupla, isto é, é direito das crianças e dos adolescentes e, também, direito dos avós, mas o mais relevante é o direito da criança aos laços familiares, às suas raízes, com aqueles que lhes são significativos, que também lhes proporcionam amor e carinho. É necessário reconhecer-se a dimensão afetiva da criança e dos avós, como "sujeitos de necessidades".[104]

Os laços de afetividade são alimentados pelo convívio. Assim, ganhando a convivência familiar *status* de fundamentalidade, de componente básico e intrínseco da dignidade humana, não pode ser esquecido por quem quer que seja, sendo oponível, inclusive aos pais, que não podem resistir ao exercício de um direito fundamental garantido ao seu filho, mesmo que ele seja absolutamente incapaz.

Além do elo afetivo estreito existente entre os avós e os netos, o direito à convivência entre eles é ainda uma contrapartida das obrigações, oriundas do parentesco, determinadas aos avós pelo Código Civil vigente, como bem escreve Tânia da Silva Pereira:

> Convém salientar que, na maior parte das vezes, a intenção principal dos ascendentes em relação ao direito de visita é ter a oportunidade de permanecer um período ao lado de seus descendentes de forma a participar e presenciar o

seu crescimento e amadurecimento, e não causar discórdia na família.
A conotação do direito de visita conferido aos avós foi ampliada, de modo a incluir nele o direito de hospedagem, bem como o de correspondência, donde se conclui que, atualmente, eles têm a faculdade de usufruir da companhia dos netos em outro lugar que não a sua casa, podendo até tê-los por um pernoite, por exemplo.[105]

Nossos tribunais já se posicionaram sobre essa necessidade e direito à convivência familiar, isso porque, além da Constituição da República, o Estatuto da Criança e do Adolescente também assegura aos menores o direito de serem visitados, ou melhor, de conviverem com seus familiares ou pessoas significativas em sua vida. Os avós representam uma referência importante para a criança, pois significam um fortalecimento dos vínculos familiares e sociais relevantes ao seu crescimento e seu desenvolvimento como sujeito da própria vida e como cidadão. Os pais, divorciados ou não, têm o dever de respeitar o direito de seus filhos de conviverem com pessoas da família ampliada, ou mesmo com terceiros, que tenham estabelecido laços afetivos importantes e que possam contribuir para a sua boa formação e o seu bom desenvolvimento biopsíquico.[106]

4.3. Alienação Parental

Quando a conjugalidade chegou ao final e as partes, apesar de todo o sofrimento que isso pode significar, resolvem bem suas questões subjetivas e instalam um campo neutro na discussão sobre o convívio, educação e criação dos filhos, a possibilidade de eles crescerem e desenvolverem felizes e saudáveis é grande. A separação dos pais não significa a infelicidade dos filhos. Ao contrário, os filhos estarão melhores na medida em que os pais também estiverem. Infelizes e problemáticos podem ser os filhos de pais que brigam e conduzem eternos e degradantes processos judiciais. Pior do que a briga declarada é aquela que se faz, às vezes, de forma mais sutil, isto é, quando um dos genitores, aos poucos, vai construindo uma imagem negativa do outro, chegando ao ponto de "desconstruir" a *imago* paterna ou materna. Geralmente isso acontece quando a ruptura da vida conjugal foi mal resolvida psiquicamente gerando em um dos ex-cônjuges sentimentos de rejeição e desamparo, que se transformam em tendência vingativa desencadeando um processo de destruição e desmoralização do outro genitor a ponto de aliená-lo da vida do filho. Neste caso, o filho é deslocado do lugar de sujeito de direitos e desejo e passa a ser objeto de desejo e satisfação do

desejo de vingança do outro genitor. Em outras palavras, a alienação parental é a objetivação do sujeito para transformá-lo em veículo de ódio, que tem sua principal fonte em uma relação conjugal mal resolvida. O fenômeno da alienação parental traz consigo graves consequências socioemocionais aos filhos.

Uma das importantes e recentes evoluções do Direito de Família foi a nomeação e demarcação de um conceito para a criação de um novo instituto jurídico para um velho problema, que se tem denominado Alienação Parental, ou Implantação de Falsas Memórias, expressão cunhada pelo psiquiatra norte-americano Richard Gardner em meados da década de 1980, como Síndrome da Alienação Parental – SAP. Na verdade, a síndrome pode ser a consequência da alienação parental, quando atingida em um grau mais elevado. A partir do momento em que se pôde nomear, isto é, dar nome a uma sutil maldade humana praticada pelos pais que não se entendem mais e usam os filhos como vingança de suas frustrações, disfarçada de amor e cuidado, tornou-se mais possível protegê-los da desavença dos pais. A Alienação parental se expressa no âmbito jurídico como uma forma de violência contra a criança ou adolescente, praticada, geralmente, pelo genitor guardião. Trata-se de implantar na *psiqué* e memória do filho uma *imago* negativa do outro genitor, de forma tal que ele seja alijado e alienado da vida daquele genitor. Na maioria das vezes, a implementação destas impressões e imagens na vida do filho é feita de forma sutil e é de difícil detecção. A psicóloga e psicanalista paulista Maria Antonieta Pisano Motta explica como é essa implantação de falsas memórias:

> O genitor "alienador", que, em geral, é o que detém a guarda, teria como meta proceder a uma "lavagem cerebral" na mente de seus filhos, inculcando-lhes pensamento e sentimentos em relação ao outro genitor, visando afastá-los e destruir, mesmo, o vínculo existente entre eles. O genitor "alienador" promove uma verdadeira campanha denegritória em relação ao ex-cônjuge e perante o Judiciário, utilizando seu/s filho/s como meio de emprestar credibilidade às suas acusações. Para conseguir ter no filho ou filhos, aliado/s, o genitor "alienador" promove a S.A.P., desqualifica o outro perante o filho, denigre sua imagem, fala mal dele, coloca-se como vítima fragilizada fazendo com que a prole se alinhe ao seu lado e se tornem verdadeiros soldados nesta batalha contra o outro, que denominaremos de genitor "alvo". O genitor alienador tenta enfraquecer, controlar ou excluir o contato com o outro genitor por meio de comportamentos, tais como, retirar a criança da proximidade física com o outro genitor, queixar-se dele ao filho, dizer-se agredido pelo outro, ou engajando-se

> em repetidas lides que objetivam reforçar a exclusão do outro, aumentar a supervisão nas visitas e/ou enfraquecer o vínculo da criança com o outro genitor.[107]

Os Estados Unidos, país em que tal instituto primeiro se desenvolveu, têm como sanção a perda da guarda e a supressão do direito de visitas por parte do genitor responsável pela alienação. É uma forma de abuso no exercício do poder familiar e de total desrespeito aos direitos fundamentais da criança/adolescente ainda em formação. As sequelas emocionais dos filhos são sempre gravíssimas e, na maioria dos casos, irreversíveis, ou seja, o intuito é alcançado e o filho acaba por apagar as memórias de convivência e de boa vivência que teve com o genitor alienado. Embora o alvo da vingança e rancor seja o outro genitor, a vítima maior é sempre a criança ou o adolescente, programado para odiar o pai ou a mãe, ou qualquer pessoa que possa influir na manutenção de seu bem-estar,[108] o que significa violação também dos princípios constitucionais.

A violação das normas constitucionais pelo alienador é flagrante: princípio do melhor interesse da criança[109] (art. 227), princípio da dignidade humana (art. 1º, III) e princípio da paternidade responsável (art. 226, § 7º, e art. 229). A legislação infraconstitucional, especialmente o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n. 8.069/90, determina que nenhuma criança poderá ser objeto de qualquer forma de negligência, violência ou crueldade:

> Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

A prática de atos de alienação parental, além de afrontar direitos fundamentais da criança e do adolescente, significa também violação do exercício do poder familiar, tal como estabelecido no artigo 1.634, I, do CCB 2002.[110]

A Lei n. 12.318, de 26 de agosto de 2010, que dispõe especificamente sobre a Alienação Parental, introduziu com clareza as definições e consequências deste novo instituto jurídico:

> Art. 2º Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou adolescente, que promovida ou induzida por um dos

genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para que repudie genitor ou que cause prejuízos ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.
Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:
I – realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;
II – dificultar o exercício da autoridade parental;
III – dificultar contato da criança ou adolescente com genitor;
IV – dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;
V – omitir deliberadamente ao genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;
VI – apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar sua convivência com a criança ou adolescente;
VII – mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.

Alienação Parental é uma forma de abuso que põe em risco a saúde emocional e psíquica de uma criança/adolescente. Constatada a sua presença, é imprescindível que o genitor que age dessa forma seja devidamente responsabilizado, justamente porque ele sabe ser difícil aferir a veracidade dos fatos ao usar o filho com finalidade vingativa, sem se dar conta do prejuízo, muitas vezes irreversível, que causa ao filho. É uma crueldade que não deixa marcas no corpo e não é de fácil detecção jurídica, mas é possível trazer tal realidade subjetiva para o "mundo dos autos", a exemplo dos primeiros julgados sobre o assunto, mesmo antes da Lei n. 12.318, de 26.08.2010, como os do TJRS em decisões de 2006 e 2007, nas apelações nos 70016276735[111] e 70017390972[112] e do TJMG no AI 1.0702.09.554305-5/001, em que o estudo psicossocial realizado entre as partes envolvidas demonstrou claros sinais de alienação parental.[113] Esta alienação de um dos genitores, induzida geralmente por quem detém a guarda do filho, é também, comum nas disputas de guarda, que geralmente significam apenas uma questão de poder. É assim que o filho se transforma em moeda de troca do fim da conjugalidade, e, no caso da Alienação parental, da mesma forma o alienador ao destruir a relação do filho com o genitor alienado passa a ter o controle total da situação da parentalidade. A criança/adolescente passa a ser atingida por um

conflito de lealdade em que ela se vê obrigada a escolher um dos pais, já que lhe foi induzido pensar que um dos genitores é totalmente bom e o outro totalmente mau, o que reforça o intuito da alienação, pois uma escolha forçada, segundo Lacan (seminário 11) implica necessariamente uma alienação.[114] A psicóloga carioca, Mônica Jardim Rocha, invocando o nomeador fenômeno, Richard Gardner, esclarece que dependendo do estado da Alienação Parental, ao estreitar os laços de dependência com o alienador, a própria criança/adolescente passa a contribuir para a campanha de desmoralização do genitor alienado, começando a odiar e ter repulsa àquele que até há pouco tempo era incentivado a amar e respeitar, bem como toda a sua família e amigos. Segundo Gardner, citado pela referida psicóloga, há três estágios da síndrome. O leve, quando as campanhas de desmoralização são descritas e raras; o médio, os filhos nessa fase sabem o que o genitor alienador quer escutar e colaboram com a campanha de denegrir a imagem do genitor alienado; grave, quando os filhos já entram em pânico por terem que conviver com o outro genitor e evitam qualquer contato.[115] As consequências desta gravíssima forma de abuso e violência contra os filhos são devastadoras. Tal perversidade não pode passar despercebida pelos operadores do Direito, que ao detectarem os elementos indicadores da Alienação parental devem buscar, inclusive na interdisciplinaridade, reportar a violência sofrida pelos filhos.

Uma das maiores dificuldades encontradas para aplicação prática do conceito deste novo instituto jurídico, já muito bem delineado pela doutrina e na própria lei de 2010, é a demonstração probatória. A dificuldade está na sutileza da artimanha que se prepara para alienar um genitor da vida do outro. Às vezes, tal maldade é até mesmo inconsciente e, às vezes, o próprio alienador acaba acreditando na versão por ele programada e implantada em seu filho, mas que não se justifica e deve ser rechaçada pelos sistemas jurídicos. A comprovação dos atos de alienação parental, geralmente se faz através de perícia psicológica ou psiquiátrica onde os profissionais podem, através de laudos e testes, constatar que o filho foi "alienado" da vida de um dos pais, e cuja responsabilidade por tal alienação recai sobre o outro genitor. É comum também que bilhetes, cartas, e-mails demonstrem essa prática, assim como testemunhos de pessoas que ouvem ou assistem à prática continuada de se denegrir a imagem do outro genitor. A declaração de atos de alienação parental pode ser feita nos próprios autos em que se discute a guarda e convivência familiar, ou em Ação autônoma ou incidental[116].

4.3.1. Responsabilidade civil na alienação parental

A alienação parental que é o outro lado da moeda do abandono afetivo (cf. item seguinte), além de ser uma das causas objetivas de extinção da obrigação alimentar do genitor alienante, por caracterizar ato de indignidade (art. 1.708, § único do CCB) pode ser fonte de reparação civil, tal como disposto na própria Lei n. 12.318/2010:

> **Art. 6º Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso (...).** Grifamos
> I – declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;
> II – ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;
> III – estipular multa ao alienador;
> IV – determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;
> V – determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;
> VI – determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente;
> VII – declarar a suspensão da autoridade parental.
> Parágrafo único. Caracterizado mudança abusiva de endereço, inviabilização ou obstrução à convivência familiar, o juiz também poderá inverter a obrigação de levar para ou retirar a criança ou adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar.

A teoria da responsabilidade civil[117] baseia-se na presença de três elementos fundamentais: a culpa, de forma que só o fato lesivo intencional ou imputável ao agente deve autorizar a reparação; o dano, com lesão provocada ao patrimônio da vítima, e o nexo de causalidade entre o dano e o efetivo comportamento censurável do agente, como bem demarcou Caio Mário da Silva Pereira:

> Deste conceito extraem-se os requisitos essenciais: a) em primeiro lugar, a verificação de uma conduta antijurídica, que abrange comportamento contrário ao direito, por comissão ou omissão, sem necessidade de indagar se houve ou não propósito de malfazer; b) em segundo lugar, a existência de dano, tomada a expressão no sentido de a lesão a um bem jurídico, seja este de ordem material ou imaterial, de natureza patrimonial ou não patrimonial; c) e em terceiro lugar, o estabelecimento de um nexo de causalidade entre uma e outro, de forma a

> precisar-se que o dano decorre da conduta antijurídica, ou, em termos negativos, que sem a verificação do comportamento contrário ao direito não teria havido o atentado a bem jurídico[118].

A alienação parental é uma conduta antijurídica e afronta o princípio do melhor interesse da criança/adolescente. O seu dano, passível de reparação está na esfera imaterial, ou não patrimonial, pois afeta o aparelho psíquico dos filhos. Por fim, o nexo de causalidade entre a conduta do alienante e o abalo psicológico sofrido em virtude dessa ação. Quanto aos preceitos da culpa, tem-se a intenção do alienante em lesionar o genitor alienado (cf. item 4.4.3- Abandono afetivo filial e a tríade indenizatória). A prática de atos de alienação parental fere direito fundamental das crianças e adolescente de convivência familiar saudável, interfere nas relações de afeto com os pais e seus familiares e constitui abuso moral contra esses sujeitos em desenvolvimento. Não há dúvidas de que além das consequências para o poder familiar, a alienação parental poder gerar responsabilidade civil do alienador, por abuso de direito[119].

4.4. **Abandono Afetivo dos Pais**

4.4.1. Paternidade e maternidade como função e o exercício do poder familiar pós-divórcio

As transformações sociais, econômicas e culturais pelas quais passou a família fizeram com que ela deixasse de ser patriarcal, hierarquizada e constituída apenas pelo casamento indissolúvel, para se basear essencialmente no respeito às diferenças, no companheirismo e no afeto. Maria Berenice Dias, com sua lucidez, clarividência e percepção afinada com o presente e futuro, sintetiza bem esta evolução histórica:

> A ideia de família formal, cujo comprometimento mútuo decorre do casamento, vem cedendo lugar à certeza de que é o envolvimento afetivo que garante um espaço de individualidade e assegura uma auréola de privacidade indispensável ao pleno desenvolvimento do ser humano. Cada vez mais se reconhece que é no âmbito das relações afetivas que se estrutura a personalidade da pessoa. É a afetividade, e não a vontade, o elemento constitutivo dos vínculos interpessoais: o afeto entre as pessoas organiza e

> orienta o seu desenvolvimento. A busca da felicidade, a supremacia do **amor**, a vitória da **solidariedade** ensejam o reconhecimento do afeto como único modo eficaz de definição da família e de preservação da vida. Esse, dos novos vértices sociais, é o mais inovador.[120]

É nesta busca pela felicidade que os cônjuges se divorciam. Afinal, casa-se para ser feliz e se separa também em busca da felicidade. A dissolução do vínculo conjugal não pode, nem deve significar o rompimento ou alteração do vínculo parental. Aliás, a regra de ouro de uma separação é a instalação de um campo neutro para os filhos, cuja relação com os pais deveria ficar intacta e preservada. Mas nem sempre é o que acontece no fim de um casamento. É que os laços de sangue não são suficientes para garantir a maternidade e a paternidade, que é muito mais um exercício diário no convívio, na cumplicidade, no estabelecimento de regras e limites, no companheirismo e no amor. É assim que se estabelecem os mais sólidos e profundos vínculos, invisíveis aos olhos da genética. Em outras palavras, paternidade e maternidade são funções exercidas. Neste sentido é que podemos afirmar que a verdadeira paternidade e maternidade é adotiva, isto é, o pai ou a mãe que não "adotam" o seu filho, mesmo biológico, jamais serão pais em seu sentido verdadeiro.

O papel psicossocial do pai e da mãe deve ser compreendido separadamente do vínculo conjugal, transcendendo também o vínculo biológico. Os pais são muito mais importantes como função. O vínculo genético tem um papel secundário. A paternidade/maternidade fundada no afeto, caracterizada pelo seu verdadeiro exercício, é a socioafetiva, que deve ser construída dia a dia, independente da situação jurídica em que os pais se encontram: solteiros, casados ou divorciados.

O livre desenvolvimento da personalidade, principalmente da criança e do adolescente, é um bem jurídico e uma tutela protegida de forma especial pela Constituição Federal. O exercício da paternidade e da maternidade – e, por conseguinte, do estado de filiação – é um bem indisponível para o Direito de Família, cuja ausência propositada tem repercussões e consequências psíquicas sérias, e a ordem legal/constitucional deve amparo, inclusive, com imposição de sanções, sob pena de termos um Direito acéfalo e inexigível.

É ausente o pai e a mãe que acredita que somente o sustento material é o suficiente para a criação de filhos. Com o fim da conjugalidade (ou mesmo se não houve conjugalidade), é comum que o genitor não guardião fique somente com o pagamento de alimentos, ficando o outro sobrecarregado para cumprir as funções

de pai e mãe, cobrindo a ausência daquele que não está cumprindo o exercício do poder familiar.

4.4.2. As normas jurídicas do compromisso do amor paterno/materno-filial

Não se pode obrigar ninguém a amar outrem, mas a relação paterno-materno-filial exige compromisso e responsabilidade e, por isso, é fonte de obrigação jurídica. A afetividade geradora de direitos e deveres "é a que depende mais do braço, do ombro e da razão do que do coração."[121] A Constituição da República dá o comando desta responsabilidade e obrigação através do princípio da dignidade humana, do princípio da solidariedade, do princípio da paternidade responsável e, obviamente, do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

O princípio da dignidade da pessoa humana, esculpido no artigo 1º, III, da Constituição Federal é um dos esteios de sustentação do Estado democrático de Direito. É impossível pensar em direitos desatrelados da ideia de dignidade, que é inerente à vida, ao ser humano, independentemente de merecimento pessoal ou social, ou seja, não é preciso que se faça por merecê-la para ser um sujeito digno de direitos.[122] É a dignidade do valor intrínseco ao homem que o diferencia da coisa, do objeto, tornando-o sem preço e acima de qualquer especulação material. Assim, por conter esse valor intrínseco, sem preço e superior à ordem da natureza e das coisas, que é considerado uma pessoa, um ser dotado de consciência racional e moral e por isso mesmo capaz de responsabilidade e liberdade.[123]

A dignidade é um macroprincípio sob o qual pairam outros princípios e valores essenciais, como liberdade, responsabilidade, autonomia privada, cidadania, igualdade, alteridade e solidariedade. É a base e sustentação para o desenvolvimento dos direitos humanos e a certeza de que determinadas necessidades humanas devem ser atribuídas às pessoas por uma mesma causa universal e acima de qualquer arbítrio humano, que nenhum Estado tem o poder de modificar, por exemplo, o direito à saúde e à educação.

O Direito de Família somente estará em consonância com a dignidade se determinadas relações familiares, como a relação entre pais e filhos, não forem desconsideradas ou excluídas. Assim, podem ser evitadas graves injustiças sociais, como aconteceu com os filhos havidos fora do casamento e que eram ilegitimados pelo próprio Estado. Esse entendimento nos remete ao conceito contemporâneo de cidadania, que, por sua vez, pressupõe inclusão, ou seja, não

exclusão de nenhum tipo de família e, consequentemente, de nenhum membro da família, especialmente quando se trata de criança ou adolescente. Em outras palavras, afronta o princípio da dignidade humana o pai ou a mãe, que abandona seu filho psiquicamente, isto é, deixa voluntariamente de conviver com ele.

Maria Celina Bodin de Moraes bem atrelou a configuração do dano moral à ofensa da dignidade humana.[124] A dignidade como um macroprincípio se subdivide em quatro outros princípios que devem ser ponderados à luz de cada caso concreto. São eles: Liberdade, Solidariedade, Integridade psicofísica e Igualdade. Havendo ofensa a um desses princípios, está configurado o dano moral.

> Nesta hipótese, a realização do princípio da dignidade humana se dá a partir da integralização do princípio da solidariedade familiar que contém, em si, como característica essencial e definidora da assistência moral dos pais em relação aos filhos menores. A Constituição e a lei obrigam os genitores a cuidar dos filhos menores. Em ausência deste cuidado, com prejuízos necessários à integridade das pessoas a que o legislador atribui prioridade absoluta, pode haver dano moral a ser reparado.[125]

O **princípio da solidariedade** está esculpido no artigo 3º, I, da Constituição Federal[126] e é garantidor da assistência não somente material, mas também moral, dos pais aos filhos menores, assegurando-lhes o cuidado necessário para o seu desenvolvimento. O alagoano Paulo Lôbo, com autoridade do jurista contemporâneo demarca:

> A solidariedade em relação aos filhos responde à exigência da pessoa de ser cuidada até atingir a idade adulta, isto é, de ser mantida, instruída e educada para sua plena formação social.[127]

O **princípio da paternidade responsável** é norma de comando dos artigos 226, § 7º, e 229 da Constituição da República, que dão jurisdicidade ao dever de cuidado recíproco entre pais e filhos:

> Art. 226, § 7º. Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da *paternidade responsável*, o planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o

> exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. (Grifo nosso.)
> Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

A paternidade responsável é um desdobramento do princípio da responsabilidade. Significa que os pais devem arcar com o ônus e o bônus da criação dos filhos, tenham sido planejados ou não.

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente está estampado no comando do artigo 227 da Constituição da República, que sintetiza, complementa e reforça todo o conteúdo dos direitos fundamentais dos menores, inclusive como prioridade absoluta:

> É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

A Constituição Federal de 1988 abarcou valores e inaugurou uma principiologia que fez instalar um novo tempo para o Direito de Família brasileiro. Diante da valorização da pessoa humana, inclusive no núcleo familiar, o objetivo passou a ser promover sua realização enquanto tal, especialmente, no que tange àqueles que se encontram em situação de fragilidade e em processo de formação da personalidade como é o caso da criança e do adolescente. Assim, a solução de todos os conflitos envolvendo menores e adolescentes deve ser orientada pelo Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente. Assegurado tal princípio, é consolidada a base estrutural dos direitos que tem a criança e o adolescente, na qualidade de pessoa em desenvolvimento, até que consigam se autogovernar. Em uma interpretação lógico-sistemática, “toda forma de negligência” deve ser entendida em seu sentido patrimonial e também não material.

A paternidade/maternidade deixou de ser apenas um conjunto de competências atribuídas aos pais, convertendo-se em um conjunto de deveres para atender ao

melhor interesse do filho, principalmente, no que tange à convivência familiar, que deve ser vista de forma independente da existência ou não do tipo de relacionamento entre os pais. O Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente, por si só, deveria ser o suficiente para que o ordenamento jurídico brasileiro garantisse o convívio do(s) filhos(s) com ambos os pais e a assistência de ordem não material aos filhos, ou seja, participar, interferir, colocar limites, enfim, educar. São direitos fundamentais dos menores e deveres fundamentais dos pais, que não se rompem com o fim da conjugalidade.

A responsabilização dos pais pela condução da educação e criação de seus filhos também está prevista na legislação infraconstitucional. O Código Civil dispõe nos artigos 1.634, inciso II,[128] e 1.566, inciso IV[129], que os pais são responsáveis pela criação e educação dos filhos. Também o Estatuto da Criança e do Adolescente traduz em regras e desdobra os princípios constitucionais essa responsabilidade em seus artigos 3º,[130] 4º,[131] 22[132] e 33.[133]

4.4.3. Indenização pelo abandono afetivo filial e a tríade indenizatória

Além dos princípios constitucionais já mencionados e que são a chave e a fundamentação da responsabilidade civil dos pais em relação aos filhos, é necessário invocar também o artigo 5º, incisos V e X, da CFB,[134] que assegura o dano moral decorrente da violação à honra, bem como os artigos 186,[135] 187[136] e 927[137] do CCB/2002.

Para que haja a imposição do dever de indenizar, deve haver uma atuação lesiva que seja considerada contrária ao direito, ilícita ou antijurídica. A responsabilidade civil nos remete à ideia de atribuição das consequências danosas da conduta ao agente infrator. É indispensável também a existência de um dano ou prejuízo para que a responsabilidade civil seja configurada. Sem a ocorrência deste elemento não haveria o que indenizar, e, consequentemente, não teria o que responsabilizar. O abandono parental deve ser entendido como lesão a um interesse jurídico tutelado, extrapatrimonial, causado por omissão do pai ou da mãe no cumprimento do exercício e das funções parentais. Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho chamam a atenção para a importância, o cuidado e a necessidade de se desfazer de conceitos estabilizados pela doutrina clássica do Direito Civil:

(...) *fixemos a premissa de que o prejuízo indenizável poderá decorrer – não somente da violação*

do patrimônio economicamente aferível – mas também da vulneração de direitos inatos à condição de homem, sem expressão pecuniária essencial. (...)

Aliás, outro mito que se deve destruir é a ideia de que o dano, para o Direito Civil, toca, apenas, a interesses individuais. O Direito Civil não deve ser produto do cego individualismo humano. Diz-se, ademais, nessa linha equivocada de raciocínio, que somente o dano decorrente de ilícito penal teria repercussões sociais.

Nada mais falso.

Toda a forma de dano, mesmo derivado de um ilícito civil e dirigido a um só homem, interessa à coletividade. Até porque vivemos em sociedade, e a violação do patrimônio – moral ou material – do meu semelhante repercute, também, na minha esfera pessoal.[138] (Grifo nosso.)

O descumprimento do exercício do poder familiar[139] (art. 1.634/CCB) por qualquer um dos genitores configura um ilícito,[140] sendo, portanto, o fato gerador da indenização. Qualquer pessoa, qualquer criança, para se estruturar como sujeito e ter um desenvolvimento saudável necessita de alimentos para o corpo e para a alma. O alimento imprescindível para a alma é o amor, o afeto. E afeto[141] significa "afeição por alguém", "dedicação". Afeiçoar[142] significa também "instruir, educar, formar", "dar feição, forma ou figura". Esta é uma diferença entre afeto e amor. O afeto não é somente um sentimento, mas sim uma ação. É cuidado, como bem define Ana Rita Alfaiate:

O cuidado manifesta-se nos poderes-deveres de proteção e assistência de um sujeito por outro, mediante acções concretas que se sustentam na assunção de uma consciência de responsabilidade pela melhor decisão *para esse outro*. Assim, para o que nos ocupa, o cuidado consiste no poder e interesse, seja dos pais, da sociedade ou do Estado na segurança das crianças.

(...)

São os pais, diz-nos a Constituição, quem tem o direito e o dever de educação e manutenção dos filhos, não podendo estes ser afastados daqueles, salvo por decisão judicial e quando haja incumprimento dos deveres parentais fundamentais.[143]

O afeto, no sentido de cuidado, conduta, não pode faltar para o desenvolvimento de uma criança. Ao agir em conformidade com a função de pai e mãe, está-se objetivando o afeto e tirando-o do campo da subjetividade apenas. Nessas situações, é possível até presumir a presença do sentimento de afeto.

Obviamente que pressupõe, e tem também como elemento intrínseco, a imposição de limites. A ausência deste sentimento não exclui a necessidade e a obrigação de condutas paternas/maternas. Sendo ação, a conduta afetiva é um dever e pode ser imposta pelo judiciário, presente ou não o sentimento. Kant, em sua clássica obra *Fundamentação da metafísica dos costumes* já prescrevia:

> (...) o amor enquanto inclinação não pode ser ordenado, mas o bem fazer por dever, mesmo que a isso não sejamos levados por nenhuma inclinação e até se oponha a ele uma aversão natural e invencível, é amor *prático* e não *patológico*, que reside na vontade e não na tendência da sensibilidade, em princípios de ação e não em compaixão lânguida. E só esse amor é que pode ser ordenado. [144]

À norma jurídica, obviamente, deve corresponder uma sanção, sob pena de se tornar mera regra ou princípio moral. Por isso, a necessidade de responsabilização dos pais pelo não cuidado e, principalmente, pelo abandono dos filhos, independentemente do divórcio do casal. A responsabilidade é a essência do afeto e do cuidado, como competente e sabiamente já descreveu Kant:

> Aquilo que eu reconheço imediatamente como lei para mim, reconheço com um sentimento de respeito que não significa senão a consciência da *subordinação* da minha vontade a uma lei, sem intervenção de outras influências sobre a minha sensibilidade.
> (...)
> Uma vez que despojei a vontade de todos os estímulos que lhe poderiam advir da obediência a qualquer lei, nada mais resta do que a conformidade a uma lei universal das ações em geral que possa servir de único princípio à vontade, isto é: devo proceder sempre de maneira que *eu possa querer também que a minha máxima se torne uma lei universal*. Aqui é pois a simples conformidade à lei em geral (sem tomar como base qualquer lei destinada a certas ações) o que serve de princípio à vontade, e também o que tem de lhe servir de princípio, para que o dever não seja por toda parte uma vã ilusão e um conceito quimérico; e com isto está perfeitamente de acordo a comum razão humana nos seus juízos práticos e tem sempre diante dos olhos este princípio.[145]

O caráter punitivo e preventivo, aliados a uma necessidade pedagógica da

reparação civil, significam um freio a tal ato danoso àquele que não escolheu nascer.

A indenização por danos morais vem crescendo no Brasil a partir de 1988, com a Constituição da República, principalmente nas relações de consumo. Indeniza-se facilmente por um constrangimento ou sofrimento causado por um cheque devolvido incorretamente pelo banco, por exemplo. No Direito de Família o assunto é recente, e as resistências ficam, inclusive, por conta do medo de se instalar uma indevida indústria indenizatória, com uma avalancha de pessoas requerendo, aos tribunais, indenização por todo e qualquer sofrimento nas relações amorosas. É preciso separar o joio do trigo, e, certamente, os tribunais terão maturidade para entender que não é bem assim. A indenização a que nos referimos não é simplesmente pelas desilusões e pelos desencantos ou decepções com os pais. Não é pelo sofrimento de se constatar que o pai não é como o filho gostaria que ele fosse. Sofrimento faz parte da vida e, inclusive, é o que proporciona reflexões ao sujeito para que ele evolua. Na relação amorosa entre adultos, ambos são responsáveis pelos seus encantos e desencantos amorosos. Mas, na relação parental, os pais são responsáveis pela educação de seus filhos e se pressupõe aí, dar afeto, apoio psíquico, moral e atenção. O dano não é tanto pelo sofrimento causado, mas pela violação do direito e que tanto sofrimento causa a ponto de provocar danos à pessoa. O mau exercício do poder familiar é um dano ao direito da personalidade do filho. Abandonar e rejeitar um filho é violar direitos. Os menores têm direito não só ao nome de filho, insista-se, mas também ao estado de filiação. A toda regra jurídica deve corresponder uma sanção, frise-se. Uma das razões da existência da lei jurídica é exatamente a de obrigar e impor limite a quem não o tem. A lei jurídica, externa ao indivíduo, é para aqueles que não a têm internamente, isto é, para quem não age conforme os preceitos éticos e morais internalizados pelo seu próprio espírito. Se todos agissem com retidão, não haveria necessidade da lei jurídica. Segundo Del Vecchio: “O direito só existe porque existe o torto.”

O bem atingido quando se busca a reparação é de cunho personalíssimo, é todo e qualquer atributo que individualiza cada pessoa,[146] deslocando a responsabilidade para a seara do dano moral. A forma de reparação mais adequada é o restabelecimento do bom exercício da parentalidade. Entretanto, alcançar o *status quo ante* nestes casos pode ser impossível.

> (...) o dano patrimonial (onde restou atingido um bem físico, de valor comensurável monetariamente), a reparação pode ser feita através de reposição

> natural. Essa possibilidade já não ocorre no dano moral, eis que a honra violada jamais poderá ser restituída à sua situação anterior, porquanto, como já disse certo sábio, as palavras proferidas são como flechas lançadas, que não voltam atrás...
> (...)
> o dano moral é o efeito não patrimonial da lesão de um direito e não a lesão de um direito especial e abstrato a que não se reconhece valor jurídico.
> A não materialização imediata do dano em valores econômicos não quer dizer que ele seja etéreo. Em verdade, a certeza do dano decorre da efetiva violação do direito na esfera extrapatrimonial. O fato de os efeitos do direito violado serem imateriais não implica inocorrência de violação, tampouco na inexistência do dano lesado.[147]

A reparação pecuniária, de caráter compensatório, tem o objetivo de possibilitar ao filho uma reparação pelo dano sofrido, atenuando, em parte, as consequências da lesão. Obviamente que qualquer quantia arbitrada a esse título tem valor simbólico, pois não há dinheiro que pague o abandono afetivo. Trata-se de compensação, não de ressarcimento.

A noção jurídica de responsabilidade pressupõe atividade danosa de alguém que, atua *a priori* ilicitamente, violando uma norma jurídica preexistente (legal ou contratual), sendo obrigado a assumir, então, as consequências de seu ato. Portanto, responsabilidade, para o Direito, nada mais é que uma obrigação derivada – um direito sucessivo, resultado da violação de um dever originário – de assumir as deduções jurídicas de um fato. Essas consequências, a reparação dos danos e ou a punição pessoal do agente lesionante, podem variar de acordo com os interesses lesados.[148]

No Direito Privado, a agressão a um interesse eminentemente particular pode originar a responsabilidade civil, e o infrator subordinado ao pagamento de uma compensação pecuniária à vítima, se não puder repor *in natura* o estado anterior das coisas. O agente que cometeu um ato ilícito tem a obrigação de reparar o dano material ou moral causado, na tentativa de restituir o *status quo ante*, obrigação esta que, se não for possível, é convertida no pagamento de uma indenização, nos casos em que se pode estimar patrimonialmente o dano, ou de uma compensação, na hipótese de não se poder estimar patrimonialmente este dano.

Para que se caracterize a responsabilidade civil com consequência indenizatória é necessário que estejam presentes três elementos: Ação (caráter comissivo ou omissivo, a conduta ilícita); Dano ou prejuízo causado (material ou

psíquico que atinja os atributos da personalidade como a honra e a dignidade) e o Nexo de causalidade, isto é, a conduta e o resultado entre o dano e a ação. No abandono afetivo, os pressupostos da responsabilidade civil e o dever de indenizar estão presentes:

> 1. a existência de uma ação ou omissão que se apresenta como ato ilícito: a conduta humana culposa, ou até mesmo dolosa, exteriorizada pela ação e omissão do "pai" ou da "mãe" ao negar o exercício da parentalidade, independentemente de reconhecida nos registros públicos, merece censura social e jurídica. Mesmo o genitor que paga alimentos pode ser penalizado, vez que este dever não exclui os demais inerentes ao poder familiar;
> 2. a ocorrência de um dano moral ou patrimonial causado à vítima pelo agente: o dano ou prejuízo causado ao filho que foi atingido em seus atributos mais louváveis, quais sejam, a moral, a honra, a dignidade, a reputação social, muitas vezes compelido a viver situações vexatórias, além de não ter podido usufruir da presença de um dos genitores e com ele conviver;
> 3. o nexo de causalidade entre o dano e a ação do agente: a causalidade entre a conduta e o resultado, que é óbvia ao se detectar que à medida que o "pai" ou a "mãe" repugna e afasta o reconhecimento do filho, causa-lhe uma dor intensa, um sofrimento que foge à normalidade, interferindo diretamente em seu comportamento psicológico e social.

Não se pode negar que o abandono paterno ou materno (omissão) não cause dano psíquico ou até mesmo material – casos em que há tratamentos psicológicos/psiquiátricos, e isto significa gastos financeiros. Não há como negar também a relação entre a conduta parental e o dano causado ao filho, caracterizando assim o nexo de causalidade.

Uma decisão proferida na Comarca de Capão da Canoa, Rio Grande do Sul, exemplifica muito bem a questão:

> ... se a inclusão no SPC dá margem à indenização por danos morais, pois viola a honra e a imagem, quanto mais rejeição do pai. É menos aviltante, com certeza, ao ser humano dizer 'fui indevidamente incluído no SPC' a dizer 'fui indevidamente rejeitado por meu pai'. Nessa senda, não se apresenta absurdo o valor inicialmente pretendido.[149]

As funções da reparação civil compreendem três esferas de alcance: compensatória ao dano causado à vítima; punitiva do ofensor e a desmotivação social da conduta lesiva.[150]

A função compensatória tem como objetivo retornar as coisas ao *status quo ante*. O bem perdido é restituído e, quando isso não é mais possível, impõe-se o pagamento de uma indenização, em um *quantum* equivalente ao valor do bem material ou compensatório do direito ofendido.

Questiona-se se a indenização teria o condão de trazer de volta ao filho o amor dos pais. Como forma de comparação podemos citar as indenizações pagas em razão de morte do trabalhador no ambiente de trabalho e em razão de negligência da empresa, que não trazem de volta o pai de família, mas são formas de minimizar a dor. Assim, também é a indenização pelo abandono afetivo. Não há como obrigar ou trazer de volta a convivência pais/filho, mas a indenização ajuda a preencher uma lacuna e significa responsabilizar o sujeito-pai.

A dor sofrida pelo filho que se viu rejeitado é intensa, e se distingue dos aborrecimentos do dia a dia a que todos se sujeitam:

> O dano é ainda considerado como moral quando os efeitos da ação, embora não repercutam na órbita de seu patrimônio material, originam angústia, dor, sofrimento tristeza ou humilhação à vítima, trazendo-lhe sensações e emoções negativas. Neste último caso, diz-se necessário, outrossim, que o constrangimento, a tristeza, a humilhação, sejam intensos a ponto de poderem facilmente distinguir-se dos aborrecimentos e dissabores do dia a dia, situações comuns a que todos se sujeitam, como aspectos normais da vida cotidiana.[151]

A ideia de punição ao ofensor é uma função secundária, admitindo-se inclusive a sua não incidência quando possível a restituição integral à situação anterior. Embora não seja a finalidade básica, a prestação imposta ao infrator também gera um efeito punitivo pela ausência de cautela na prática de seus atos, persuadindo-o a não mais lesionar. Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho defendem que a função punitiva, a persuasão não se limita ao ofensor, originando a terceira função, de cunho educativo, que é a de tornar público para que as condutas semelhantes não sejam toleradas.[152] Maria Celina Bodin de Moraes é contra a ideia do caráter punitivo na responsabilidade civil sob o argumento de que tal punição desvia totalmente do foco da responsabilidade como reparação.[153]

Os caracteres punitivo e o preventivo, aliados a uma necessidade pedagógica,

da sanção civil, podem significar um freio ao ato danoso. O filho não escolheu nascer, mas os pais, ao contrário, são responsáveis e devem ser responsabilizados pelo seu nascimento. Poderiam ter evitado, e se não o fizeram, assumiram o risco da provável concepção. Uma vez nascido o filho, tenha sido ele planejado ou não, desejado ou não, os pais devem cumprir a obrigação jurídica de criá-los e educá-los.

Enfim, a responsabilidade é um princípio jurídico e deve ser observada e respeitada em todas as relações jurídicas, especialmente, nas relações familiares entre pais e filhos. O princípio jurídico da paternidade responsável não pode se resumir à assistência material. O cumprimento do dever de assistência moral é dever jurídico, cujo descumprimento pode ter como consequência a pretensão indenizatória.[154] Pai e mãe não podem se divorciar de seus filhos.[155]

4.4.4. Monetarizando o afeto?

A configuração da conduta abandônica pelos pais e a ofensa direta aos princípios constitucionalmente assegurados, como o da Dignidade da Pessoa Humana, Paternidade Responsável, Solidariedade Familiar, Intimidade, Integridade Psicofísica, Convivência Familiar, Assistência, Criação e Educação, deve acarretar uma reparação ao filho, **pois a reparação civil ou a indenização vem exatamente contemplar aquilo que não se pode obrigar**. Não se trata de atribuir um valor ou um conteúdo econômico ao afeto. Admitir que somente o pagamento de pensão alimentícia é o bastante na relação entre pais e filhos é que significa monetarizar tal relação. O abandono paterno/materno não tem preço e não há valor financeiro que pague tal falta. Como se disse, o valor da indenização é simbólico, mas pode funcionar como um lenitivo e um conforto para a alma.[156] É que não se pode deixar de atribuir uma sanção às regras jurídicas. E, exatamente, por não ter como obrigar um pai ou uma mãe a amar seu filho é que se deve impor a sanção reparatória para a ausência de afeto, entendido como ação, cuidado (item 4.4.3), repita-se. Não admitir tal raciocínio significa admitir que os pais não são responsáveis pela criação de seus filhos. Neste sentido, vários outros doutri-nadores, como Paulo Luiz Netto Lôbo,[157] Maria Berenice Dias,[158] Maria Celina Bodin de Moraes,[159] Rolf Madaleno[160] e Giselda Hironaka.[161]

A discussão do abandono afetivo transcende os seus aspectos jurídicos e éticos para atingir uma dimensão política e social. As milhares de crianças de rua e na rua estão diretamente relacionadas ao abandono paterno ou materno, e não apenas à omissão do Estado em suas políticas públicas. Se os pais fossem mais presentes

na vida de seus filhos e não os abandonassem afetivamente, isto é, se efetivamente os criassem e educassem, cumprindo os princípios e regras jurídicas, não haveria tantas crianças e adolescentes com sintomas de desestruturação familiar.[162]

Com a igualdade de direitos entre homens e mulheres, pai e mãe passaram a dividir a educação e a criação dos filhos, separando conjugalidade de parentalidade. Não se admite mais a ideia de que filhos de pais divorciados ou solteiros sejam isentos de conviver, receber carinho, afeto, amor e educação de ambos os pais.

4.4.5. O abandono afetivo nos tribunais: pai, por que me abandonastes?

O descompromisso de pais com seus filhos, independentemente do divórcio, tem sido tão frequente em nossa realidade brasileira, que já se tornou um "sintoma" de nosso tempo. Muitos filhos não tiveram outra alternativa a não ser recorrer aos tribunais para buscar algum amparo ao seu desamparo advindo da ausência voluntária do pai. Nestes casos, recorre-se à justiça não em busca de ajuda material, pois para isso há formas jurídicas mais céleres e mais práticas. Como disse, não é o valor da indenização que vai recompor ou restituir o afeto negado ou omitido aos filhos. Certamente, quando esses filhos chegaram às barras dos tribunais, já haviam esgotado todas as formas consensuais de tentativas de aproximação com seus pais. A quase totalidade desse abandono é por parte do pai. Dificilmente a mãe abandona um filho após o nascimento, a não ser em situações trágicas, ou quando o entrega à adoção; o que pode significar um ato de responsabilidade.

Os casos que chegaram à justiça nos remetem a uma importante reflexão sobre a importância da função paterna para a constituição do sujeito, simboliza e representa a necessidade da intervenção judicial. Para além do caráter reparatório, cada caso traz consigo o seu efeito didático, e consequentemente político, no sentido de se saber e reafirmar a norma jurídica de que os pais têm obrigações, são responsáveis e devem ser responsabilizados pelo descumprimento da norma, isto é, pelo abandono afetivo em relação aos seus filhos.

O primeiro julgamento sobre abandono afetivo foi o do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, cuja fundamentação esteiou-se no princípio constitucional da dignidade: "a dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser

indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana."[163]

Esta decisão foi cassada pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ, sob a equivocada argumentação de que a "punição" para o pai que abandona um filho é a destituição do poder familiar.[164] A imputação da perda do poder familiar como pena para aquele que abandona seu filho serviria somente como prêmio para o genitor abandônico, ou mesmo de estímulo para aqueles que não querem ser responsabilizados pelo ato de gerar um filho, planejado ou não. De qualquer forma, a 4ª turma do Superior Tribunal de Justiça, em 24/04/2012, trouxe outra posição da Corte Superior, sob a relatoria da Ministra Nancy Andrighi, em que demonstra entender e traduzir melhor os novos valores e paradigmas do Direito de Família contemporâneo. Certamente um filho que precisou recorrer à justiça para pedir ao Estado-Juiz uma reparação civil, já sabe que se antes já não tinha seu pai por perto, com a condenação ele se afastará ainda mais. Entretanto, quando se busca tal reparação, certamente já passou toda sua vida mendigando o amor deste pai. Nesta referida decisão, o STJ colocou em seu devido lugar o afeto como valor jurídico, no sentido em que ele se traduz como ações e omissões:

> (...) O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o *non facere*, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exsurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou

exagerada (STJ, Resp n. 1.159. 242, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, pub. 10/05/2012).

Uma decisão de primeira instância, da segunda vara da Comarca de Capão da Canoa, Rio Grande do Sul, traduziu muito bem o espírito e a necessidade da reparação civil. Condenou o pai ao pagamento de quarenta e oito mil reais por ter abandonado afetivamente a filha, ressaltando a importância da presença paterna do desenvolvimento de uma criança, e que tal ausência viola a honra e a imagem do filho. Além disso, chamou atenção para o fato de que a grande maioria de jovens drogados e de criminosos são filhos de pais que não lhes dedicaram amor e carinho. Neste caso, o pai também não cumpria com o dever material fixado, mas ficou expresso na sentença que a ausência do pagamento de alimentos deveria ser suprida mediante ação de execução.[165]

O Tribunal de Justiça de São Paulo já se manifestou favoravelmente à indenização pelo abandono afetivo. Em um dos casos, o pai, após separar-se da mãe da autora, constituiu nova família da qual advieram três filhos. A autora, o pai e os irmãos eram membros da mesma colônia judaica, razão pela qual se encontravam frequentemente. Apesar disso, o pai fingia não conhecer a filha. Essa situação perdurou durante anos, sentindo-se a filha humilhada, rejeitada, estigmatizada, com complexos de culpa e inferioridade, que lhe acarretaram problemas psicológicos e despesas médicas. O pai foi condenado ao pagamento de cinquenta mil reais e ao custeio do tratamento psicológico da filha.[166] No segundo julgado, cuja relatoria a cargo do Desembargador Caetano Lagrasta, a indenização fundamenta-se, dentre outras razões, na proibição da discriminação entre os filhos e que alimentos devem ser para o corpo e para a alma, sob pena de deformação da família.[167]

As duas câmaras especializadas em Direito de Família do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul também já se posicionaram sobre o cabimento de indenização pelo abandono afetivo por ser a conduta abandônica um ato ilícito, [168] além de ressaltar a sua função pedagógica e compensatória.[169] Nesse mesmo sentido, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

(...) Ora, julgar-se inexistente ilícito quando um ou ambos os pais, comprovadamente e de forma omissiva, deixam seus filhos em abandono moral e material é não garantir a eficácia do próprio direito no ordenamento jurídico, o que levaria ao ceticismo jurídico, incluindo-se aí a ceticemia, consistente na

doença moral que corrói todo o sistema jurídico que nos envolve.
Para que não haja essa ceticemia jurídica decorrente de ofensas (positivas ou negativas) à lei, ao direito e à justiça, tenho necessidade de entender que o abandono afetivo é ilícito capaz de gerar danos morais e ensejar a sua reparação.
Nesse diapasão, indispensável afirmar-se que a responsabilidade civil do requerido está patenteada não somente contra a pessoa do seu filho, mas também contra a requerente, por via reflexa, pelo que desnecessária é a perquirição sobre o elemento subjetivo da culpa, por ser esta presumida às escâncaras.(...) (TJSC, Apelação Cível n. 2006.015053-0, Relator Designado: Des. Monteiro Rocha, 2ª Câmara de Direito Civil, j. 10/12/2008).

Além dessas decisões, o Tribunal de Justiça do Paraná, fazendo referência à Constituição colombiana, concluiu:

Apelação cível. Ação de indenização por danos morais decorrentes de abandono afetivo. (...) III - Ato ilícito caracterizado. Direito da criança e do adolescente à convivência familiar. Art. 227 da Constituição Federal. Princípio (...). A Constituição colombiana, em seu art. 44, garante aos filhos o direito fundamental ao amor, o que se pode extrair, implicitamente, também da nossa, eis que os direitos fundamentais são cláusulas abertas e decorrem não só do texto constitucional, também dos princípios constitucionais explícitos ou implícitos. (...) o desprezo do pai por uma filha, desde sua tenra idade, fere claramente o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (...) (TJPR, Apelação Cível n. 768.524-9, Relator Designado: Des. Jorge de Oliveira Vargas, 8ª Câmara Cível, j. 26/1/2012).

61 Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores...
I – dirigir-lhe a criação e educação;

62 Art. 1.565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família.
§ 1º Qualquer dos nubentes, querendo, poderá acrescer ao seu o sobrenome do outro.

63 Sobrevindo a conversão da separação em divórcio, reabre-se a questão do nome da mulher, sendo regra a volta ao nome de solteira, mesmo que não tenha sido culpada pela separação, salvo em casos excepcionais de comprovado prejuízo processual. OLIVEIRA, Euclides de. "Quais as causas que podem justificar a separação", p. 77-108. In: *Casamento, separação, viuvez*. Coord. Carla Leonel, São Paulo: Ed. CIP, 1999, p. 99.

64 Art. 1.578. O cônjuge declarado culpado na ação de separação judicial perde o direito de usar o sobrenome do outro, desde que expressamente requerido pelo cônjuge inocente e se a alteração não acarretar:

I – evidente prejuízo para a sua identificação;

II – manifesta distinção entre o seu nome de família e o dos filhos havidos da união dissolvida;

III – dano grave reconhecido na decisão judicial.

§ 1º O cônjuge inocente na ação de separação judicial poderá renunciar, a qualquer momento, ao direito de usar o sobrenome do outro.

§ 2º Nos demais casos caberá a opção pela conservação do nome de casado.

65 MORAES, Maria Celina Bodin de. "Sobre o nome da pessoa humana". In: Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, vol. 2, n. 7, out./dez., p. 51, 2000.

66 Acórdão da 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Des. Relatora Maria Berenice Dias, em apelação cível n. 599.400.298, julgada em 08.09.1999, publicado em 1.10.1999 (*Revista Brasileira de Direito de Família*, vol. 1, n. 3, p. 130, out./dez. 1999).

67 STJ, Recurso especial n. 1.041.751-DF (2008/0062175-8), 3ª T., Rel. Min. Sidnei Beneti, pub. em 03.09.2009.

68 STJ, Recurso especial n. 1.069.864/DF, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, pub. em 08.12.2008.

69 Art. 1.579. O divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos.

Art. 1.588. O pai ou a mãe que contrair novas núpcias não perde o direito de ter consigo os filhos, que só poderão ser retirados por mandado judicial, provado que não são tratados convenientemente.

Art. 1.632. A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos.

Art. 1.636. O pai ou mãe que contrai novas núpcias, ou estabelece união estável, não perde, quantos aos filhos do relacionamento anterior, os direitos ao poder familiar, exercendo-os sem qualquer interferência do novo cônjuge ou companheiro.

70 DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*, 5. ed. rev., atual. e amp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 387.

71 Art. 1.589. O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.

72 Neste sentido, foi aprovada a Lei n. 12.013, de 6 de agosto de 2009, que alterou o art. 12 da Lei n. 9.394/96 – Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, determinando às instituições de ensino obrigatoriedade no envio de informações escolares aos pais, conviventes ou não com seus filhos:

Art. 12. Os estabelecimentos de ensino, respeitadas as normas comuns e as do seu sistema de ensino, terão a incumbência de:

(...)

VII – informar pai e mãe, conviventes ou não com seus filhos, e, se for o caso, os responsáveis legais, sobre a frequência e rendimento dos alunos, bem como sobre a execução da proposta pedagógica da escola.

73 COSTA, Tarcísio José Martins. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*, Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 58.

74 STRENGER, Guilherme Gonçalves. *Guarda de filhos*, São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1991, p. 22.

75 Essa interação deve pressupor um entendimento, que é a base e objetivo maior: o pleno desenvolvimento do filho como pessoa, seu maior interesse. CARBONERA, Silvana Maria. *Guarda de filhos na família constitucionalizada*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 88.

76 Art. 1.583**.** A guarda será unilateral ou compartilhada.

§ 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

§ 2º A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores:

I – afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar;

II – saúde e segurança;

III – educação.

§ 3º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos.

§ 4º Vetado.

Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser. I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar;

II – decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.

§ 1º Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas.

§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada.

§ 3º Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar.

§ 4º A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda, unilateral ou compartilhada, poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho.

§ 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.

77 DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*, 5. ed., rev., atual. e amp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 401.

78 MADALENO, Rolf. *Direito de Família em pauta*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 90-91.

79 MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*, 1. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 274.

80 MARINHO PAULO, Beatrice. *Como o leão da montanha*, Belo Horizonte: IBDFAM, 24 de novembro de 2009, Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=567>. Acesso em: 16 dez. 2009.

81 MARINHO PAULO, Beatrice. *Op. cit.*

82 Citado por Nick, Sérgio Eduardo. Guarda Compartilhada: um novo enfoque no cuidado dos filhos de pais separados ou divorciados. In: *A nova família: problemas e perspectivas*. BARRETO, Vicente (Org.) Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 135. *Apud* LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil-Famílias*, 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 199.

83 LIENHARD, Claude. *Les nouveaux droits du père*. Paris: Delmas, 2002, p. 53. *Apud* LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil-Famílias*, 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 200.

84 CURRY-SUMMER, I., FORDER, C. *The dutch family law chronicles: continued parenthood notwithstanding divorce*. p. 267-270. Apud LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil-Famílias*, 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 200.

85 LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil-Famílias*, 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 200.

86 FILHO, Waldyr Grisard. *Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*, 4. ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 126.

87 RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*, 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 266.

88 LAGRASTA NETO, Caetano. *Direito de família: a família brasileira no final do século XX*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 128.

89 LÜDERITZ, Alexander; DETHLOFF, Nina. *Familienrecht*, München: Verlag C. H. Beck, 2007, p. 361.

90 Tradução livre: guarda nidal é quando a criança permanece em uma só casa, e os pais que se revezam.

91 MADALENO, Rolf Hanssen. *A Criança no novo Direito de Família. Direitos Fundamentais do Direito de Família*. Coord. WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 343.

92 SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO Theobaldo. *Inovações em direito e processo de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 86-87.

93 Civil e Processual. Pedido de guarda compartilhada de menor por tio e avó paternos. Pedido juridicamente possível. Situação que melhor atende ao interesse da criança. Situação fática já existente. Concordância da criança e seus genitores. Parecer favorável do Ministério Público estadual. Recurso conhecido e provido. I. A peculiaridade da situação dos autos, que retrata a longa co-habitação do menor com a avó e o tio paternos, desde os quatro meses de idade, os bons cuidados àquele dispensados, e a anuência dos genitores quanto à pretensão dos recorrentes, também endossada pelo Ministério Público Estadual, é recomendável, em benefício da criança, a concessão da guarda compartilhada (STJ, Resp n. 1147138 / SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, 4ª turma, pub. 27/05/2010).

94 Sob a tônica da prevalência dos interesses da pessoa em condição peculiar de desenvolvimento, deve-se observar a existência da excepcionalidade a autorizar o deferimento da guarda para atender situação peculiar, fora dos casos de tutela e adoção, na previsão do art. 33, § 2º, do ECA. A avó busca resguardar situação fática já existente, por exercer a posse de fato da criança desde o nascimento, com o consentimento dos próprios pais, no intuito de preservar o bem-estar da criança, o que se coaduna com o disposto no art. 33, § 1º, do ECA. Dar-se-á preferência a alguém pertencente ao grupo familiar – na hipótese a avó – para que seja preservada a identidade da criança, bem como seu vínculo com os pais biológicos, significa resguardar ainda mais o interesse do menor, que poderá ser acompanhado de perto pelos genitores e ter a continuidade do afeto e a proximidade da avó materna, sua guardiã desde tenra idade, que sempre lhe destinou todos os cuidados, atenção, carinhos e provê suas assistências moral, educacional e material. Se restou amplamente demonstrado que os interesses da criança estarão melhor preservados com o exercício da guarda pela avó, a procedência do pedido de guarda é medida que se impõe. Recurso Especial provido (Resp. n. 993.458/MA, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 07.10.2008). Nas decisões sobre a guarda de menores, deve ser preservado o interesse da criança, e sua manutenção em ambiente capaz de assegurar seu bem-estar, físico e moral, sob a guarda dos pais ou de terceiros. Recurso Especial provido (Resp. n. 686.709/PI, 3ª T., Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, julgado em 28.06.2006).

95 Artigo 1.589 do Código Civil Brasileiro: O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar a sua manutenção e educação.

96 KAUFMANN, Pierre. *Dicionário enciclopédico de psicanálise: o legado de Freud e Lacan*. Trad. Vera Ribeiro, Maria Luíza de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996, p. 472. *O significante, para Saussure, é a representação psíquica do som tal como nossos sentidos o percebem, ao passo que o significado é o conceito a que ele corresponde.*

97 Art. 1.121. A petição, instruída com a certidão de casamento e o contrato antenupcial se houver, conterá:
(...)
II – o acordo relativo à guarda dos filhos menores e ao regime de visitas.

98 Art. 1.583. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:
I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de

divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar;

II – decretada pelo juiz, em atenção as necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.

(...)

§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada.

§ 3º Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar.

99 CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*, São Paulo: Saraiva, 2012, p. 148.

100 "É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão."

101 Neste sentido, destaca-se a Proposta Legislativa n. 692/2007, de autoria da Senadora Kátia Abreu, que altera artigos do Código Civil de 2002 e do Código de Processo Civil para, expressamente, assegurar e regulamentar o direito de visitas dos avós aos netos.

102 Affonso Romano de Sant'Anna, que em seu texto *Antes que elas cresçam* coloca de maneira poética a importância dos netos na vida dos avós e diz que avós são a reedição do afeto e, por isso, são tão desmesurados.

103 LACAN, J. *Écrits*, Paris: Seuil, 1966, *apud* ALTOÉ, Sônia. Régine Mougin-Lemerle. *Sujeito de direito. Sujeito de desejo. Direito e Psicanálise*, p. 1.

104 FACHIN, Luiz Edson e RUZYK, Carlos Eduardo P. "Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica". In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito provado*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 88.

105 PEREIRA, Tânia da Silva. *Op. cit.*, p. 160.

106 Constitucional, civil e processual civil. Ação de Regulamentação de Visitas. Avó. Extinção do feito, sem resolução de mérito, por impossibilidade jurídica do pedido. Direito natural. Laços de convívio e afinidade. Possibilidade. Cassação da sentença. Provimento da irresignação. Inteligência do art. 227 da Constituição da República, art. 1.589 do Código Civil e art. 267, VI, do CPC. Mostra-se juridicamente possível o ajuizamento de ação por avó, visando a regulamentação de visitas de sua neta, diante dos laços de convívio e afinidade havidos entre eles, postulação que se ampara em dispositivos constitucionais e infraconstitucionais (Apelação Cível n. 1.0209.06.057498-2/001, 5ª Câm. Cível, Rel. Des. Dorival Guimarães Pereira, julgado em 18.10.2007).

107 MOTTA, Maria Antonieta Pisano. "A Síndrome da Alienação Parental: Identificação, sua manifestação no Direito de Família, Intervenções possíveis". In: *Síndrome da Alienação Parental*: *A Tirania do Guardião – Aspectos Psicológicos, Sociais e Jurídicos*. (Ideal. e org.) Analdino Rodrigues Paulino Neto – Associação de Pais e Mães Separados – Apase. Porto Alegre: Equilíbrio, 2008, p. 36.

108 LAGRASTA, Caetano. "Parentes: guardar e alienar". In: *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, vol. 11, 2009, p. 38-48.

109 Ação de alteração de guarda de menor em que as visitas restaram restabelecidas, considerando os termos do laudo psicológico, por perita nomeada pelo juiz que realizou estudo nas partes envolvidas. Diagnóstico psicológico constatando indícios de alienação parental do menor, em face da conduta materna. Contatos paterno-filiais que devem ser estimulados no intuito de preservar a higidez física e mental da criança. Princípio da prevalência do melhor interesse do menor, que deve sobrepujar o dos pais (AI n. 70028169118-7º C. Civil. Rel. Des. André Luiz Planella Villarinho.)

110 Art. 1.634. Compete aos pais quanto à pessoa dos filhos menores:

I – dirigir-lhes a criação e a educação.

111 Evidenciado o elevadíssimo grau de beligerância existente entre os pais que não conseguem superar suas dificuldades sem envolver os filhos, bem como a existência de graves acusações perpetradas contra o genitor que se encontra afastado da prole há bastante tempo, revela-se mais adequada a realização das visitas em ambiente terapêutico. Tal forma de visitação também se recomenda por haver a possibilidade de se estar diante de quadro de alienação parental. Apelo provido em parte (Apel. Cível n. 70016276735, 7ª CC, Tribunal de Justiça do RS, Relatora Maria Berenice Dias, Julgado em 18.10.2006).

112 Não merece reparos a sentença que, após o falecimento da mãe, deferiu a guarda da criança ao pai, que demonstra reunir todas as condições necessárias para proporcionar a filha um ambiente familiar com amor e limites, necessários ao seu saudável crescimento. 2. A tentativa de invalidar a figura paterna, geradora da alienação parental, só milita em desfavor da criança e pode ensejar, caso persista, suspensão das visitas aos avós, a ser postulada em processo próprio. Negaram provimento. Unânime (Apel. Cível n. 70017390972, 7ª CC, TJRS, Rel. Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 13.06.2007).

113 Conforme termo de audiência realizado na Ação de Regulamentação de Visitas (f. 25), ficou estipulado o direito de visita do pai/agravado em relação à criança. Diz, porém, o agravado que a agravante não a permite, alegando que está preservando os interesses do menor. O laudo psicossocial de fls. 43/45 concluiu que o menor possui quadro de Alienação Parental, ou seja, "quando a criança está sob a guarda de um genitor alienador, ela tende a rejeitar o genitor oposto sem justificativas consistentes, podendo chegar a odiá-lo", relatando ainda: "A respeito das visitas paternas G. traz queixas inconsistentes, contudo, o seu brincar denota o desejo inconsistente de retorno do contato com o pai, demonstrando que o período de afastamento não foi capaz de dissolver os vínculos paterno-filiais (sic)". AI 1.0702.09.554305-5/001, 1ª CC Rel. Des. Vanessa Verdolim – *DJ*MG 23.06.2009.

114 JARDIM ROCHA, Mônica. "Síndrome de alienação parental: a mais grave forma de abuso emocional", p. 39-46. *In*: *Psicologia na prática jurídica – A criança em foco*. Coord. Beatrice Marinho Paulo, Niterói: Impetus, 2009, p. 40.

115 *Op. cit.*, p. 39-40.

116 A guarda compartilhada e uma maior convivência familiar pode ser um antídoto à alienação parental. Neste sentido, já se posicionaram nossos tribunais: (...) profissionais mais gabaritados têm insistentemente alertado para os malefícios do que se convencionou chamar **alienação parental**, a importância para o desenvolvimento psicossocial, emocional e psicológico das crianças o partilhar da convivência com ambos os pais (STJ, Medida Cautelar n. 18.538, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Pub. 26/03/2012). Grifamos**.**

(...) De igual modo, nos casos de **alienação parental**, resguarda-se o maior interesse da menor ao se permitir que ela esteja em convívio com a sua avó materna, o que se recomenda, inclusive, em razão de inexistirem elementos que desautorizem a subsistência do relacionamento (TJMG, AI n. 1.0241.11.001272-1/001, Rel. Des. Armando Freire, 1ª Câmara cível, pub. 03/02/2012). Grifamos.

(...) A custódia física conjunta é o ideal a ser buscado na fixação da guarda compartilhada, porque sua implementação quebra a monoparentalidade na criação dos filhos, fato corriqueiro na guarda unilateral, que é substituída pela implementação de condições propícias à continuidade da existência de fontes bifrontais de exercício do Poder Familiar. (...) STJ, REsp. 1251000 / MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª turma, pub. 31/08/2011.

117 Prescrevem os artigos 186 c/c 927 do Código Civil, que: Art. 186, CCB. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. Art. 927, CCB. Aquele que, por ato ilícito (art. 186) causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

118 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Volume 5. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 457.

119 TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. Volume único, 2. ed., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012, p. 1198.

120 DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, 3. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista

dos Tribunais, 2006, p. 45.

121 OLIVEIRA, Catarina Almeida de. In: ALBUQUERQUE, Fabíola Santos; EHRHARDT JR., Marcos e OLIVEIRA, Catarina Almeida. (Coord.). *Famílias no direito contemporâneo: estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lôbo*, Bahia: Editora *Jus* PODIVM, 2010, p. 65.

122 ANTUNES ROCHA, Carmem Lúcia. "O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social". In: *Anais do XVVI Conferência Nacional dos Advogados – Justiça: realidade e utopia*, Brasília: OAB, Conselho Federal, p. 72, vol. I, 2006.

123 KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. São Paulo: Abril Cultural, 1980, vol. I, p. 139-140. (Coleção Os Pensadores.)

124 MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

125 MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos morais em família? Conjugalidade, parentalidade e responsabilidade civil. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). *A ética da convivência familiar*: *sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 196.

126 Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária.

127 LÔBO, Paulo Luiz Netto. Conferência Magna – Princípio da Solidariedade Familiar. In: *Anais do VI Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Rio de Janeiro: IBDFAM – Lumen Juris, 2008, p. 7.

128 Art. 1.634. Compete a ambos os pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

II – tê-los em sua companhia e guarda.

129 Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:

IV – sustento, guarda e educação dos filhos.

130 Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

131 Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

132 Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

133 Art. 33. A guarda obriga à prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.

134 Art. 5º, V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.

Art. 5º, X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

135 Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

136 Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

137 Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

138 GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*, São Paulo, Saraiva: 2003, vol. 3, p. 41-42.

139 O PLS 700/2007, de autoria do senador Marcelo Crivella, sugere alterar a expressão "poder familiar" para autoridade parental.

140 Ilícito, neste caso, deve ser entendido como uma atuação lesiva que seja contrária ao direito, ilícita ou antijurídica.

141 FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa*, 3. ed. totalmente revista e ampliada, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999, p. 62.

142 FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Op. cit.*, p. 61.

143 ALFAIATE, Ana Rita. "Autonomia e cuidado". In: *O cuidado como valor jurídico* (Coord.) Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 13 e 21.

144 KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Paulo Quintela. Edições 70, LDA: 2007, p. 30. (Coleção Textos Filosóficos.)

145 KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Paulo Quintela. Edições 70, LDA: 2007, p. 32-33. (Coleção Textos Filosóficos.)

146 MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 157.

147 GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, vol. 3, p. 56 e 78.

148 GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO. *Op. cit.*, p. 9.

149 SILVA, Cláudia Maria da. "Indenização ao filho". In: *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, vol. 25, p. 149, ago./set., 2004.

150 GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO. *Op. cit.*, p. 23.

151 MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 157-158.

152 GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Op. cit.*, p. 23.

153 "Se se admite, todavia, que a plena satisfação da vítima somente ocorrerá com a punição do ofensor, perde-se novamente o foco da responsabilidade (como reparação), e se volta à seara da retribuição – no caso, da retribuição do mal com o mal, a retaliação, incivilidade que nos orgulhamos de ter superado." MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 55.

154 LÔBO, Paulo. 2. *Direito civil: famílias*, 2. ed., São Pulo: Saraiva, 2009, p. 287.

155 Art. 1.579. O divórcio não modificará os direitos dos pais em relação aos filhos.Parágrafo único. Novo casamento de qualquer dos pais, ou de ambos, não poderá importar restrição aos direitos e deveres previstos neste artigo.

Art. 1.632. A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quando ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos.

156 "O problema mais difícil hoje se refere, sem qualquer dúvida, à avaliação ou quantificação da reparação nos inúmeros tipos de dano moral. Se, como de fato, trata-se de situações existenciais, haverá alguma possível fórmula pela qual, com justiça, se indenizará pecuniariamente os danos causados às pessoas? Assemelha-se esta situação à regra lógica primária da impossibilidade de se somarem 'bananas' e 'maçãs'; contudo, aqui é imperioso que se chegue a algum resultado, para que a vítima não fique irressarcida.

E foi justamente a consciência desta injustiça – isto é, embora o dano moral não possa ter seu equivalente em dinheiro, há que se buscar repará-lo – que se viria a ser decisiva no sentido de que o dinheiro poderá trazer, senão prazer, algum conforto, servindo como lenitivo para os males da alma." MORAES, Maria Celina Bodin de. *Op. cit.*, p. 55.

157 LÔBO, Paulo. 2. *Direito civil: famílias*, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 287.

158 A lei obriga e responsabiliza os pais no que toca aos cuidados com os filhos. A ausência desses cuidados, o abandono moral, viola a integridade psicofísica dos filhos, bem como o princípio da solidariedade familiar, valores protegidos constitucionalmente. Esse tipo de violação configura dano moral. Quem causa dano é obrigado a indenizar. DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias, 3. ed. ver., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 107.

159 Os dois tipos de relação conjugal e filial se diferenciam em muito, tanto estrutural quanto funcionalmente, donde será mais trivial encontrar fundamentos de responsabilização por dano moral neste segundo caso.

Onde um tem seus fundamentos, como analisei na liberdade e na igualdade, o outro se fundamenta justamente na responsabilidade. BODIN, Maria Celina Moraes. Anais do IV Congresso de Direito de Família, IBDFAM, 2004, p. 414.

160 Ao filho choca ter transitado pela vida, em tempo mais curto ou mais longo, sem a devida participação do pai em sua história pessoal e na formação moral e psíquica, desconsiderando o descendente no âmbito de suas relações, causando-lhe irrecuperáveis prejuízos que ficarão indelevelmente marcados por toda a existência do descendente socialmente execrado pelo genitor, suscitando insegurança, sobressaltos e um profundo sentimento de insuperável rejeição, e que o ressarcimento pecuniário não terá a função de compensar, mas cuidará apenas de certificar no tempo, a nefasta existência desse imoral e covarde abandono do pai. MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*, Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 320.

161 A indenização por abandono afetivo poderá converter-se em instrumento de extrema relevância e importância para a configuração de um direito das famílias mais consentâneo com a contemporaneidade, podendo desempenhar papel mais **pedagógico** no seio das relações familiares. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes. *Direito civil – estudos*, Belo Horizonte: Del Rey, p. 148.

162 Tramita no Senado Federal o PLS 700/2007, de autoria do Senador Marcelo Crivella, que propõe a modificação do Estatuto da Criança e do Adolescente para caracterizar o abandono moral como ilícito civil e penal. Seria acrescida à Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, o seguinte art. 232-A:

"Art. 232-A. Deixar, sem justa causa, de prestar assistência moral ao filho menor de dezoito anos, nos termos dos §§ 2º e 3º do art. 4º desta Lei, prejudicando-lhe o desenvolvimento psicológico e social.

Pena – detenção, de um a seis meses"

Além deste, tramita na Câmara dos Deputados, na Comissão de Seguridade Social e Família, o PL n. 4294/2008 do Deputado Carlos Bezerra, que acrescenta parágrafo ao artigo 1.632 da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil e ao art. da Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003 – Estatuto do Idoso –, de modo a estabelecer a indenização por dano moral em razão do abandono afetivo.

Art. 2º O artigo 1.632 da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil – passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo único:

Art. 1.632. .....Parágrafo único. O abandono afetivo sujeita os pais ao pagamento de indenização por dano moral. (NR)

Art. 3º O parágrafo único do art. 3º da Lei n. 10.7 41, de 1º de outubro de 2003 – Estatuto do Idoso – passa a vigorar como parágrafo 1º, devendo ser acrescido o seguinte parágrafo 2º ao artigo:

Art. 3º ....

§ 2º O abandono afetivo sujeita os filhos ao pagamento de indenização por dano moral.

163 TAMG, Apelação cível n. 408.550-5, 7ª CC, Des. Rel. Unias Silva, *DJ* de 29.4.2004.

164 O Tribunal de Alçada de Minas Gerais condenou o réu a pagar 44 mil reais por entender configurado nos autos o dano sofrido pelo autor em sua dignidade, bem como por reconhecer a conduta ilícita do genitor ao deixar de cumprir seu dever familiar de convívio e afeto com o filho, deixando assim de preservar os laços da paternidade. Esses fatos são incontroversos. Penso que daí decorre uma conduta ilícita da parte do genitor que, ao lado do dever de assistência material, tem o dever de dar assistência moral ao filho, de conviver com ele, de acompanhá-lo e de dar-lhe o necessário afeto. (...) Penso também, que a destituição do poder familiar, que é uma sanção do Direito de Família, não interfere na indenização por dano moral, ou seja, a indenização é devida além dessa outra sanção prevista não só no Estatuto da Criança e do Adolescente, como também no Código Civil anterior e no atual. (Voto do Min. Barros Monteiro – vencido) STJ, Recurso Especial n. 757.411 – MG (2005/0085464-3), 4ª T., Rel. Fernando Gonçalves, *DJ* de 27.3.2006.

165 A educação abrange não somente a escolaridade, mas também a convivência familiar, o afeto, amor, carinho, ir ao parque, jogar futebol, brincar, passear, visitar, estabelecer paradigmas, criar condições para que a criança se auto-afirme. Desnecessário discorrer acerca da presença do pai no desenvolvimento da criança. A ausência, o descaso e a rejeição do pai em relação ao filho recém- -nascido ou em desenvolvimento violam a sua honra e a sua imagem. Basta atentar para os jovens drogados e ver-se-á que

grande parte deles derivam de pais que não lhe dedicaram amor e carinho; assim também em relação aos criminosos. (...) Por óbvio que o Poder Judiciário não pode obrigar ninguém a ser pai. No entanto, aquele que optou por ser pai – e é o caso do autor – deve desincumbir-se de sua função, sob pena de reparar os danos causados aos filhos. Nunca é demais salientar os inúmeros recursos para evitar a paternidade (vasectomia, preservativos etc.). Ou seja, aquele que não quer ser pai deve precaver-se. (...) Assim, não estamos diante de amores platônicos, mas sim de amor indispensável ao desenvolvimento da criança. (...) A função paterna abrange amar os filhos. Portanto, não basta ser pai biológico ou prestar alimentos ao filho. O sustento é apenas uma das parcelas da paternidade. É preciso ser pai na amplitude legal (sustento, guarda e educação). Quando o legislador atribui aos pais a função de educar os filhos, resta evidente que aos pais incumbe amar os filhos. Pai que não ama filho está não apenas desrespeitando função de ordem moral, mas, principalmente, de ordem legal, pois não está bem educando seu filho. (Ação de Indenização n. 141/1030012032-0, 2ª Vara da Comarca de Capão da Canoa/RS, julgado em 15.9.2003, *in Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, vol. 25, p. 149, ago./set. 2004.)

166 A indenização do dano moral é sempre o sucedâneo de algo que a rigor não tem valor patrimonial, inclusive e notadamente porque o valor do bem ofendido não se compra com dinheiro. Não se pode rejeitar a possibilidade de pagamento de indenização do dano decorrente da falta de afeto simplesmente pela consideração de que o verdadeiro afeto não tem preço, porque também não tem sentido sustentar que a vida de um ente querido, a honra, a imagem e a dignidade de um ser humano tenham preço, e nem por isso se nega o direito à obtenção de um benefício econômico em contraposição à ofensa praticada contra esses bens. A paternidade provoca o surgimento de deveres. Examinando-se o Código Civil vigente à época dos fatos, verifica-se que a lei atribuía aos pais o dever de direção da criação e educação dos filhos, e de tê-los não somente sob sua guarda, mas também sob sua companhia (art. 384, I e II). Há, portanto, fundamento estritamente normativo para que se conclua que a paternidade não gera apenas deveres de assistência material e que, além da guarda, portanto independentemente dela, existe um dever, a cargo do pai, de ter o filho em sua companhia. Além disso, o abandono era previsto como causa de perda do pátrio poder (art. 395, II), sendo cediço que não se pode restringir a figura do abandono apenas à dimensão material. Regras no mesmo sentido estão presentes também no Código Civil vigente (arts. 1.634, I e II, e 1.638, II). TJSP, auto n. 01.036747-0, julgado em 5.6.2004, in *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, vol. 25, p. 152-153, ago./set. 2004.

167 Responsabilidade civil. Dano moral. Autor abandonado pelo pai desde a gravidez da sua genitora e reconhecido como filho somente após propositura de ação judicial. Discriminação em face de irmãos. Abandono moral e material caracterizados. Abalo psíquico. Indenização devida. Sentença reformada. Recurso provido para este fim. (...) O pai teve oportunidades reiteradas de aproximação, inclusive quando da mudança do filho para aquela Comarca, ou mesmo, o que seria de se esperar, quando do nascimento do neto, em condição de saúde abalada definitivamente. Omitiu-se de forma consciente à responsabilidade, nada obstante tenha sofrido declaração judicial e, hoje, comprovada cientificamente, através do exame que, durante anos se negou a submeter. (...) Se o pai não alimenta, não dá mor, é previsível a deformação da prole. Isso pode acontecer, e acontece, com famílias regularmente constituídas. (...) o afastamento, o desamparo, com reflexos na constituição de abalo psíquico, é que merecem ressarcidos, diante do surgimento do nexo de causalidade. TJSP. Apelação Cível n. 511.903-4/7-00. Des. Relator Caetano Lagrasta. 8ª Câmara de Direito Privado. Comarca de Marília. Data de julgamento 12.3.2008. Data do registro: 17.3.2008.

168 A responsabilidade civil, no Direito de Família, é subjetiva. O dever de indenizar decorre do agir doloso ou culposo do agente. No caso, restando caracterizada a conduta ilícita do pai em relação ao filho, bem como o nexo de causalidade e o dano, cabe indenização por danos materiais e morais. TJRS. Apelação Cível n. 70021427695. Des. Relator Claudir Fidelis Faccenda. 8ª Câmara Cível. Comarca de São Gabriel. Data de julgamento: 29.11.2007. *Diário de Justiça* 7.12.2007.

169 A fixação do quantum indenizatório requer prudência, pois, além de se valer para recuperar – quando é possível – o *status quo ante*, tem função pedagógica e compensatória, com o intuito de amenizar a dor do

ofendido. TJRS. Apelação Cível n. 70021592407. Des. Rel. Ricardo Raup.Ruschel. 7ª Câmara Cível. Comarca de São Leopoldo. Data de julgamento: 14.5.2008. *Diário de Justiça*: 23.5.2008.

5.

OS EFEITOS E ASPECTOS PATRIMONIAIS DO DIVÓRCIO

No segundo aspecto do divórcio, de acordo com a classificação aqui feita, temos a vertente material, ou seja, econômica e patrimonial. Em outras palavras, questões patrimoniais e econômicas geralmente estão presentes no fim do casamento. A exceção fica por conta dos casais cujo regime é o da separação de bens não obrigatória ou sem bens a partilhar, independentemente do regime de bens; e quando as partes, não tendo filhos menores ou que não necessitam de pensão, têm independência financeira, não há que se falar de pensão alimentícia nem mesmo a compensatória. Em síntese, as consequências econômicas do divórcio são: pensão alimentícia e partilha de bens.

A pensão alimentícia é devida aos filhos, se ainda necessitarem, e ao cônjuge, se o contexto histórico e econômico das partes assim autorizar. A história das pensões alimentícias é conhecida dos operadores do Direito: quem paga sempre acha que está pagando muito, e quem recebe acha que está recebendo pouco. É que estas questões materiais, muitas vezes, vêm encobrir e tamponar reivindicações inconscientes. Se se considerar a pensão alimentícia apenas no plano jurídico e objetivo, ela seria muito simples, isto é, trata-se apenas da discussão objetiva do valor da necessidade, conjugada com a possibilidade de quem paga. Tal discussão, aparentemente objetiva, vai muito além, pois o que geralmente se demanda através do valor da pensão alimentar é uma compensação das perdas imateriais sofridas com o fim do casamento. O desamparo de uma das partes, ou de ambos, vem travestido de reivindicações objetivas, e, na verdade, é apenas uma demanda de amor. E para isso não poupam os filhos e não veem o mal que fazem a eles, colocando-os no centro da "cena jurídica" e aparentemente como reivindicação de um direito, quando estão sendo meros objetos de uso e moeda de troca do fim da conjugalidade. Aliás, esta é uma das principais razões da incorporação em nosso ordenamento jurídico da síndrome da alienação parental, como já referenciado no primeiro aspecto, e efeitos do divórcio, ou seja, sobre os efeitos pessoais do divórcio (cf. item 4.3.).

A partilha de bens, que também deveria ser simples e objetiva, pois bastaria

que se cumprissem os ditames do regime de bens estabelecido entre as partes, nem sempre se restringe aos aspectos objetivos. É que nesta objetividade permeia também uma subjetividade que determina as relações jurídicas e faz o justo tornar-se relativo de acordo com o ângulo de visão e as "razões inconscientes", se é que se pode falar de razão para o sujeito do inconsciente. Por estes motivos, principalmente, é que o ângulo de visão de cada uma das partes faz com que tenham versões diferentes sobre o mesmo fato e encontrem razões até mesmo para esconder dados e informações em nome do justo. Surgem assim novas discussões e categorias jurídicas e o confronto de regras do Direito Comercial com o Direito de Família, em que se torna necessária a desconsideração da pessoa jurídica para evitar possíveis fraudes, o que denominamos, por influência da língua inglesa, de *disregard*.

5.1. **Pensão Alimentícia**

A pensão alimentícia, como já foi dito, é uma das decorrências econômico-financeiras do divórcio e significa uma verba para o sustento de alguém que dela necessita: cônjuges ou filhos. O instituto jurídico dos alimentos decorre de valores humanitários e dos princípios da solidariedade e dignidade humana, e destina-se àqueles que não podem arcar com a própria subsistência. É a ordem jurídica com base em uma principiologia norteadora do Direito de Família que estabelece as regras de quem deve receber e de quem deve pagar. Seu conteúdo está diretamente atrelado à tutela da pessoa e à satisfação de suas necessidades fundamentais. A Emenda Constitucional n. 64, de 2010, alterou o artigo 6º da Constituição da República para introduzir a alimentação como um direito social, o que reforça a sua amplitude e importância como direito essencial e atributo da dignidade da pessoa humana.

As fontes mais comuns da obrigação alimentar são o parentesco, a união estável e o casamento. Mas não se pode deixar de mencionar também a vontade e o ato ilícito. É possível criar a obrigação alimentar através do negócio jurídico bilateral ou mesmo unilateral (testamento). A prática do ato ilícito pode também gerar fixação de alimentos, conforme dispõe o artigo 948,[170] II, CCB 2002.[171] É um instituto que desperta o interesse público, pois tem estreita ligação com a vida, isto é, está diretamente relacionado à sobrevivência da pessoa. Arnaldo Rizzardo conceitua os alimentos como "tudo quanto é indispensável às necessidades da vida, como vestimentas, alimentação, moradia, atendimento médico-hospitalar, instrução etc."[172] Em apertada síntese, Yussef Said Cahali

define alimentos como “prestações devidas, feitas para que aquele que as recebe possa subsistir, isto é, manter a sua existência, realizar o direito à vida, tanto física (sustento do corpo) como intelectual e moral (cultivo e educação do espírito do ser racional).[173]

Com o Código Civil de 2002, o instituto recebeu uma nova roupagem e trouxe novos pressupostos. Ainda que parcialmente, abandonou o ultrapassado fundamento da culpa como requisito para seu recebimento. O caráter de mútua assistência e de solidariedade fortaleceu-se, principalmente, nos casos decorrentes do casamento e união estável, pois foi estabelecido que o cônjuge pode fazer *jus* a alimentos “naturais” ou “necessários”, ainda que fosse culpado pelo fim do casamento.

A Emenda Constitucional n. 66/2010, ao eliminar prazos para se requerer a oficialização do fim do casamento, e deixar para trás a prévia separação judicial ao divórcio, deu passos definitivos para eliminar a discussão de culpa no ordenamento jurídico brasileiro (cf. item 3.8.1.), deixando que a discussão alimentar fique centrada apenas em seus pressupostos autênticos e essenciais: necessidade de quem recebe e possibilidade de quem paga.

Antes de tratarmos especificamente sobre alimentos aos filhos e aos cônjuges em seus aspectos práticos, é necessário estabelecer alguns limites e contornos teóricos para uma melhor aplicação deste conteúdo econômico do divórcio.

5.1.1. Obrigação alimentar e dever de sustento

Os alimentos decorrem do dever de sustento dos filhos menores (art. 1.566, IV, CCB 2002), para os cônjuges (art. 1.694, CCB 2002) ou da obrigação alimentar. Seja qual for a sua origem o *quantum* deve ser estabelecido em atendimento ao binômio necessidade/possibilidade, mas se compatibilizando com o padrão de vida e a condição social das partes envolvidas (art. 1.694, CCB/2002).

Na prática, as expressões “obrigação alimentar” e “dever de sustento” são constantemente confundidas, o que torna necessário fazer tal distinção. Nem tanto pelo seu conceito, pois são muito próximos, mas muito mais pelos fatos e consequências em um processo judicial, pois tal distinção acarretará a maior ou a menor necessidade de dilação probatória.

O dever ou a obrigação de sustento advém do poder familiar, conforme disposto pelos artigos 229[174] da Constituição Federal, 1.566, IV, do CCB/2002, [175] e 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente,[176] ou seja, é a forma que o filho menor tem de ter suprido seu sustento até que este complete a maioridade ou

que seja emancipado. Neste caso, a necessidade do alimentário é presumida, devendo o valor final dos alimentos ser adequado à possibilidade do pai ou da mãe obrigados. O seu descumprimento pode acarretar, inclusive, a destituição do poder familiar e a caracterização de crime de abandono (art. 244, CP). Contudo, a destituição do poder familiar não exime o genitor do dever de sustento, o que serviria somente de prêmio ao mesmo. Com a maioridade, e, portanto, extinto o poder familiar, consequentemente, extinto também o dever de sustento, persiste, entretanto, a obrigação alimentar.

A obrigação alimentar decorre dos demais vínculos de parentesco distintos do decorrente do poder familiar, qual seja, dos filhos maiores, entre descendentes e ascendentes, irmãos, cônjuges e companheiros. Diferentemente do sustento entres pais e filhos menores, esta obrigação não é presumida e depende de dilação probatória no binômio necessidade *versus* possibilidade. O fundamento desta obrigação está no artigo 1.694 do CCB/2002, que contém a regra geral de alimentos atribuídos àqueles que não podem arcar com a própria subsistência:

> A obrigação de sustento dos filhos cessa com a maioridade civil, ao passo que o dever de prestar alimentos pode durar a vida inteira, entre parentes (inclusive entre pais e filhos capazes plenamente que não tenham como se manter), cônjuges e companheiros. Distinguem-se, pois, quanto à estrutura e função. Há um elucidativo exemplo: os pais têm, por um lado, a obrigação de sustentar os filhos menores, independentemente de possuírem renda própria, e, de outra banda, lhes toca o dever de alimentar esses mesmos filhos, após a maioridade civil, demonstrada a necessidade, por exemplo, de continuar os estudos. A primeira é fruto do poder familiar; a segunda, do parentesco.[177]

Outra diferença entre um instituto e outro é que não há reciprocidade entre credor e devedor de alimentos, enquanto esta obrigação se der em decorrência do poder familiar, e, portanto, os devedores são apenas os pais.

Em Portugal este dever de sustento se estende aos pais socioafetivos, embora naquele país recebam o nome de padastros e madastras, conforme dispõe o artigo 2.009º, 1, *f*, do código Civil português:

> Art. 2.009º Pessoas obrigadas a alimentos
> (...)
> f) o padastro e a madastra, relativamente a enteados menores que estejam, ou

estivessem no momento da morte do cônjuge, a cargo deste.

5.1.2. Princípios e características dos alimentos

São vários os princípios e características consagrados em nosso Direito. Apenas alguns deles vêm recebendo novas interpretações. A maioria continua com a mesma roupagem recebida pela tradicional doutrina. Dentre as características deste instituto, que não são *numerus clausus*, optamos por aquelas que consideramos mais relevantes. Vejamos, então, os princípios dos alimentos e vetores exegéticos dos alimentos e que se presentificam, ora em uma, ora em outra forma alimentar, ou seja, nos alimentos decorrentes do parentesco ou do vínculo conjugal.

5.1.2.1. *Direito personalíssimo*

O direito de receber alimentos é personalíssimo. Sua titularidade não pode ser transferida a outrem, pois é destinado a preservar a sobrevivência de quem os recebe, assegurando a existência e a integridade física e psíquica do indivíduo que não pode manter-se sozinho.

Não persistindo mais a necessidade daquele que faz *jus* aos alimentos, não pode ser transferido a outrem, até porque a fixação dos alimentos leva em conta as peculiaridades do caso concreto. O fato de os alimentos serem fixados levando-se em conta as peculiaridades da situação do credor e do devedor, consideradas as suas circunstâncias pessoais[178], é prova cabal dessa natureza personalíssima.[179]

5.1.2.2. *Irrenunciabilidade dos alimentos*

O Código Civil de 2002 ratificou a impossibilidade de renúncia de alimentos, retomando-se a discussão sobre a matéria em relação aos cônjuges.

Apesar de o Código Civil de 1916 vedar a renúncia aos alimentos, o entendimento da jurisprudência durante a vigência daquele código era de que esse dispositivo não tinha validade quanto aos cônjuges, com o que concordamos e melhor abordarei no item 5.1.4. Portanto, não é possível a renúncia entre pais e filhos menores, mas o é entre cônjuges e companheiros.[180]

5.1.2.3. *Intransmissibilidade dos alimentos*

O Código Civil de 1916, em seu artigo 402, dispunha que o encargo alimentar

era intransmissível. O artigo 23 da Lei n. 6.515/77 estabelecia que a obrigação alimentar entre cônjuges se transmitia aos herdeiros do devedor. Mas a jurisprudência entendia, de forma pacífica, que somente a dívida pretérita dos alimentos era transmissível, em respeito ao artigo 1.796[181] do CCB/1916. A obrigação alimentar se extinguia com a morte, sendo, portanto, intransmissível. Esta era também a opinião de Yussef Said Cahali,[182] em função do caráter personalíssimo do direito aos alimentos. Falecido o alimentante, a pretensão alimentícia contra os seus sucessores somente poderia ser exercida por direito próprio, novo, verificados os pressupostos previstos em lei.

O CCB/2002, em seu artigo 1.700, estabeleceu que "a obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor, na forma do artigo 1.694." Assim, preservado está o caráter personalíssimo do instituto, vez que este dispositivo determina que apenas o dever de cumprir a obrigação de prestar alimentos se transmite aos herdeiros do devedor, não sendo transferido o direito a alimentos e a obrigação em si, que é pessoal. Portanto, ocorre uma sub-rogação limitada – sempre de acordo com as forças da herança – do dever de cumprir a prestação alimentícia.

O patrimônio particular do herdeiro não responde pela dívida, mas somente o deixado pelo devedor. Se persistem bens, a sua morte não extingue, automaticamente, a obrigação alimentar.

A transmissibilidade dos alimentos advém do comando constitucional de promoção da dignidade humana e da solidariedade familiar. Com isso, os alimentos passaram a ter força de direito fundamental, pois servem para assegurar uma vida digna àqueles que não têm condições de arcar com o próprio sustento.

Entretanto, é necessário fazer uma interpretação extensiva deste dispositivo em conformidade com o artigo 1.997[183] do CCB, pois não cabe impor aos herdeiros do devedor o mesmo valor que o *de cujus* pagava a título de alimentos, sem o devido processo legal e sem investigar a possibilidade financeira do espólio, que, necessariamente, não tem a mesma possibilidade financeira que o falecido. Isto seria o mesmo que impor a um terceiro a obrigação que não se sabe se tem condições de adimplir. A possibilidade a ser verificada é a da massa sucessória, nunca os recursos pessoais do herdeiro. Tomemos como exemplo um profissional liberal que, em razão de seus bons rendimentos, era obrigado a arcar com o pagamento de determinado *quantum* alimentar, mas que, apesar de auferir bons ganhos, não deixou patrimônio compatível com o pagamento fixado. Os seus sucessores não podem ser obrigados a arcar com o pagamento de igual montante. Sobre esse valor alimentar, Yussef Said Cahali em sua obra, edição de 1999,

portanto, antes da vigência do novo CCB, já trazia a seguinte reflexão:

> Cuidando-se, aqui, de uma obrigação pecuniária, embora ligada à liquidação da sucessão, o *quantum* devido deve ser calculado sobre a massa sucessória estimada no dia da morte do *de cujus*, e não sobre os recursos pessoais dos herdeiros, não podendo ser agravado mesmo se as necessidades do alimentante se agravarem; embora teoricamente possa diminuir.[184]

Além disso, é necessário observar que o pagamento de pensão alimentícia pode acarretar o desequilíbrio na divisão da herança, vez que, caso um herdeiro receba alimentos e outro não, o segundo, certamente, terá a sua quota-parte diminuída em razão do pagamento ao primeiro.

Não há dúvidas quanto à transmissibilidade dos alimentos estabelecidos em razão da vontade tanto *inter vivos*, através do direito das obrigações, a exemplo do disposto no artigo 557, IV, do CCB/2002,[185] quanto *mortis causa*, regida pelo direito das sucessões, a exemplo do artigo 1.920[186] do CCB/2002.

A obrigação alimentar anteriormente fixada é transmitida, desde que o falecido tenha deixado patrimônio suficiente. Contudo, o direito de receber alimentos não se transmite. Falecido o alimentário, extinta está a obrigação alimentícia, persistindo somente o débito existente, se existente, até a data da morte. Essa também é a opinião de Paulo Luiz Netto Lôbo:

> Falecendo o alimentando, seu direito não se transmite aos herdeiros, porque os alimentos tinham por finalidade manter aquele, e tal finalidade deixou de existir. Mas as prestações alimentícias anteriores ao falecimento do alimentando e que lhe não foram adimplidas transmitem-se aos herdeiros, porque já tinham se convertido em direito integrante de seu patrimônio.[187]

A obrigação que se transmite não tem, necessariamente, que ter sido por fixação judicial antes, até porque durante a convivência familiar não se cogita de fixação de alimentos, por ser esta sua decorrência lógica,[188] ou porque o alimentante viesse cumprindo a sua obrigação voluntariamente.[189]

Pode ser que o pagamento já existisse em decorrência do dever legal de assistência, conforme disposto no artigo 1.694 do CCB, cumprida voluntariamente pelo devedor. Maria Berenice Dias tem o mesmo entendimento:

> ... o que se transmite é a *obrigação alimentar*, que pode ser cobrada dos sucessores. Para isso não é necessário que o encargo tenha sido imposto judicialmente antes do falecimento do alimentante. A ação de alimentos pode ser proposta depois da morte do alimentante.
> (...)
> Apesar de a lei falar em transmissão aos herdeiros, a obrigação ocorre relativamente ao *espólio*. (...)
> Os herdeiros não respondem por encargos superiores às *forças da herança* (CC, art. 1.792). Não havendo bens, ou sendo insuficiente o acervo hereditário para suportar o pagamento, não há como responsabilizar pessoalmente os herdeiros pela manutenção do encargo. Uma vez ocorrida a partilha, não mais cabe falar em *sucessores*, os quais não respondem com o seu patrimônio particular pelo pagamento de obrigação alimentar do devedor falecido. Como, em regra, o *credor* dos alimentos é herdeiro, ao receber o quinhão hereditário passa a prover a própria subsistência. Se para isso não é suficiente a herança percebida, surge o direito de pleitear alimentos frente aos *parentes*. Mas é obrigação de outra origem, tendo por fundamento a solidariedade familiar (CC 1.694)[190] – (Grifo nosso).

Enfim, limitar a prestação alimentar à morte do alimentante é negar a natureza jurídica do instituto dos alimentos, que serve para garantir a sobrevivência digna daquele que, sem estes, não conseguiria arcar com o próprio sustento. Mas as regras sobre essa transmissibilidade devem ser equacionadas em conjunto com as regras do direito sucessório. A limitação à transmissibilidade da obrigação de arcar com o pagamento dos alimentos é a impossibilidade material decorrente da ausência de patrimônio do espólio ou a cessação da necessidade do alimentário.

5.1.2.4. *Indisponibilidade: incedibilidade dos alimentos, impenhorabilidade dos alimentos e incompensabilidade dos alimentos*

Em decorrência do caráter personalíssimo dos alimentos, eles não podem ser cedidos, penhorados ou compensados, conforme dispõem os artigos 1.707 e 373, II, do CCB/2002.

A vedação da cessão de alimentos a título oneroso ou gratuito justifica-se em razão das peculiaridades de cada caso concreto presentes na fixação do valor da pensão alimentícia.

A vedação da impenhorabilidade justifica-se porque os alimentos são para

garantir a subsistência do alimentário, razão pela qual inadmissível que credores privem o necessitado do valor que assegura sua própria sobrevivência. Admite-se exceções, quais sejam, a penhora dos bens adquiridos com o valor da pensão alimentícia e a penhora de parte deles, desde que preservados os alimentos naturais, tendo em vista que estaria inserido no valor total da pensão alimentícia uma parcela que não é destinada à sobrevivência.[191] Assim, estaria assegurada a subsistência do alimentário, mas não o padrão social ostentado. Além destas, é possível penhorar valores acumulados, isto é, de prestações vencidas e não pagas que tenham perdido o caráter de sobrevivência, transformando-se em crédito comum. E, por último, o artigo 13 do Estatuto do Idoso dispõe que "as transações relativas a alimentos poderão ser celebradas perante o promotor de justiça, que as referendará, e passarão a ter efeito de título executivo extrajudicial nos termos da lei processual civil".[192]

A proibição da compensação dos alimentos justifica-se pelos mesmos motivos da impenhorabilidade, ou seja, porque os alimentos são pagos para a preservação do sustento e preservação da vida do alimentário. Portanto, não pode haver a compensação do crédito alimentar em razão de dívidas como acontece tratando-se de dívida comum.[193] A vedação da compensação dos alimentos não atinge o que foi pago *in natura*, ou seja, o pagamento de despesas diretamente pelo alimentante, por exemplo, moradia.[194]

5.1.2.5. *Irrepetibilidade dos alimentos*

O princípio da irrepetibilidade significa que não há devolução de valores pagos a título de alimentos, ou seja, se constatado, posteriormente, em ação revisional ou exoneratória de alimentos, por exemplo, que o pagamento da pensão alimentícia não era devido, não há que se falar em restituição.

A irrepetibilidade dos alimentos pode ser excepcionada, inclusive sob a argumentação de se evitar enriquecimento ilícito.[195] Saliente-se que para haver enriquecimento ilícito do alimentário não é preciso que haja necessariamente o empobrecimento do devedor. Tem sido comum o credor de alimentos abusar deste conhecido princípio para protelar o processo judicial de Revisão de alimentos ou Exoneração de Alimentos, conseguindo, assim, garantir o recebimento do valor fixado anteriormente por um tempo maior, até que seja proferida a sentença. Um dos primeiros doutrinadores brasileiros a defender esta excepcionalidade foi o advogado e doutrinador gaúcho Rolf Madaleno, que muito bem ponderou:

> Soa sobremaneira injusto não restituir alimentos claramente indevidos neste estágio de independência do credor, em notória infração ao princípio do "não enriquecimento sem causa"...
> O enriquecimento ilícito gera obrigação de restituir o acréscimo patrimonial indevido no acervo de alguém à custa do sacrifício de outrem. Decorre o dever de restituir àquele que recebeu o que não lhe era devido, ou se existente a dívida, esta se tornou extinta (...)
> Penso que no encalço da verdadeira solução processual capaz de impedir lesões pecuniárias do devedor ou do credor alimentar em ação exoneratória de alimentos, enquanto o decisor apura onde reside o direito, está na proposição de uma ação de exoneração cumulada com pedido expresso de restituição das pensões pagas a contar da citação, com fulcro no enriquecimento sem causa.[196]

Maria Berenice Dias, reforçando este novo entendimento, defende que a restituição é devida somente quando há comprovada má-fé ou postura maliciosa do autor, quando a irrepetibilidade seria relativizada:

> Admite-se a devolução exclusivamente quando comprovado que houve má-fé ou postura maliciosa do autor. Em nome da irrepetibilidade, não se pode dar ensejo ao enriquecimento injustificado. É o que se vem chamando de relatividade da não restituição.[197]

Yussef Said Cahali[198] cita como exemplos de má-fé o fato de a divorciada ocultar dolosamente novo casamento, beneficiando-se de montante pago por ex-marido, mesmo após constituição de outro casamento. O mesmo acontece se o alimentário constitui outra família, através da união estável. Ambos acarretam a devolução dos alimentos pagos.

Para Belmiro Pedro Welter, são irrepetíveis apenas os alimentos pagos em decorrência do dever de sustento, ou seja, pagos a menores ou incapazes. As pensões alimentícias pagas a filhos maiores e capazes, cônjuges ou companheiros devem ser devolvidas, ou até compensadas nas prestações vincendas, para evitar o enriquecimento ilícito do credor.[199]

Enfim, são restituíveis os alimentos pagos por quem não tinha a obrigação de quitá-los. Contudo, deve haver a prova de que esse pagamento cabia a terceiro, que fará a restituição, não ficando a cargo do alimentário fazer a devolução, pois esse beneficiou-se do montante pago, não havendo que se falar em enriquecimento

ilícito por sua parte.[200] Caso fique provado que o alimentário recebeu os alimentos do parente que legalmente os devia, inclusive os atrasados, a pensão alimentícia paga por aquele que não estava obrigado a pagar deve ser repetida a ele pelo próprio alimentário.

5.1.2.6. *Alternatividade da prestação alimentar ou pensão de forma mista e os indexadores*

O artigo 1.701[201] do CCB é o dispositivo que autoriza o pagamento da pensão alimentícia *in natura*, ou seja, o pagamento das despesas do alimentário diretamente aos credores.

Essa forma de pagamento pode permitir que o devedor tenha maior garantia de que as despesas do alimentário estão sendo pagas, além de lhe proporcionar uma melhor noção das reais necessidades do credor, pois ele terá contato direto com os valores despendidos.

É comum os juízos de família negarem a homologação de acordo em que se estabelece a pensão mista, ou seja, *in natura* e em espécie, sob o argumento de que tal disposição dificultaria, ou mesmo inviabilizaria, possível execução. Embora bem-intencionado, tal argumento, além de contrariar o melhor interesse dos pensionários, demonstra excessivo apego às formalidades procedimentais e se revela em grande equívoco. É muito salutar o estabelecimento de pensão alimentar de forma mista. A possível execução de alimentos *in natura* poderia ser processada em forma de obrigação de fazer, com estipulação de pena pecuniária, conforme dispõe o artigo 461, parágrafo 5º, do CPC.[202] Caso a dificuldade ou o empecilho seja o temor à execução "ilíquida", as partes em acordo podem estabelecer que na fixação de alimentos *in natura* fosse estipulado o *quantum* em dinheiro equivalente àquelas despesas pagas diretamente para efeito de liquidez de execução. Na prática forense, na maioria dos divórcios e separações consensuais em que há estipulação de pensão, as partes preferem estabelecê-la de forma mista. Estabelece-se o pagamento direto de itens, como educação e saúde, e um valor fixo para as demais despesas. Em processos litigiosos, os julgadores, apesar da previsão do referido artigo 1.701, têm resistido à fixação do pensionamento de forma mista, geralmente sob a argumentação de que tal modelo só funcionaria em casos de consenso.[203]

A pensão alimentícia deve ter sempre um indexador econômico para evitar que o valor não fique defasado ao longo do tempo, a não ser que a pensão incida sobre percentual da remuneração do alimentante, quando for caso de relação

empregatícia. O mais comum dos indexadores é o salário mínimo. Apesar da proibição constitucional de vinculação ao salário mínimo para qualquer fim (art. 7º, IV, CFB/1988), a jurisprudência, inclusive do STJ e STF, vem contrariando tal dispositivo quando o assunto é pensão alimentícia.[204] Entendemos ser possível a indexação da pensão alimentícia ao salário mínimo, inclusive quando fixados alimentos *in natura* ou de forma mista, pois nestes casos poderá haver a estipulação de um valor correspondente a estes em dinheiro para efeito de execução.

5.1.2.7. *Imprescritibilidade dos alimentos*

O direito aos alimentos é imprescritível, mas não o é o direito de cobrar as prestações vencidas e não pagas. O CCB/2002 em seu artigo 206, parágrafo segundo, diminuiu tal prescrição, de cinco anos estabelecido no CCB/1916, para dois anos, a partir da data em que vencerem. Não é demais lembrar que contra menores não corre prescrição.[205]

5.1.2.8. *Indivisibilidade e obrigação solidária*

Embora a obrigação alimentícia esteja vinculada ao princípio e dever de solidariedade humana, não se trata de uma obrigação solidária em seu sentido estritamente jurídico, isto é, quando há vários devedores, mas sim conjunta e divisível.[206] É preciso verificar a possibilidade financeira de cada coobrigado separadamente. Por exemplo, se os alimentantes são os quatro avós, o *quantum* alimentar não tem, necessariamente, que ser dividido igualmente pelos quatro, devendo ser individualizado de acordo com a possibilidade de cada um.

Além disso, na constituição da obrigação alimentar, o grau mais próximo exclui o mais remoto, ou seja, primeiro os ascendentes (pais, ou na falta/impossibilidade destes, avós, ou na falta/impossibilidade destes, bisavós); depois e da mesma forma os descendentes (filhos, netos, bisnetos); por último, irmãos.

A obrigação solidária não se presume,[207] mas pode ser estabelecida em acordo entre as partes ou por lei, como fez o Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/2003), em seu artigo 12,[208] que trouxe importante excepcionalidade, autorizando o idoso a optar entre os prestadores.

5.1.2.9. *Da condição ou termo dos alimentos: pensão transitória*

Em determinados casos específicos é possível estabelecer uma condição ou um termo final para o pagamento da pensão alimentícia, por exemplo: até que se

conclua a partilha de bens; ou quando se completar determinada idade; ou até que a pessoa arrume um emprego ou por determinados meses. Atingida a referida condição ou alcançado o termo estabelecido em sentença ou acordo, automaticamente, estará extinta a obrigação alimentar, independentemente de interposição de ação exoneratória ou de revisão de alimentos, podendo a parte requerer ao juízo a extinção do desconto dos alimentos, caso estes se deem diretamente em folha e continuem ocorrendo após o termo. É o caso dos alimentos transitórios[209] que, apesar de não haver previsão expressa em lei, já vêm sendo aplicados na doutrina e jurisprudência, e, em muitas situações, tornam-se o mais adequado. Este é também o entendimento de Paulo Luiz Netto Lôbo:

> (...) há os alimentos transitórios, cuja prestação é fixada durante um tempo ou até que se implemente determinada circunstância no tempo – por exemplo, até que o credor conclua a faculdade, ou até ao final da partilha dos bens comuns. Alcançada a condição projetada na sentença, ou no acordo, extingue-se automaticamente a pretensão alimentar, independentemente do ingresso de qualquer ação de exoneração ou de revisão, podendo o interessado requerer ao juiz que determine a cessação de eventuais descontos que ainda perdurem.[210]

O estabelecimento de alimentos transitórios serve, inclusive, para evitar o enriquecimento ilícito do alimentário que, muitas vezes, aproveita-se da situação que ensejou a necessidade de fixação de pensão alimentícia para prolongar o seu recebimento. É o caso, por exemplo, do cônjuge ou companheiro que chegou ao fim do relacionamento sem investir no lado profissional ou que precisa de tempo para organizar a vida financeira, os bens que couberam na partilha etc. Sabendo que o *quantum* alimentar é devido somente por determinado tempo, o beneficiário ficará impossibilitado de se aproveitar ou de se acomodar para continuar recebendo alimentos. Em decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o então Desembargador Relator Sérgio Gischkow Pereira, que tanto contribuiu para a evolução do Direito de Família brasileiro, trouxe uma elucidação importante e esclarecedora:

> Estou batizando de alimentos transitórios, que seriam alimentos a serem pagos durante um período fixado, nos casos em que, em princípio, não seria de haver alimentos, mas que, emergencialmente, eles se tornaram necessários (...) O fato é que a lei não proíbe que isso ocorra. Em muitos casos, é imprescindível. O

> exemplo mais característico é o de uma moça que se casasse com 18 anos e se separasse com 19 anos. Ninguém cogitaria de que ela devesse ter direito a alimentos, porque ela viveria dos 18 aos 90 anos, sendo sustentada pelo marido! Claro que ela tem de ir trabalhar para se sustentar. Só que ela não vai conseguir emprego em uma semana, nem em um mês. Haveria de se conceder um prazo, por exemplo, de seis meses, dentro do qual o emprego pudesse ser conseguido, e os alimentos seriam pagos só durante esse período, (...) já me objetaram o seguinte: por que fazer essa construção, o binômio necessidade-recursos não resolveria? Haveria necessidade de pôr um prazo? Por que não, simplesmente, em face de estar desempregada, conceder alimentos e deixar que depois o alimentante reaja? Acontece que aí pode haver – pelo menos em termo de lógica formal – um impasse, porque a mulher pode não arrumar o emprego – e exemplo fornecido – ficar quieta. Aí, vem o homem com uma ação de exoneração, e ela alega: "Não houve mudança de estado algum. Não se alteraram as minhas necessidades, porque não estou empregada". Assim, os alimentos começam a se prolongar. Se tomarmos em termos estritamente lógico-formais, o binômio necessidade-recursos, a necessidade prosseguiria, e ela nunca trabalharia, sempre alegando que precisa (TJRS, Ag.Reg. 596028183, Rel. Sérgio Gischkow Pereira, *DJ* de 14.3.96).

Embora o casamento seja uma das fontes da obrigação alimentar, é preciso considerar em cada caso os contextos histórico, econômico e social do casal. O ideal é que cada cônjuge possa se autossustentar, mas nem sempre isso é viável ou possível, pelo menos logo após o término do casamento, por razões particulares ou peculiares daquele casal. E, neste sentido, justifica-se transitoriamente uma pensão ao cônjuge em desvantagem econômico- financeira, como bem escreveu Marco Aurélio Gastaldi Buzzi:

> (...) após o término da vida em comum, havendo plena capacidade física e mental, bem como expectativa de razoável período de vida útil com condições de aprendizagem e adaptação, é dever e obrigação de cada um dos integrantes da comunhão desfeita buscar manter a si próprio, liberando a outra parte do ônus do provimento, uma vez que rompidos já estão todos os elos possíveis de justificar a manutenção daquele dever, de ordem essencialmente familiar, que já não mais subsiste.
> (...) há uma inegável tendência de comportamento, marcada pelo sentido ético de valorização da autodeterminação das pessoas. Evidencia-se o fato de que,

além de um dever, pois há de se refutar a vida entregue ao ócio, o alcance dos meios indispensáveis à autonomia do provimento pessoal se constitui também em um favor de garantia do direito de liberdade, não como apanágio de sentimentos amesquinhados pelo individualismo sectário, mas como meio de preservação da independência pessoal, autorrealização, segurança, estabilidade, autodeterminação e até mesmo de sucesso e poder pessoal, cada vez mais em destaque nas sociedades de consumo, altamente competitivas.[211]

O termo final ou a extinção dos alimentos aos filhos maiores deve observar o disposto na Súmula 358[212] do STJ, que proíbe o cancelamento automático do pagamento de alimentos aos filhos que completarem a maioridade, sendo necessário o ingresso da competente ação exoneratória.

5.1.2.10. *Revisão e exoneração*

O *quantum* alimentar estipulado deve atender ao trinômio necessidade/possibilidade/proporcionalidade, conforme dispõem os artigos 1.694[213] e 1.703[214] do CCB/2002, podendo ser alterado a qualquer tempo, desde que tenha havido mudança na realidade das partes, conforme disposto no artigo 1.699[215] do CCB/2002. Não há coisa julgada na fixação e na extinção dos alimentos; a decisão de prestá-los é que se reveste da coisa julgada.[216]

Alterada a circunstância na qual foram fixados os alimentos ou surgidos fatos novos que justifiquem uma ação revisional, nada impede que haja o ingresso desta ação, tanto para majorar quanto para minorar o montante anteriormente estipulado, mesmo que ainda na pendência de uma ação revisional anterior. O mesmo acontece, caso surja necessidade de requerer a exoneração dos alimentos fixados, quando está em curso uma ação revisional. Neste caso, não há que se falar em litispendência, pois os pedidos são diferentes. É que, em determinadas situações, após o ingresso de uma ação revisional de alimentos, o alimentante se vê obrigado a requerer a exoneração diante de fatos novos ocorridos após o ingresso da primeira modalidade de ação.

A constituição de nova família, por si só, necessariamente, não é motivo que justifique a revisão/exoneração dos alimentos, embora isso interfira no raciocínio aritmético do pensionamento.

Além disso, cessa a obrigação alimentar para com o ex-cônjuge quando este contrai novo casamento ou união estável, conforme disposto no artigo 1.708 do CCB, ou tem procedimento indigno, o que será mais bem abordado no item 5.1.5.

A exoneração dos alimentos devidos aos filhos (cf. item 5.1.2.10) deve observar o disposto na Súmula 358[217] do STJ, que proíbe o cancelamento automático do pagamento de alimentos daqueles que completarem a maioridade. Portanto, é necessária a propositura de ação exoneratória, na qual deverá ficar provado que o alimentário não tem mais necessidade de ser pensionado, pois pode arcar dignamente com a própria subsistência, ou mesmo porque a pensão tem sido fonte e incentivo ao ócio.

Enfim, os alimentos serão extintos quando não mais há necessidade de quem os recebe ou a possibilidade econômico-financeira de quem os paga. Além disso, com a morte do alimentante ou do alimentário, os alimentos serão exonerados, ressalvadas as hipóteses de transmissibilidade já expostas no item 5.1.2.3.

5.1.3. Pensão entre ex-cônjuges

Assim como a união estável e o parentesco, o casamento como uma das fontes de obrigação alimentar advém do dever de mútua assistência, assegurado pelo artigo 1.566, III,[218] do Código Civil. Mas isso não significa que obrigatoriamente haverá pensão entre os ex-cônjuges. É necessário que se preencham outros requisitos, ou seja, que haja necessidade de recebê-la e a possibilidade de quem pretende receber.

Quando o divórcio é consensual, o *quantum* alimentar será estabelecido em comum acordo entre as partes para suprir as necessidades do dia a dia, como educação, saúde, alimentação, vestuário, moradia, lazer etc. Como dito anteriormente, a busca pelo valor da pensão alimentícia deveria ser uma simples aritmética e contabilidade doméstica, mas, comumente, é o aspecto mais polêmico da separação ou divórcio. É que na objetividade aritmética a que se deveria restringir o cálculo de uma pensão alimentícia estão misturados a dor da separação, o desamparo e uma subjetividade que geralmente deixa uma das partes com sentimento de que foi enganada. As partes sempre anunciam aos operadores de Direito que “só querem os seus direitos”, ou “não quero prejudicá-la(o)”, mas, mesmo assim, estão sempre com a sensação de que saíram perdendo e que ficaram em desvantagem. O valor da pensão alimentícia, muitas vezes, fica a serviço de tamponar as perdas imateriais. É como se um dos cônjuges tivesse de pagar para separar, ou dar um valor a mais do que o necessário e com isso tamponasse a perda e a dor do fim do casamento. Da mesma forma é comum que o cônjuge queira dar um valor menor para punir aquele que quis se separar. Enfim, a discussão do valor da pensão alimentícia deixa de ser simples, já que nas

objetividades numérica e contábil das despesas permeia uma subjetividade que interfere, consciente ou inconscientemente, no estabelecimento da cláusula pensionária.

Separação é perda e, portanto, é natural que o padrão de vida do ex-casal seja alterado. A família nuclear passa a ser binuclear, e, consequentemente, os rendimentos do casal que eram destinados para manter apenas uma casa, agora, têm de ser divididos entre duas residências.

Em relação à aplicação, ou não, da teoria da culpa pelo fim do casamento, embora o CCB/2002 não tenha abolido totalmente essa discussão, o parágrafo único[219] do artigo 1.704 abrandou os seus efeitos, garantindo ao culpado o indispensável para sua sobrevivência. Este dispositivo acarreta a distinção entre alimentos naturais (destinados a cobrir as despesas estritamente necessárias para a sobrevivência) e alimentos civis (destinados a manter o padrão e a qualidade de vida do alimentário, observando-se o binômio possibilidade x necessidade). Entretanto, a verificação da culpa pelo fim do desenlace conjugal vem cedendo lugar ao exclusivo fato de haver a impossibilidade da manutenção da vida em comum, apesar de o Código Civil não ter alcançado este grau de civilidade e respeito à dignidade humana. Aos alimentos deveriam ser aplicados os mesmos fundamentos que os usados para deixar de ser relevante a culpa na definição da guarda/convivência dos filhos, assim como nunca influenciou na partilha de bens. [220] Rolf Madaleno, citando Victor Reina, enfatiza que:

> Por puro preconceito, o Código Civil brasileiro ainda sugere a pesquisa da motivação causal na separação judicial, a ponto de só conceder ao cônjuge culpado os alimentos indispensáveis à sua sobrevivência e negar os recursos côngruos, esquecendo-se da pontual lição de Victor Reina, quando diz: “Toda a matéria da culpa conjugal se ressente de um enfoque inicial, de não haver considerado que o matrimônio, como realidade social e civil, é radicalmente uma coisa de dois.”[221]

Assim, os critérios para a estipulação da pensão alimentícia devem ser tão somente os princípios norteadores do Direito de Família, em especial o da solidariedade, e o trinômio necessidade/possibilidade/proporcionalidade. Com a Emenda Constitucional n. 66/2010, que eliminou prazos para se requerer o divórcio, acabando com a prévia separação judicial, a discussão de culpa perdeu sentido no ordenamento jurídico brasileiro, deixando que a questão alimentar

fique centrada apenas em seus pressupostos autênticos e essenciais, quais sejam: necessidade e possibilidade. Além disso, embora o divórcio dissolva inteiramente o casamento, não restando qualquer vínculo ou dever de assistência entre os cônjuges, o ordenamento brasileiro já admitia a continuidade do direito a alimentos após o seu decreto, em respeito ao princípio da solidariedade,[222] o que persiste com a Emenda Constitucional n. 66/2010.

Com o acesso da mulher ao mercado de trabalho e a igualização de direitos entre homens e mulheres consolidada na Constituição Federal de 1988 e, consequentemente, entre os cônjuges, a estipulação de pensão alimentícia entre eles é cada vez menos frequente e está vinculada, exclusivamente, à necessidade de quem a pleiteia, não mais se presumindo a necessidade da esposa, como previsto na Lei n. 5.478/68. O casamento não pode ser visto como uma "previdência social", nem um estímulo ao ócio. Nas palavras de Paulo Lôbo: "O direito aos alimentos não tutela os que voluntariamente optaram pela ociosidade".[223] Os alimentos ficaram restritos aos casos específicos de real necessidade, e esta obrigação é recíproca entre os cônjuges. A presunção somente se aplica em favor dos filhos menores e incapazes.

Há que se levar em conta a organização familiar e as funções atribuídas a cada cônjuge, independentemente de ser ele o homem ou a mulher. Apesar da igualdade entre os gêneros, ainda é comum que os cuidados com os filhos, especialmente quando pequenos, fiquem a cargo da mãe.[224] A pensão alimentícia deve ser fixada em favor daquele que não tem condições financeiras ou patrimônio rentável nem possibilidade de exercer uma profissão, seja em razão da idade, da falta de experiência ou de qualificação profissional (cf. item 5.1.7.).

5.1.3.1. *Alimentos gravídicos*

Embora não seja muito comum, é possível que o casal divorciando esteja "grávido". Neste caso, mesmo que a mulher tenha possibilidade de se manter sozinha, ela pode reivindicar alimentos gravídicos ou alimentos ao nascituro. O *quantum* a ser fixado à gestante é aquele para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, inclusive as referentes a alimentação especial (se necessária), assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que a situação particular de cada caso exigir, conforme autoriza o artigo 2º da Lei n. 11.804/2008.[225] Se a gravidez decorre do casamento, mesmo

que seja por inseminação artificial homóloga ou inseminação artificial heteróloga com prévia autorização do marido, a ele é atribuída a paternidade por presunção (art. 1.597, CCB). Independentemente da presunção decorrente do vínculo do casamento, para fixação destes alimentos é suficiente a presença de indícios da paternidade. É possível o requerimento dos alimentos gravídicos, inclusive, aos avós paternos se houver a presunção de paternidade ou a prova desta. Não havendo divergência quanto ao vínculo biológico, a resolução do caso será mais célere. De qualquer forma este tipo de ação é sempre urgente, sob pena de perecimento do direito com o nascimento, quando os alimentos, obviamente, não mais se destinarão à gestante, mas sim ao filho recém-nascido.

O IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família – apresentou, e o Presidente da República acatou, o veto que continha a previsão de responsabilidade objetiva da mãe pelos danos materiais e morais causados pelo resultado negativo do exame de paternidade. A Lei n. 11.804/2008 acolheu a teoria concepcionista, reconhecendo o direito "alimentar" do nascituro, desde a sua concepção, não condicionado ao nascimento com vida, consolidando uma situação jurisprudencial e doutrinária já existente anteriormente. O Tribunal de Justiça Mineiro assim decidiu:

> Se antes as disposições concernentes à concessão de alimentos exigiam prova de parentesco ou da obrigação, atualmente, com o advento da Lei n. 11.804/2008, especificamente das disposições contidas em seu artigo 6º, para a concessão de alimentos gravídicos, basta a existência de indícios da paternidade. Presumindo-se que a autora ainda está grávida, a situação é atual, pelo que a lei nova não estará retroagindo, não havendo, portanto, falar-se em impossibilidade jurídica do pedido, pelo único motivo de a ação ter sido ajuizada antes de a vigência da Lei n. 11.804/2008. A moderna concepção de processo, sustentada pelos princípios da economia, instrumentalidade e celeridade processual, determina o aproveitamento máximo dos atos processuais, principalmente quando se trata de ação de cunho alimentar e quando não há prejuízo para a defesa das partes (TJMG, Apelação Cível n. 1.0702.08.501783-9/001, 4ª CC, Des. Rel. Dárcio Lopardi Mendes, DJ, 23.03.2009, DP 17.04.2009).

A fixação do *quantum* segue os mesmos ditames do Código Civil para fixação da pensão alimentícia comum, devendo ser observado o binômio necessidade x

possibilidade,[226] como já exposto. Os alimentos gravídicos permanecerão até o nascimento da criança. Se este se der com vida, ficam convertidos em pensão alimentícia em favor do menor até que uma das partes solicite a sua revisão, conforme disposto no artigo 6º, parágrafo único,[227] da referida Lei.

5.1.4. Dispensa e renúncia dos alimentos

Dentre as cláusulas obrigatórias do divórcio, tal como estabelecido no artigo 1.121 do Código de Processo Civil, está a necessidade de se mencionar a obrigação alimentar, ainda que seja apenas dizer que não há tal obrigação ou necessidade. Se houver, obviamente deverá se estabelecer o *quantum*. Apesar de o inciso IV do referido artigo fazer expressa menção à pensão do marido à mulher, deve-se interpretar tal artigo de modo que o direito também seja extensivo ao marido, pois a fonte de obrigação alimentar, neste caso, é o casamento, não o marido, embora, historicamente, ele seja a parte economicamente mais forte. E, quando os cônjuges não desejam pensionamento entre si, a expressão para registrar tal desnecessidade é dispensa ou renúncia. Dispensa é provisória, e renúncia é para sempre.

O artigo 1.707 do CCB/2002[228] reacendeu a polêmica sobre esta questão ao dizer que o credor pode não exercer o seu direito, isto é, pode dispensar, mas não pode renunciá-lo. Note-se que esta regra está inserida no subtítulo III, que trata da parte geral dos alimentos, ou seja, refere-se a todas as fontes de obrigação alimentar, parentesco, casamento e união estável.

Embora o Código Civil de 1916 vedasse a renúncia alimentar, o entendimento da jurisprudência durante a vigência daquele código era de que esse dispositivo não tinha validade quanto aos cônjuges. Apesar da súmula 379[229] do STF, de 08.05.64, as decisões dos tribunais eram no sentido de possibilitar a renúncia.[230] Em 2005, o Superior Tribunal de Justiça assim se posicionou, endossando esse entendimento:

> A cláusula de renúncia a alimentos, constante em acordo de separação devidamente homologado, é válida e eficaz, não permitindo ao ex-cônjuge que renunciou a pretensão de ser pensionado ou voltar a pleitear o encargo.
> Deve ser reconhecida a carência da ação, por ilegitimidade ativa do ex-cônjuge para postular em juízo o que anteriormente renunciara expressamente. Recurso especial conhecido e provido. (STJ, REsp. 701902/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, *DJ* de 3.10.2005, p. 249.)

Entendo ser possível a renúncia aos alimentos entre cônjuges e companheiros, mas não o é entre pais e filhos menores.[231] Isso porque em Ações de Divórcio ou de Reconhecimento e Dissolução de União Estável estão envolvidas partes maiores e capazes, que têm plenas condições de se autodeterminar, devendo preponderar os princípios da liberdade das partes, da autonomia e da menor intervenção estatal.[232] Ademais, a inserção da cláusula de renúncia entre cônjuges ou companheiros pode ter se dado em razão de negociação entre as partes, levando-se em consideração uma contrapartida através da partilha, ou seja, fez-se um acordo global no qual constou, inclusive, a renúncia, considerando-se outras disposições patrimoniais. Contestar, ou não cumprir essa cláusula, pode acarretar a rediscussão do pacto como um todo e incentivar o litígio entre as partes.

Nesse sentido, continuam atuais os ensinamentos de Silvio Rodrigues sobre o tema ainda na vigência do Código anterior, adequando-se somente no que tange à igualdade entre homem e mulher e no fato de não haver mais que se falar em desquite, apenas em divórcio:

> Em primeiro lugar, há que se ter em vista que o acordo havido em processo de desquite por mútuo consentimento é negócio jurídico bilateral, que se aperfeiçoa pela conjunção da vontade livre e consciente de duas pessoas maiores. Se as partes são maiores, se foi obedecida a forma prescrita em lei e não foi demonstrada a existência de vício de vontade, aquele negócio deve gerar todos os efeitos almejados pelas partes, valendo, assim, a renúncia aos alimentos por parte da mulher. Ademais, o acordo no desquite se apresenta como um todo, em que cada cônjuge dá sua concordância, tendo em vista as cláusulas básicas que o compõem.[233]

Enfim, Ênio Santarelli Zuliane[234] acrescenta que a fixação de alimentos após a renúncia pelo cônjuge ou companheiro não tem o condão de restabelecer, mas, sim, de criar uma situação irreal do relacionamento anterior. Isso porque, se o alimentário renunciou ou dispensou o *quantum* alimentar quando do encerramento da convivência, não havia dependência econômica entre ele e o ex-cônjuge ou ex-companheiro, encerrando-se neste momento tal vínculo. Posterior perda da condição de sustento próprio, independentemente do motivo, não relaciona o ex-cônjuge ou ex-companheiro ao fato subsequente, não havendo que se falar em retroagir a necessidade para se restabelecer uma dependência econômica que não

existia antes.

5.1.5. A indignidade como causa da extinção da obrigação alimentar

Uma das decorrências econômicas do divórcio, quando há a configuração da possibilidade do alimentante e necessidade do alimentário, é a estipulação do pagamento de pensão alimentícia, seja pela via consensual seja pela via litigiosa.

O Código Civil de 2002 ao elencar as hipóteses em que essa obrigação alimentar não existirá ou não persistirá, tais como as previstas nos artigos 1.699[235] e 1.708, *caput*,[236] inovou ao dizer expressamente sobre a indignidade do alimentário. Neste caso, mesmo existindo o binômio necessidade x possibilidade, extingue-se, e não apenas suspende, a obrigação de pagar alimentos. Este é o significado da regra do artigo 1.708, parágrafo único: *Com relação ao credor cessa, também, o direito a alimentos, se tiver procedimento indigno em relação ao devedor*.

Independentemente de uma regra expressa sobre a cessação da obrigação alimentar em razão da indignidade, um dos maiores juristas brasileiros, Caio Mário da Silva Pereira, já trazia esta questão para nossas reflexões:

> *Quid juris,* entretanto, se o alimentado tentar contra a vida do alimentante, ou ofender a sua integridade moral? Embora não se cogite expressamente da espécie, não é razoável que o devedor de alimentos continue a supri-los depois de haver o alimentário tentado contra sua própria vida, ou incorrido em crime de calúnia ou de injúria contra ele. Há um pressuposto moral que não pode faltar nas relações jurídicas, e que há de presidir à subsistência da obrigação de alimentos.[237]

A professora e doutrinadora paulista Giselda Hironaka foi uma das primeiras a escrever especificamente sobre este instigante e inovador assunto, que aparece positivado apenas no Código Civil de 2002, embora em relação às sucessões, artigos 1.814, 1.961, 1.962 e 1.963 do CCB/2002,[238] já houvesse previsão de deserdação por indignidade:

> ... é o procedimento indigno um dos únicos casos em que, independentemente de haver real situação de dependência econômica ou afetiva do credor ou

> alimentando, seu direito a alimentos – tão sacrossantamente defendido a partir de abordagens inspiradas na dignidade humana – pode simplesmente ser extinto.[239]

Mesmo antes da transformação em regra pelo Código Civil da indignidade como causa da exclusão da obrigação alimentar, a jurisprudência já aplicava os princípios jurídicos para extinguir o pensionamento de quem não tinha "merecimento", a exemplo do Tribunal de Justiça de Pernambuco, em decisão de outubro de 2002:

> 1. Modernamente, entende-se que, além de a obrigação de pensionar se encontrar desvinculada da perquirição de culpa, a pensão alimentar é antes uma prestação compensatória pelos prejuízos causados pela perda do sustento do que propriamente o prolongamento, em quaisquer circunstâncias, do dever de sustento do ex-consorte economicamente mais fraco, com características de reparação irrenunciável. 2. Para a subsistência da prestação alimentar ressurge preponderante a questão do merecimento do ex-cônjuge, seu beneficário, expressa não só pelo estado de miserabilidade a que se veria reduzido caso contasse apenas com suas próprias economias para sobreviver, como, também, por sua conduta de permanente recato social, apropriada a quem pode desfrutar de regalias de consumo e de lazer graças ao comprometimento de recursos financeiros de outrem. 3. Não merece reforma sentença que, ante o estabelecimento de relação concubinária pela pensionada e seu comportamento indigno, este caracterizado por sua cumplicidade com o amante para a comprovada prática de delito criminal, exonera o ex-cônjuge da obrigação de prestar alimentos.[240]

Ainda não há um conceito pronto e acabado para a indignidade com vistas à sua aplicação no Direito de Família, em especial sobre a questão alimentar. Mas devemos partir da premissa essencial de que a dignidade é um valor intrínseco à pessoa humana. As coisas têm preço, e as pessoas, dignidade, como dizia Kant. [241] Onde há conduta indigna, a dignidade do devedor de alimentos somente será respeitada se a indignidade do credor for considerada:

> ... a indignidade não é um valor, mas uma certa prática – e especificamente uma prática violenta – cuja natureza é de atentar contra a integridade física ou moral

da pessoa que lhe presta os alimentos ou assistência: procedimento indigno, portanto, é violência.[242]

A indignidade para efeitos da desobrigação alimentar é uma conduta, uma prática, enquanto a dignidade é um valor, razão pela qual não há que se falar que uma é contrária à outra, pois se trata de gêneros distintos, a primeira afronta a segunda. Há procedimento indigno quando se afronta a dignidade da pessoa humana.

Embora o conceito de dignidade humana seja amplo, é necessário trazê-lo para os limites do Direito de Família com a finalidade de lhe imprimir praticidade e demarcação do conceito. Considerando que a família é a célula básica da sociedade e que as relações entre seus membros devem ser guiadas pelo afeto, respeito e limites de civilidade, aquele que afrontar o outro, violentando-o no sentido de destruí-lo ou enfraquecê-lo, não necessariamente usando a força física, mas desmere-cendo-o psiquicamente e denegrindo sua honra e sua imagem, estará praticando uma conduta indigna. Exemplo claro de indignidade é a Alienação Parental, cujo conceito está bem definido na Lei n. 12.318, de 26 de agosto de 2010.

A indignidade autorizadora de exoneração do devedor da obrigação alimentar, ou, até mesmo, apta a impedir a fixação de alimentos nas hipóteses de divórcio, caracteriza-se quando a prática de atos voltados a atingir a honra, a respeitabilidade, a decência e o amor próprio do provedor acarreta prejuízo de ordem moral, ou mesmo material, enfim, violentando direitos da personalidade.

Especificamente sobre as relações entre cônjuges, com o desuso da separação judicial e o fim da discussão sobre culpa, houve uma transição de paradigmas. Não se trata de substituir a culpa pela indignidade, pois imputava-se culpa quando a responsabilidade pelo fim do casamento era atribuída exclusivamente ao outro, o que não cabe mais alegar. Isso porque a grande diferença é que a indignidade não é a causa do fim do casamento, mas sim a causa da extinção da obrigação alimentar. Por não haver mais qualquer requisito para o decreto do divórcio, bastando, somente, a informação de que o relacionamento chegou ao seu final, pelo menos para um dos cônjuges, a indignidade deve ser discutida em uma ação autônoma, não interferindo em nada na decretação do divórcio.

Quando o amor simplesmente acaba, e a vida comum torna-se insuportável e impossível a manutenção do casamento, não há impedimento para a existência da obrigação alimentar entre os cônjuges, bastando a discussão do binômio necessidade e possibilidade. Por outro lado, uma traição descoberta

posteriormente à separação do casal e que não foi a causa ensejadora do rompimento do casamento pode ser a causa da extinção da obrigação alimentar. "Traição", no sentido que se traz aqui, exemplificativamente, não é a mera relação extraconjugal. Mesmo se entendida e invocada como tal, ela por si só não cabe mais em nosso ordenamento jurídico e não é determinante da indignidade. Se atingir ou infringir o código moral do casal, esta moralidade deve restringir-se àquela intimidade. Portanto, a traição não é aquela que traz consigo a carga de valores morais e singulares do casal, mas aquela que denota engodo, enganação, desrespeito e fere a honra e a imagem do "traído" perante terceiros, deixando-o em situação vexatória. A prática de relações extraconjugais pode, inclusive, não se caracterizar como traição. O engodo, a má-fé e a simulação em um casamento visando apenas a interesses financeiros (golpe do baú) podem ser uma traição muito maior que uma relação extraconjugal. Traição e infidelidade podem se caracterizar, também, pelos maus-tratos, pela não assistência moral e à saúde do cônjuge. Enfim, uma gama enorme de situações que não se exaure e não é *numerus clausus*, mas que deve ser examinada em cada caso concreto, onde se avaliará objetivamente o desrespeito tal que se possa caracterizar como indignidade, isto é, como violação à dignidade do alimentante.[243]

A indignidade como causa da extinção da obrigação alimentar não é somente nas relações conjugais. O parentesco como fonte de obrigação alimentar, embora mais raro, enquadra-se também no comando do parágrafo único do artigo 1.708 do CCB/2002. Os exemplos mais comuns guardam semelhança com as regras da sucessão hereditária descritas nos artigos 1.814, 1.961, 1.962 e 1.963 do CCB/2002. Um filho que atente contra a vida do pai ou lhe negue socorro, assistência e cuidados em momentos de grande desamparo do alimentante não é digno de receber sustento material daquele a quem ele se nega a amparar emocional ou psiquicamente. Mas não se pode restringir as causas, ou caracterização, da indignidade apenas àqueles elencados pelo direito das sucessões, como pretendem alguns autores.[244] A indignidade para o Direito de Família vai muito além, e, ademais, o conceito de dignidade se desenvolveu muito após a Constituição de 1988 e está diretamente relacionado à regra e ao espírito do parágrafo único do artigo 1.708 do CCB/2002.

Todos esses pressupostos, além de valores, são práticas recíprocas que devem ocorrer nas relações familiares a fim de se evitar o procedimento indigno. Assim, não se pode obrigar alguém a arcar com o pagamento de alimentos a quem não agiu de forma digna e solidária com ele, mesmo persistindo o binômio necessidade x possibilidade. Nas palavras de Giselda Hironaka:

> Só quando aquele que ofende percebe a validade da solidariedade para com aquele a quem ofende é que será possível vislumbrar, no horizonte, a derrota da indignidade.[245]

Ou ainda nos dizeres de Rolf Madaleno:

> Nem sempre a cessação do direito aos alimentos está vinculada ao estado de necessidade do alimentando, isto porque o credor dos alimentos tem para com seu devedor alimentar inarredável dever ético e um código moral de civilidade nas relações sociais e familiares.[246]

A indignidade, como causa excludente da obrigação alimentar, não está necessariamente ligada ao dever de fidelidade, assim como o pensionante não pode se tornar um fiscal da vida sexual do alimentário. A indignidade não está atrelada simplesmente ao conteúdo de uma moral sexual, até porque ela é variável e relativizável, sob pena de se repetir as injustiças históricas que tanto excluíram pessoas do laço social, como foi com a ilegitimidade de determinadas categorias de filhos. A caracterização de atos de indignidade relaciona-se muito mais à ética do que à moral. Felizmente, o Direito de Família vem superando os conceitos morais estigmatizantes e excludentes, tais como o de "mulher desonesta" (art. 1.744, III, CCB/1916) como indicativo de indignidade, ou de capacidade para se ter ou não a guarda dos filhos etc. Se tratarmos a dignidade ou indignidade no campo da moral, incorreremos no risco de cair no moralismo particularizado e nos afastarmos da ética. É preciso demarcar o conceito de indignidade no campo da ética, e não no da moral, insista-se. Não é ético, por exemplo, que uma pessoa receba pensão do ex-cônjuge ou companheiro e ao mesmo tempo impeça, injustificadamente, que ele conviva com os filhos comuns, ou pratique atos de alienação parental. O genitor digno estimula os filhos a conviverem com o pai apesar das divergências entre eles.

Assim, indignidade é um comportamento, uma conduta ou uma ação que deteriora ou destrói o outro, agindo diretamente contra a preservação de sua integridade psicofísica e a preservação de sua dignidade, desconfigurando a sua essência, a sua natureza enquanto pessoa humana e ente ocupante daquela determinada função – pai ou mãe, filho ou filha, cônjuge, companheiro etc. É um comportamento não ético, pois ética é a conduta guiada necessariamente por uma avaliação racional das questões morais. E essa é a grande diferença entre ética e

moral que deve ser observada, para que o Direito de Família não volte a cometer graves injustiças que acarretaram tanta exclusão social. Quando alguém é tratado de uma forma indigna, incompatível com a sua dignidade, é tratado como se fosse um objeto e não um sujeito. Em outras palavras, quando há uma objetificação do sujeito pelo outro, significa que foi retirado dele a dignidade, ou seja, houve aí a prática de atos de indignidade. Um ato violento, por exemplo, é algo contrário à natureza de uma pessoa por uma razão ética, não porque seja imoral, pois há quem ache que é moral tratar outrem com violência em determinados casos, desconsiderando que a estrutura física e mental de uma pessoa é tal que, diante de qualquer ato violento, sente dor, perturba-se, deteriora-se.[247]

A indignidade também se relaciona diretamente com o oposto da boa-fé, isto é, os atos de indignidade fazem laço e deixam lastro na má-fé. Por exemplo, alguém que se casou apenas por interesses financeiros, em nítida caracterização do popularmente conhecido "golpe do baú". Tem-se aí a má-fé atrelada diretamente à indignidade.

5.1.6. Aplicação da teoria da disregard na apuração do quantum alimentar

Uma das grandes dificuldades de se estabelecer o *quantum* alimentar de forma justa está na dificuldade de se mensurar a possibilidade do alimentante. Além de omitir informações, é comum esconder-se "atrás" de pessoa jurídica, fazendo uma verdadeira "blindagem" de seu patrimônio de forma a falsear sua realidade econômico-financeira. Um dos remédios utilizados para se chegar até a verdadeira realidade econômica é a aplicação da teoria da *disregard*, ou teoria da desconsideração da personalidade jurídica, criada para alcançar o patrimônio dos sócios que maliciosamente se utilizam da autonomia gerencial e administrativa das sociedades para fraudar credores. Ela tem ampla aplicação no Direito de Família, não apenas para apuração de partilha de bens, mas também para se apurar os rendimentos reais do empresário que deve pagar alimentos.

Sabe-se que o patrimônio do sócio não se mistura com o patrimônio da empresa. Entretanto, em algumas situações de confusão patrimonial e desvio de finalidade, pode ocorrer a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica, como bem estabelece o artigo 50 do CCB/2002:

> Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio

> de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

Para fixação da pensão alimentícia, além do trinômio necessidade x possibilidade x proporcionalidade, há de ser considerado o padrão de vida,[248] nem sempre compatível com o acervo probatório apresentado pelo alimentante, que, em razão de melindrosa engenharia contábil-financeira, consegue, habilmente, manipular seus lucros, dividendos e retiradas *pro-labore*. Ante os indícios que apontam uma possibilidade maior do que a documentada, a jurisprudência[249] e a doutrina têm relativizado a personalidade jurídica da sociedade envolvida para adentrar na sua esfera patrimonial e melhor aquilatar o *quantum* devido por aquele que se esconde por trás do véu societário:

> O direito não cria realidade, o direito, em verdade, serve à realidade e se esta aponta para a existência de estratagemas onde certa pessoa física foge de suas obrigações e busca guarida sob manto de uma pessoa jurídica é imprescindível que se supere a existência da personalidade jurídica, aos efeitos de assegurar a justa aplicação do direito contra a pessoa física que procura se valer da condição, por exemplo, de sócio (inclusive oculto) determinada empresa. É, pois, dever do profissional jurídico usar meios necessários para a satisfação do direito violado ou ameaçado e, dentre estes meios, evidentemente que uma arma eficaz contra a burla da realidade é exatamente a possibilidade da incidência da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.[250]

A aplicação da *disregard* para apuração dos ganhos reais do devedor é balizada pela teoria da aparência ou dos sinais exteriores de riqueza e encontra respaldo legal na Lei de Alimentos,[251] que dispensa a apresentação de documentos para o pedido inaugural. Isso se deve, também, ao fato de que, no caso de empresários, a documentação que comprova a possibilidade não é de fácil acesso, visto tratar-se de documentos particulares, que, como dito anteriormente, podem ser facilmente manipulados. Portanto, a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, aliada aos sinais exteriores de riqueza, tem sido uma importante fonte e subsídio teórico para se levar à pratica da necessária apuração da possibilidade econômico-financeira do alimentante.

5.1.7. Pensão alimentícia compensatória

A pensão alimentícia compensatória surge e ganha força no ordenamento jurídico brasileiro em consequência do comando constitucional de reparação das desigualdades entre cônjuges ou companheiros, sob o manto de uma necessária principiologia para o Direito de Família. O desfazimento de um casamento ou união estável[252], especialmente aqueles que se prolongaram no tempo, e tiveram uma história de cumplicidade e cooperação, não pode significar desequilíbrio no modo e padrão de vida pós-divórcio.

Com a evolução do direito civil-constitucional, os princípios ganharam maior força normativa e, consequentemente, perderam seu caráter de mera supletividade e significam o alicerce, os pontos básicos e vitais para a sustentação do Direito. São eles que traçam os preceitos, para toda espécie de operação jurídica, e têm um sentido mais relevante que a própria regra jurídica. Constituem os fundamentos da ciência jurídica e contêm as noções em que se estrutura o próprio Direito. Reveste-se, atualmente, de força normativa imprescindível para a aproximação do ideal de Justiça.

Para que se possa pensar e viver em um Estado Democrático de Direito, é necessário que essa democracia comece na célula básica da sociedade, isto é, na família. E para que se possa ter uma família democrática é necessário que se igualizem os direitos entre homens e mulheres e para isso é também necessário que se façam compensações.[253]

Uma das formas de compensar o desequilíbrio econômico-financeiro entre os divorciados, independentemente do regime de bens entre eles, é estabelecer uma pensão alimentícia compensatória. Tal forma de pensionamento não está atrelada, obrigatoriamente, à clássica equação aritmética necessidade/possibilidade. O *quantum* alimentar e a natureza da pensão compensatória é aquele que proporcione e equipare o mesmo padrão socioeconômico a ambos os divorciados. O caso clássico a justificar este tipo de pensionamento é o do cônjuge, historicamente a mulher, parte economicamente mais fraca, que, por acordo ainda que tácito, passou sua vida dando o suporte doméstico para a educação e criação dos filhos, com isso possibilitando que o outro cônjuge se desenvolvesse profissionalmente. Este tipo de pensão é também uma forma de se atribuir um conteúdo econômico ao “desvalorizado” trabalho doméstico.

As normas jurídicas que dão suporte e autorizam a pensão compensatória, após o fim do casamento ou união estável, advêm dos princípios constitucionais da igualdade, solidariedade, responsabilidade e dignidade humanas. As normas

infraconstitucionais, mais especificamente o artigo 1.694 do CCB de 2002, bem como a melhor jurisprudência e o direito comparado, apresentam-se também como fontes obrigatórias para a compreensão e desenvolvimento do raciocínio jurídico desta modalidade de pensamento.

5.1.7.1. *O princípio da solidariedade, responsabilidade*

e *dignidade entre os cônjuges divorciandos*

O princípio da solidariedade previsto na Constituição da República[254] advém do dever civil de cuidado ao outro, dever este que deve ser incrementado principalmente nas relações familiares. O dever conjugal de mútua assistência (art. 1.566, III, CCB/02) dá corolário normativo à pensão alimentícia convencional, e aliado ao princípio da solidariedade, dignidade, responsabilidade e igualdade gera a consequência lógica para a concessão dos alimentos compensatórios, pois cria a obrigação de o cônjuge afortunado solidarizar-se com aquele em desvantagem financeira. Paulo Lôbo é quem melhor expressa este valor jurídico, que ganhou força normativa de princípio constitucional:

> A solidariedade como categoria ética e moral que se projetou para o mundo jurídico significa um vínculo de sentimento racionalmente guiado, limitado e autodeterminado que compele à oferta de ajuda, apoiando-se em uma mínima similitude de certos interesses e objetivos, de forma a manter a diferença entre os parceiros na solidariedade. A solidariedade cresce de importância na medida em que permite a tomada de consciência da interdependência social. A regra matriz do princípio da solidariedade é o inciso I do art. 3º da Constituição. No capítulo destinado à família, o princípio é revelado incisivamente no dever imposto à sociedade, ao Estado e à família (como entidade e na pessoa de cada membro) de proteção ao grupo familiar (art. 226), à criança e ao adolescente (art. 227) e às pessoas idosas (art. 230). A solidariedade do núcleo familiar compreende a solidariedade recíproca dos cônjuges e dos companheiros, principalmente quanto à assistência moral e material. O lar é por excelência um lugar de colaboração, de cooperação, de assistência, de cuidado; em uma palavra, de solidariedade civil.[255]

O princípio da solidariedade distingue-se do conceito de obrigação solidária

em seu sentido estrito. Solidariedade como princípio jurídico norteador do Direito de Família advém da ideia que traduz uma relação de corresponsabilidade entre pessoas unidas, inclusive, por um sentimento moral e social de apoio ao outro. Mais que moral, a solidariedade (do latim *sollicitador, sollitare*) transforma-se em dever ético de relações humanizadoras. Por outro lado, obrigação solidária, em sentido técnico-jurídico, é quando há pluralidade de sujeitos ativos ou passivos de uma obrigação, para que se possa cumprir por inteiro ou *in solidum*. Tecnicamente, portanto, designa uma obrigação que se deve cumprir por inteiro, ou fracionada por uma ou mais pessoas. Neste sentido é que são as regras dos artigos 264 a 285 do CCB/2002, sobre as obrigações solidárias, ou seja, quando há pluralidade de credores ou devedores com direito a receber ou a pagar a totalidade da dívida ou fracioná-la. Assim, quando se invoca o princípio da solidariedade como fundamentação e justificativa para pagamento de pensão compensatória, não nos referimos à definição técnica de obrigação solidária ou subsidiária.

O princípio da responsabilidade é outro esteio de sustentação jurídica para fixação de pensão compensatória. A responsabilidade é um dos mais importantes valores e princípios jurídicos contemporâneos. Deve-se compreendê-la em relação a si mesmo, pois toda pessoa enquanto sujeito deve responsabilizar-se pelos seus atos, como já disse Jacques Lacan, e também em relação ao outro.

Os cônjuges ou ex-cônjuges são responsáveis pelas suas escolhas, mas a parte economicamente mais forte tem uma responsabilidade maior pela manutenção do *status* socioeconômico do outro cônjuge divorciando. A responsabilidade extrai sua força imperativa do acordo do qual ela é criatura, e não do valor intrínseco de seu objetivo,[256] ou seja, há aí uma responsabilidade que nasce da relação contratual do casamento.

E, parafraseando o jurista Paulo Lôbo, sem responsabilidade não se pode assegurar a realização da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, e, portanto, os três princípios são interdependentes.

O princípio da dignidade é um dos esteios da sustentação dos ordenamentos jurídicos contemporâneos. Para o direito público é o vértice do Estado democrático de Direito. No direito privado é um macroprincípio, que por sua vez contém e se desdobra em outros princípios e valores essenciais, como a liberdade, cidadania, alteridade e igualdade. O ajuste compensatório entre as partes é questão inerente a este princípio, pois não se pode admitir que os cônjuges que foram casados por longos anos e tiveram uma história de cumplicidade e solidariedade tenham formas e padrões socioeconômicos tão

diferentes. Não é digno, por exemplo, que um dos cônjuges, geralmente a mulher, após um longo casamento tenha seu padrão de vida diminuído drasticamente após o divórcio e o marido continue com elevado *status* econômico. A dignidade neste caso não está relacionada apenas à sobrevivência, mas, principalmente, à manutenção do padrão de vida compatível com sua história e seu merecimento. Afinal, "nem só de pão vive o homem".[257]

5.1.7.2. *O princípio, a jurisprudência e a regra da igualdade.*

O *conteúdo econômico do trabalho doméstico*

A igualdade entre homens e mulheres é um dos princípios-chave para as organizações jurídicas, em particular para o Direito de Família. Sem ele não há dignidade do sujeito de direito, e, consequentemente, não há justiça. Teoricamente a desigualdade dos gêneros está superada no Direito brasileiro, tal como prescrito na Constituição da República.[258] Mas a igualdade que está resolvida é apenas a formal, que constitui um passo importante para a continuação da dialética dos gêneros e das fundamentais diferenças dos mundos masculino e feminino. E um passo adiante no discurso da igualdade é a consideração e concessão de pensão alimentícia que compense as desigualdades históricas dos gêneros. Apesar do acesso da mulher ao mercado de trabalho, ainda persiste uma realidade socioeconômica e cultural em que elas têm na relação conjugal um papel e função de suporte ao marido. Mesmo que tenham atividade remunerada, o seu maior valor ainda não está aí, mas na tradicional função cotidiana de criar e educar filhos, gerenciar o lar, enfim, dar todo o suporte e aporte psíquico, psicológico, lógico e emocional ao marido, proporcionando que ele possa crescer cada vez mais em sua profissão. Tudo isso em nome do casal e da família. Quando o amor acaba, e o amor às vezes acaba, a ideia de justo e de justiça têm ângulos e olhares diferentes entre marido e mulher. Pensa-se que o trabalho doméstico desenvolvido não tem valor, e não foi significativo, para o crescimento e aquisição patrimonial. É preciso revalorizarmos o trabalho doméstico. Sem ele não haveria família e filhos psiquicamente saudáveis, nem mesmo produção e desenvolvimento econômico e reprodução. Considerando os valores da sociedade do capital e do consumo, para que se dê o justo valor ao histórico trabalho feito pelas mulheres, é preciso atribuir-lhe um conteúdo econômico. Isto não significa, de maneira alguma, pagar à mulher determinado salário como se paga a uma empregada doméstica, mas criar mecanismos de compensação e amparo ao

cônjuge que proporcionou ao outro, direta ou indiretamente, aquisição patrimonial. John Rawls propõe que a melhor maneira de reparar a longa injustiça histórica para com as mulheres, que suportaram e continuam suportando uma parcela injusta na tarefa de criar e cuidar dos filhos, não é através da filosofia política, mas através de mecanismos de compensação:

> Parece intoleravelmente injusto que um marido possa deixar a família, levando consigo o seu poder de ganhar dinheiro, deixando esposa e filhos em situação bem menos vantajosa que antes. Forçados a lutar por si mesmos, sua posição econômica é muitas vezes precária. Uma sociedade que permite isso não se importa com as mulheres, muito menos com sua igualdade ou mesmo com seus filhos, que serão o futuro dela.[259]

Não são apenas os princípios constitucionais que sustentam a fundamentação jurídica para a fixação de uma pensão compensatória. A legislação infraconstitucional, embora não utilize exatamente esta expressão, também estabeleceu regras, traduzidas pelo artigo 1.694 do CCB 2002.[260] Ao estabelecer que os cônjuges ou companheiros podem pedir alimentos para "viver de modo compatível com sua condição social", está exatamente prescrevendo que o padrão social deve ser mantido através do pensionamento. Embora este artigo refira-se a pensão alimentícia, podemos interpretá-lo, ou complementá-lo, como alimentícia compensatória.

Baseado nos princípios e regras aqui referidos, a jurisprudência brasileira vem se posicionado sobre esta espécie de pensão alimentícia, como se vê, exemplificativamente, nos julgados a seguir:

> (...) Alimentos compensatórios são pagos por um cônjuge ao outro, por ocasião da ruptura do vínculo conjugal. Servem para amenizar o desequilíbrio econômico, no padrão de vida de um dos cônjuges, por ocasião do fim do casamento. Agravo não provido. TJDFT – AI 20090020030046. 6ª T. Cível. Rel. Des. Jair Soares. *DJ* 17.6.09.
>
> Alimentos compensatórios. Execução. Em se tratando de verba alimentar de natureza compensatória, fixada em caráter vitalício, por ter o patrimônio ficado na propriedade do varão, descabe a justificativa do inadimplemento sob a alegação de ausência de condições financeiras. Agravo provido. TJRS – AI 70020992285, 7ª CC. Rel. Des. Maria Berenice Dias. Julgado em 19.12.2007.

(...) Cabe a fixação de alimentos compensatórios, em valor fixo, decorrente da administração exclusiva por um dos cônjuges das empresas do casal. Caso em que os alimentos podem ser compensados, dependendo da decisão da ação de partilha de bens, bem como não ensejam possibilidade de execução pessoal sob o rito de prisão. O deferimento dos alimentos não implica a conclusão de que as quotas sociais das empresas do casal devem ser repartidas em 50% para cada cônjuge. Matéria essa que deverá ser julgada de forma autônoma na ação de partilha de bens. Considerando que o valor dos honorários advocatícios está abaixo da complexidade da demanda, devem ser majorados os honorários. Deram parcial provimento à apelação e provimento ao recurso adesivo. TJRS – Ap. Cív. 70026541623. 8ª CC. Rel. Des. Rui Portanova. Julgado em 4.6.09.

5.1.7.3. *Alimentos compensatórios e regime de bens*

O fim do casamento não tem, necessariamente, que impor o fim do *status* em que se vivia, ainda que o credor alimentar tenha rendas e não tenha uma necessidade alimentar no sentido assistencial. O que se deve preservar são as relações de dependência no que se refere ao uso dos frutos do patrimônio que atendia às partes. Também não se pode confundir frutos da propriedade ou empresas com os alimentos compensatórios, porque o segundo tem o intuito de apenas manter o direito do *status* vivido à época do casamento, tanto que, se houver um melhoramento no *modus vivendi* atual do cônjuge alimentante, o alimentário não terá direito ao aumento, se ele não o usufruía à época do relacionamento.

Os alimentos compensatórios, como se disse, não se vinculam, necessariamente, ao regime de bens. O patrimônio havido na constância da conjugalidade é apenas elemento de prova e demonstração para aferição da possibilidade de quem o detém e, consequentemente, da apuração do *quantum* alimentar compensatório. Não se trata de cobrança de frutos ou antecipação de partilha, mas sim de cumprir regras e princípios da isonomia conjugal, como dispõe o art. 226, § 5º, da Constituição da República.[261]

A pensão compensatória dos alimentos também se fundamenta na diferenciação de oportunidades vividas em conjunto, mas de forma diferenciada em relação ao outro cônjuge.[262] Ela não guarda uma função permanente e vitalícia de manutenção. Sua natureza é a de reparar o desequilíbrio entre as partes até que se dissolvam as desvantagens sociais instaladas em razão do divórcio. A união conjugal presume a elaboração de um pacto de vida, no qual um dos cônjuges

abdica um pouco mais que o outro em relação aos seus sonhos pessoais, com a finalidade de construir uma sólida estrutura familiar. Enquanto um cresce profissionalmente, o outro se estagna em nome da família. E, como disse, tal estagnação não é reconhecida ao fim da conjugalidade sob o prisma econômico. O argentino Jorge Azpiri em sua obra *Régimen de bienes en el matrimonio* realça bem os motivos da aplicação da compensação:

> *Existen numerosas situaciones en las que la ruptura matrimonial produce perjuicios o situaciones desventajosas para uno de los esposos que no han sido aún contempladas en nuestro ordenamiento jurídico. Baste señalar, a título de ejemplo, el caso de la mujer que se há dedicado al hogar descuindando su trabajo fuera de la casa o su capacitación personal – generándole una desigualdad respecto del otro cónyuge –, que ante la ruptura matrimonial ha preferido obtener una sentencia por um procedimiento objetivo sin recibir en la liquidación de bienes de la sociedad conyugal un patrimonio importante como para mantener el nível de vida que llevaba durante la convivencia. Una de estas respuestas puede encontrarse en la incorporación de la pensión compensatoria.*[263]

5.1.7.4. *Natureza jurídica e meios de execução*

A pensão alimentícia compensatória tem dupla natureza, como o próprio nome indica. Há quem entenda ser apenas compensatória ou indenizatória. No entanto, o seu caráter se demonstra também na necessidade alimentar propriamente dita, e indenizatória pelo seu objetivo de equiparação de padrões financeiros. O fato de se revestir de caráter e cunho indenizatórios não significa que esteja atrelada à antiquada discussão de culpa.[264]

Identificar a natureza heterogênea desta modalidade de pensionamento traz importante reflexo na execução da pensão alimentícia compensatória. Sendo de dupla natureza é possível requerer a execução sob o rito da prisão civil. Caso contrário, somente será exigível o rito de execução para pagamento de quantia certa, dado o caráter indenizatório, não alimentício.

Outro fundamento que reforça o caráter de duplicidade da pensão compensatória advém dos próprios princípios nos quais ela se alicerça, em especial o da igualdade. Afinal, se há a necessidade de propor ação de execução, já houve quebra de padrões, violação de princípios, e o alimentário está hipossuficiente, e dependente do pagamento pontual para restaurar o *status quo ante*. Entendimento diverso seria premiar, mais uma vez, o economicamente mais forte.

5.1.7.5. *Os sujeitos da pensão compensatória*

Qualquer pessoa, sendo descasada, ex-convivente decorrente da união estável ou homoafetiva, pode requerer a pensão alimentícia compensatória. Dois requisitos são fundamentais e não estão dissociados do formato da relação de afeto: estar separado de fato ou divorciado e demonstrar a discrepância de padrões entre o ex-casal, salientando que tal padrão derivou da própria conjugalidade. Esta última observação exclui as relações nas quais as partes, antes de manterem o relacionamento, já viviam em realidades financeiras diversas e que não houve acréscimo em sua constância.

5.1.7.6. *Termo inicial de vigência e termo final da obrigação compensatória*

A vigência da pensão compensatória se dá a partir do dia do seu deferimento, independente do dia da citação ou intimação do alimentante. Ana Maria Louzada é enfática ao se posicionar sobre o termo inicial dos alimentos compensatórios:

> (...) frente ao Princípio da Isonomia, descabível se mostra determinar que a quantia fixada passe a valer somente quando o alimentante for citado/intimado. Basta lembrar que, se se tratar de empregado, o ofício para o órgão pagador dar-se-ia independente de sua citação. Ademais, nas ações cautelares e em sede de antecipação de tutela, a decisão liminar tem eficácia imediata, nada justificando que em querelas alimentares o efeito seja postergado.[265]

A obrigação alimentar compensatória se extingue com a morte do alimentário ou com a ausência de necessidade compensatória, seja em razão de abrupta queda da possibilidade do alimentante, seja pelo repasse integral de numerário, tornando-se isonômicas as realidades, ou mesmo pela desnecessidade do alimentário decorrente de fator superveniente ao padrão posto em análise no momento da fixação.

5.1.7.7. *Possibilidade de cobrança "post mortem"*

Havendo patrimônio ainda não partilhado entre os ex-cônjuges que gerava renda ao alimentante e, agora ao espólio, é plenamente possível a fixação ou a manutenção da pensão compensatória, até o efetivo repasse da meação alimentária. Nas hipóteses de pensão compensatória que não tem liame com a partilha de bens do casal, apenas eventual dívida alimentar se transmitirá aos herdeiros, obviamente respeitando-se os limites do acervo hereditário. Caso

contrário, salvaguardadas as exceções ora apontadas, tal obrigação será personalíssima, como muito bem esclarecido no direito espanhol:

> *Esta instransmisibilidad del derecho de alimentos es de aplicación a todas las operaciones equivalentes. En tal sentido, se pretende que el alimentista no solo no despoje de su derecho sin obtener una compensación, sino, más aun, se pretende que no pueda sustituir en si patrimonio el crédito alimentario legal por otro objeto.*[266]

5.1.7.8. *No direito comparado*

Na Espanha, o artigo 97 do Código Civil prevê que o cônjuge para o qual a separação ou divórcio produza desequilíbrio econômico em relação à situação do outro, implicando uma piora em sua situação anterior ao matrimônio, tem direito a uma pensão, que se fixará na decisão judicial, tendo em conta dentre outras as seguintes circunstâncias: 1 – Os acordos que houverem chegado os cônjuges. 2 – A idade e o estado de saúde. 3 – A qualificação profissional e as probabilidades de acesso a um emprego. 4 – A dedicação passada e futura à família. 5 – A colaboração com seu trabalho nas atividades mercantis, industriais ou profissionais do outro cônjuge. 6 – A duração do matrimônio e da convivência conjugal. 7 – A perda eventual de um direito de pensão. 8 – O patrimônio e os meios econômicos e as necessidades de um e do outro cônjuge. Na decisão judicial se fixarão as bases para atualizar a pensão e as garantias para sua efetividade.[267] Nestes alimentos compensatórios não está inserido como pressuposto de concessão a culpa pelo fim da conjugalidade, mas sim a análise do desfavorecimento econômico de um em relação ao outro.

Na França, o artigo 270 do Código Civil preceitua que "um dos cônjuges pode ser obrigado a pagar ao outro uma prestação compensatória destinada a compensar, tanto quanto possível, a disparidade que a ruptura do casamento cria dentro das condições de vida respectivas." E determina critérios para a fixação com base no binômio alimentar no artigo 271: "A prestação compensatória é fixada de acordo com as necessidades do cônjuge a quem ela é paga, e dos recursos do outro, tendo em conta a situação no momento do divórcio e a evolução da mesma num futuro previsível."[268]

Os franceses admitem o pagamento da pensão compensatória em pagamento único ou em parcelas predeterminadas, o que explicita ainda mais o caráter indenizatório aliado ao assistencial.

Na Argentina, o Código Civil, em seu artigo 207, estabelece que o cônjuge que tenha dado motivo à separação, nas hipóteses do artigo 202º, deve ajudar o outro

– caso este não tenha, também, dado causa à separação – para manter o nível econômico de que desfrutavam durante a sua convivência, levando-se em conta os recursos de ambos para o estabelecimento de tais alimentos. Além disso, a idade e o estado de saúde dos cônjuges, a dedicação do genitor guardião ao cuidado e educação dos filhos, a capacitação profissional e a probabilidade de acesso ao emprego do alimentando são elementos levados em consideração para a avaliação e fixação de uma pensão compensatória. Rolf Madaleno, citando o jurista argentino Jorge Azpiri, esclarece as razões e o sentido dos alimentos compensatórios naquele país:

> Um dos cônjuges pode ser obrigado a abonar o outro com uma prestação destinada a compensar, até onde for possível, a disparidade material causada pela ruptura do relacionamento, o que neste sentido difere sensivelmente da pensão transitória, esta última com larga aplicação nas dissensões conjugais, mesmo sem expressa previsão legal, por considerar a necessidade passageira do alimentando. Outro é o propósito da pensão compensatória que equilibra o padrão econômico-financeiro, servindo quase para indenizar a perda do padrão social causada pela separação ou divórcio.[269]

Os alimentos compensatórios na Argentina pecam no seu pressuposto de concessão ao vincular a fixação ao critério de culpa, o que está na contramão da tendência dos ordenamentos jurídicos mais contemporâneos. Isto gera um pressuposto autorizativo para referendar e legitimar a dor sofrida no casamento, o que, definitivamente, não pode ser incumbência do Estado-Juiz.

Na Alemanha, o BGB estabelece a pensão compensatória apenas quando a parte, por motivos graves, não pode trabalhar, como cláusula agravante positiva prevista no § 1.576.[270] Já o suporte doméstico do cônjuge hipossuficiente lhe garante o direito de pensão previdenciária compensatória (§§ 1.587-1.58-p BGB).[271]

5.2. **Partilha de Bens**

O fim do casamento, na maioria das vezes, significa também o fim da sociedade patrimonial. À efetiva repartição dos bens, seja judicial ou administrativa, dá-se o nome de partilha e importa no rateamento do patrimônio amealhado pelo casal em obediência ao regime de bens por eles adotado quando da habilitação para o

casamento ou pacto pós-nupcial, a não ser que as partes, de comum acordo, estabeleçam diferente. É possível, no entanto, dissolver a sociedade conjugal sem que haja dissolução da sociedade patrimonial, mas não é possível dissolver a sociedade patrimonial sem dissolver a sociedade conjugal. A exceção, neste caso, fica por conta da mudança de regime de bens (cf. item 5.3.).

Para apuração do quinhão cabível a cada cônjuge, a partilha dos bens alcança o ativo e o passivo, ressalvado financiamentos com parcelas futuras a vencer e resguardo do direito de terceiros.

Se consensual a partilha, as partes podem estabelecer livremente o que quiserem (art. 1.575, parágrafo único, CCB/2002[272]). Há casais que preferem deixar o patrimônio em condomínio e, para isso, é conveniente estabelecer as regras dessa sociedade condominial, já que não há mais uma sociedade conjugal. A qualquer tempo podem dissolvê-la como se dissolve uma sociedade patrimonial, seja por consenso ou unilateralmente.

Se as partes não chegam a um acordo especificamente sobre a partilha, é comum, e conveniente, deixá-la relegada a um momento futuro, para que não seja um entrave às outras questões. Assim, resolve-se os outros aspectos pessoais e econômicos (guarda e convivência familiar, nome de casada, alimentos para os filhos e cônjuge) e se deixa a divisão dos bens para depois. Nesses casos, é recomendável o arrolamento, ou pelo menos a descrição dos bens partilháveis para delimitar a controvérsia e impedir a dilapidação do patrimônio pelo cônjuge que se encontra na sua posse, bem como para evitar discussões sobre aquisições futuras de qualquer dos ex-cônjuges.

A partilha litigiosa segue as regras do inventário e partilha, cujo rito procedimental é estabelecido pelos artigos 982[273] e ss. do CPC.

Até a efetiva divisão, desde que não haja a opção dos divorciandos pelo estado condominial do patrimônio, os bens que integram o monte comum permanecem em estado de mancomunhão:

> Depois da separação de fato, da separação jurídica ou do divórcio, sem a realização da partilha, os bens permanecem em estado de mancomunhão, expressão corrente na doutrina que, no entanto, não dispõe de previsão legal. De qualquer sorte, quer dizer que os bens pertencem a ambos os cônjuges ou companheiros em “mão comum”. Tal distingue-se do condomínio: situação em que o poder de disposição sobre a coisa está nas mãos de vários sujeitos simultaneamente. Esta possibilidade não existe na comunhão entre cônjuges, conviventes e herdeiros. Nenhum deles pode alienar ou gravar a respectiva

parte indivisa (CC 1.314) e só pode exigir sua divisão (CC 1.320) depois da partilha.[274]

A permanência do patrimônio em estado de mancomunhão pode significar uma situação de desigualdade, pois é certo que, estando o casal divergindo sobre a divisão dos bens, não se pode pensar que chegarão a um consenso quanto à sua administração, que ficará adstrita, na maioria dos casos, somente a um deles. Para resguardar o direito de uso, gozo e fruição do cônjuge afastado da gerência do patrimônio há alternativas para equilibrar a situação. É o caso da propositura de Ação de Cobrança de Frutos por uso exclusivo de bem(ns) comum(ns), na qual se pretende o recebimento de 50%, ou a quota-parte proporcional à renda gerada pela propriedade comum, bem como a Ação de Alimentos Compensatórios, que tem por objetivo equalizar o padrão de vida das partes com a fixação de uma pensão que viabilize ao cônjuge, que não está na posse do patrimônio conjugal, usufruir dos mesmos benefícios do cônjuge gestor. O termo final, tanto dos frutos quanto da pensão compensatória, pode se dar com a efetiva partilha dos bens (cf. item 5.1.7).

5.2.1. A fraude na partilha de bens

A ideia e o propósito de se conceder às pessoas jurídicas independência, distinguindo-a da pessoa física, também tem sido objeto de uso indevido pelo cônjuge economicamente mais forte e muitas vezes mal-intencionado. É praxe corriqueira dos cônjuges e companheiros empresários não só a transferência de parte do acervo de bens do casal para a sociedade comercial, como também a aquisição de patrimônio em nome dela.

É que ao se constituir uma pessoa jurídica, seja ela civil ou empresarial, confere-se a ela capacidade e autonomia, cuja função primordial é distanciar a pessoa do sócio, ou sócios, das atividades por ela desenvolvidas, não obstante seja(m) ele(s) os responsáveis por sua capitalização. Rolf Madaleno, o primeiro doutrinador brasileiro a trazer a *disregard* para o Direito de Família, é enfático ao dizer que a finalidade prática da personificação da sociedade é a de estabelecer a separação do patrimônio dos sócios em relação ao seu patrimônio.[275] A sociedade torna-se responsável pelos atos por ela praticados e pode funcionar como uma desresponsabilização do cônjuge, pois ela serve de uma espécie de “blindagem” na medida em que acaba tornando confuso e difuso o patrimônio do cônjuge ao torná-lo duas pessoas diferentes: física e jurídica.

Em decorrência dessa autonomia, gerencial e patrimonial, desvirtua-se a finalidade da pessoa jurídica para fins escusos, uma vez que a má gestão dos administradores, sócios ou não, responde limitadamente à esfera patrimonial da sociedade, ensejando a fraude a credores.

O mau uso da figura societária fez surgir a necessidade de relativizar sua autonomia, dando origem à teoria da desconsideração da pessoa jurídica, ou *disregard*. Fruto da doutrina e jurisprudência,[276] a *disregard*, que se desenvolveu primeiro nos Estados Unidos, na Inglaterra e na Alemanha, consiste em autorizar o Judiciário, em casos de fraude, a ultrapassar os limites da personalidade jurídica das sociedades para alcançar o patrimônio dos sócios.

O ordenamento jurídico brasileiro prevê a desconsideração da personalidade jurídica no artigo 50 do Código Civil,[277] artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor,[278] artigo 18 da Lei Antitruste[279] e artigo 4º da Lei n. 9.605/1998, que regula os crimes contra o meio ambiente.[280]

Com o objetivo de "blindar" o patrimônio, com a facilidade conferida pelo véu societário, o cônjuge que visa à vantagem patrimonial esvazia ou desvia o patrimônio conjugal para "capitalização" do patrimônio societário, em detrimento do regime de bens adotado pelo casal, configurando fraude à meação, e atraindo a incidência da *disregard*. Nesses casos, a *disregard* atua de forma invertida, ou seja, a relativização da personalidade jurídica alcança o patrimônio da sociedade, usualmente chamada de Desconsideração Inversa;

> Essa técnica jurídica de responsabilizar a sociedade empresária por ato abusivo de seus sócios ou administradores é chamada de desconsideração inversa, só se legitimando quando a sociedade se tornou mera extensão da pessoa física do sócio, como pode acontecer quando um cônjuge transfere maliciosamente os bens do casamento para a empresa da qual é sócio, entre tantas outras previsíveis situações de fraude a direitos e obrigações de ordem civil, especialmente familiar.[281]

A utilização indevida da personalidade jurídica pode compreender tanto a hipótese de o sócio esvaziar o patrimônio da pessoa jurídica para fraudar terceiros, ou o próprio cônjuge, quanto esvaziar seu patrimônio pessoal em nome de pessoa física, integralizando-o na pessoa jurídica, e ocultando de terceiros tais bens, ou fraudando o regime do casamento. Foi com essa interpretação que o Superior Tribunal de Justiça – STJ aplicou a desconsideração inversa de

personalidade jurídica[282], alertando sobre os princípios éticos e jurídicos da própria *disregard doctrine*, que dentre outras premissas veda o abuso de direito e a fraude contra credores e cônjuge:

> A desconsideração da personalidade jurídica pode ser entendida como o afastamento episódico da autonomia patrimonial da pessoa jurídica com o intuito de, mediante a constrição do patrimônio de seus sócios ou administradores, possibilitar o adimplemento de dívidas assumidas pela sociedade. A teoria da desconsideração da personalidade jurídica, originária do direito anglo-saxão, surgiu como uma forma de flexibilização da distinção entre a responsabilidade do ente societário e seus integrantes (*societas distat a singulus*), a qual tem servido para acobertar comportamentos fraudulentos e abuso de direito, como nos casos em que credores de boa-fé veem seus direitos e expectativas frustrados por uma sociedade em bancarrota, cujos sócios permanecem abastados. (...) A insurgência do recorrente decorre da aplicação, na hipótese dos autos, da chamada desconsideração da personalidade jurídica em sua forma inversa. (...) Conquanto a consequência de sua aplicação seja inversa, sua razão de ser é a mesma da desconsideração da personalidade jurídica propriamente dita: combater a utilização indevida do ente societário por seus sócios. Em sua forma inversa, mostra-se como um instrumento hábil para combater a prática de transferência de bens para a pessoa jurídica sobre o qual o devedor detém controle, evitando com isso a excussão de seu patrimônio pessoal (STJ, REsp. n. 948.117 – MS. Rel. Ministra Nancy Andrighi, 3ª turma, j. 22.06.2010) – grifamos.

Verificando-se o propósito lesivo do ato, este será declarado ineficaz em face do cônjuge prejudicado, sendo esta aplicação restrita ao caso concreto *sub judice*. A *disregard* não se presta à desconstituição do ato fraudulento, pois não apura os requisitos/pressupostos de existência e validade; está adstrita à eficácia do ato, como muito lembra a doutrinadora gaúcha, Maria Berenice Dias:

> Verificando o juiz o engodo engendrado pelo consorte empresário, é possível declarar, na própria sentença da separação, a ineficácia do ato fraudulento praticado sob a veste da pessoa jurídica. Através da aplicação episódica da *disregard n*ão é anulada nem descartada a personalidade jurídica, mas somente desconsiderada, no caso concreto, a eficácia do ato fraudulento perpetrado em

nome da pessoa jurídica, mas com o objetivo de favorecer em geral a pessoa de um sócio, em detrimento do terceiro. Sem discutir sua validade, o juiz ignora pura e simplesmente o ato fraudulento executado em comando contrário à lei, mas mantém intocados todos aqueles outros atos e negócios societários não manchados pela fraude ou pelo abuso de direito.[283]

5.2.2. Os frutos do patrimônio conjugal

É comum o casal dissolver a sociedade conjugal e não dissolver a sociedade patrimonial. Enquanto não se partilha os bens, é comum também que o patrimônio, ou pelo menos a maior parte dele, fique sob a administração e domínio de apenas um dos ex-cônjuges. Neste caso, se não houver o acordo sobre a relação condominial que se estabeleceu pós dissolução do vínculo conjugal, e até que se efetive a partilha, já que esta costuma significar anos e anos de litígio, é possível que se faça a cobrança dos frutos das propriedades comuns de acordo com o regime de bens.

Para a doutrina civil, frutos são os proventos gerados pela coisa, sem que isso diminua o seu conteúdo. Dentre suas várias classificações, os frutos se subdividem em a) frutos naturais, aqueles que estritamente se contêm na definição romana,[284] isto é, tudo aquilo que a coisa era por si mesma, independentemente do esforço ou do engenho humano, (...);b) frutos industriais são as utilidades que provêm da coisa, porém com a contribuição necessária do trabalho do homem e c) frutos civis são, por uma extensão gerada pela capacidade humana de abstração, os rendimentos e benefícios que alguém tira de uma coisa utilizada por outrem.[285] O Código Civil de 2002 seguiu a mesma linha de raciocínio do Código de 1916, ou seja, manteve praticamente as mesmas disposições quanto aos frutos da propriedade, tal como se vê exemplificativamente nos artigos 629, 878, 1.215, 1.319, 1.326, 1.398, 1.506, 1.507 e 1.923.

A administração dos bens dos cônjuges, sejam eles comuns ou particulares, pode gerar frutos civis, que se incorporam ao monte, sendo passíveis de partilhamento.[286] Instaurado o litígio conjugal, o estado beligerante do casal divorciando, inevitavelmente, afasta um dos cônjuges da gerência do patrimônio, o que não impede o recebimento de “renda” oriunda das relações jurídicas, contratuais ou não, envolvendo seus bens.

Para garantir igualdade aos divorciandos, evitando o favorecimento do possuidor ou administrador, em detrimento daquele que não goza, usa e frui dos bens, é possível a cobrança dos frutos dos bens em Ação autônoma, inclusive sob

o fundamento da equalização entre os cônjuges, e também da disciplina contida no próprio Código Substantivo, analogicamente interpretada no que tange à instituição do condomínio.[287]

O pedido de pagamento dos frutos correspondente à quota-parte relativa ao regime de bens reside no fato de afastar as inúmeras situações de "injustiças" que se insurgem com o fim do casamento. Cite-se como exemplo o pagamento de "aluguel" ao cônjuge que deixa o lar conjugal, não obstante seja este o único bem do casal, ou mesmo permitir que aquele que não tem a posse do patrimônio usufrua de padrão de vida equivalente ao que mantinha à época do casamento. A causa de pedir é a mancomunhão (condomínio) instituída sobre o(s) imóvel(is) usufruído(s) exclusivamente pelo cônjuge possuidor. Como se vê nos julgados abaixo, trazidos exemplificativamente de variados tribunais, os frutos da propriedade comum devem ser repassados ao cônjuge, seja em forma de aluguel, taxa de ocupação, indenização, ou qualquer expressão que traduza a concepção clássica de "frutos da propriedade". Veja:

> (...) Nos termos do art. 1.667 do Código Civil, no regime da comunhão universal de bens, comunicam-se indistintamente todos os bens móveis e imóveis que cada um dos cônjuges traz individualmente para o casamento, bem como aqueles adquiridos na constância do casamento, constituindo-se um acervo patrimonial comum, sendo cada cônjuge meeiro em todos os bens do casal. Com a dissolução da sociedade conjugal e a liquidação da comunhão, dá-se a partilha e a atribuição a cada cônjuge do bem ou dos bens que comportam na sua meação. – A separação de fato causa a ruptura da vida em comum do casal, não podendo os bens adquiridos após essa separação estar sujeitos à meação. – Assim, a verba recebida por um dos cônjuges a título de indenização por danos morais, oriunda de ação judicial ajuizada anteriormente à separação do casal, ou seja, proveniente de direitos adquiridos durante a constância do casamento, está sujeita à meação (TJMG, Apel. Cível n. 1.0027.06.097394-1/001, Rel. Dárcio Lopardi Mendes, pub. 26.06.2008).
>
> Agravo de instrumento – partilha de bens após divórcio decretado – rito de inventário – compensação pelo recebimento de aluguéis por um dos ex-cônjuges – produção de provas (TJMG, AI n. 1.0702.05.230121-6/007, Des. Maurício Barros, public. 14.04.2009).
>
> Condomínio – separação judicial – fruição por apenas um dos ex-cônjuges de imóvel comum – arbitramento de aluguel – possibilidade – carência da ação não caracterizada – extinção do processo afastada – recurso provido (TJSP,

Apel. Cível 2181254000, Rel. Elliot Akel, public. 23.09.2009).
(...) a circunstância de ter permanecido o imóvel comum na posse exclusiva da varoa, mesmo após a separação judicial e a partilha de bens, possibilita o ajuizamento de ação de arbitramento de aluguel pelo cônjuge afastado do lar conjugal e coproprietário do imóvel, visando à percepção de aluguéis do outro consorte, que serão devidos a partir da citação (STJ, REsp. 673.118RS, Rel. Min. Jorge Scartezzini, 4ª T., public. 06.12.2004).

5.2.3. Perda da meação pelo usucapião familiar:

reflexos da Lei n. 12.424/2011

Se um dos cônjuges deixar o lar conjugal por dois anos ininterruptos, caracterizando abandono da família, perde o seu direito de propriedade sobre o bem que era residência do casal. A Lei n. 12.424/2011, acrescentou ao artigo 1.240 do CCB a letra A:

Art. 1.240-A. Aquele que exercer, por 2 (dois) anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) cuja propriedade divida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio integral, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

Apesar de aparentemente fazer ressurgir a discussão de culpa pelo fim da conjugalidade, a lei não tem essa intenção, não diz isto e não deve ser interpretada assim. Quando ela menciona abandono do lar, quer dizer simplesmente que o conjugue não se responsabilizou pela família. E se assim o fez, deve responder na vida pela sua irresponsabilidade, com a perda da propriedade. É justo. Isto não significa discutir culpa, até porque após a EC 66/10 ela ficou extirpada do nosso ordenamento jurídico.

Os limites da responsabilidade do sujeito é objeto central de preocupação e regulamentação de todos os ordenamentos jurídicos. Afinal, qual é o limite da responsabilidade de cada um? Desde quando, e até quando o sujeito deve ser responsabilizado pelos seus atos? A razão da existência do Direito reside exatamente em colocar limite e atribuir responsabilidade às pessoas,

possibilitando assim que haja convívio e organização social. Mais que um valor jurídico, a responsabilidade é um princípio jurídico fundamental e norteador das relações familiares e traz uma nova concepção sobre os atos e fatos jurídicos. O cônjuge ou companheiro que desapareceu, deixou de dar assistência à família, merece sofrer sanção pelo seu descompromisso e irresponsabilidade.

Por outro lado, aquele que não desejar mais ficar casado, ou manter a união estável, e quiser sair de casa, deve fazê-lo com responsabilidade. O abandono do lar pode ser facilmente descaracterizado com algum registro, formal ou informal, desta intenção ou desejo do fim da conjugalidade. Uma simples separação de corpos, por exemplo, pode afastar a incidência da regra do artigo 1.240-A da referida lei.

5.3. **Mudança de Regime de Bens e Pactos Pós-Nupciais**

Uma das importantes inovações do CCB/2002 foi a introdução da regra do parágrafo segundo do artigo 1.639,[288] que rompeu o antiquado princípio da imutabilidade do regime de bens no casamento. Além de ampliar a liberdade dos cônjuges de estabelecerem, e também restabelecerem, o que lhes aprouver quanto aos seus bens (*caput* do artigo 1.639), contribuiu para que muitos casais não se separassem/divorciassem. É que um dos motivos ensejadores de brigas e divergências entre casais é a questão patrimonial. A maioria das pessoas se casa sem saber ou se preocupar com o significado do regime de bens "escolhido", seja por constrangimento de discutir o assunto, seja por não dar a devida importância a este aspecto no momento do casamento. Com a quebra do princípio da imutabilidade do regime de bens, introduziu-se no ordenamento jurídico a possibilidade de se fazer não apenas o pacto pré-nupcial ou antenupcial, mas também o pacto pós-nupcial.

Alterar o regime de bens na vigência do casamento pode significar que os cônjuges estão salvando a conjugalidade, na medida em que fazem ajustes patrimoniais para adequar uma situação que o casal considera injusta para a realidade daquele momento. E, assim, dissolve-se o incômodo que estava inviabilizando o casamento ao estabelecer novas regras econômicas que é, portanto, um pacto pós-nupcial. Esta prerrogativa já estava presente nos Códigos Civis da Itália (art. 1.395), Portugal (art. 1.105), Espanha (art. 1.319), Argentina (art. 1.219), Uruguai (art. 1.944), México (art. 180), Chile (art. 1.722), Alemanha (art. 1.432), Suíça (arts. 179/180), França (art. 1.395).[289] É um procedimento de jurisdição voluntária (art. 1.103 CPC) e, portanto, não é possível processo

litigioso para a modificação de regime de bens.

Em razão do artigo 2.039 do CCB 2002[290] houve uma dificuldade e resistência inicial sobre a aplicabilidade desta norma para casamentos realizados antes da vigência do Código. A maioria dos tribunais estaduais, e, por fim, o Superior Tribunal de Justiça, sepultou de vez a polêmica:

> (...) Ambas as turmas de Direito Privado desta Corte assentaram que o art. 2.039 do Código Civil não impede o pleito de autorização judicial para mudança de regime de bens no casamento celebrado na vigência do Código de 1916, conforme a previsão do art. 1.639, § 2º, do Código de 2002, respeitados os direitos de terceiros.[291]

Desde 2005, o Superior Tribunal de Justiça já vinha decidindo que os casamentos celebrados sob a vigência do Código Civil de 1916 podem ter o regime de bens alterados, ressalvados os direitos de terceiros e apuradas as razões apresentadas pelos cônjuges para tal pedido.[292]

Embora ainda persistam anacronismos dogmáticos que ferem a esfera individual das pessoas, como a separação obrigatória de bens para maiores de setenta anos, a faculdade da mudança do regime de bens do casamento, como se disse, sem dúvida foi uma evolução e também um passo adiante em direção à consolidação do princípio da liberdade e responsabilidade.

Não se pode aplicar, analogicamente aos maiores de setenta anos,[293] a proibição de alteração do regime de bens. Primeiro, porque a regra da proibição é tão somente para adoção do regime de bens. Segundo, porque contraria o princípio da não intervenção do Estado, e também a regra no artigo 1.513[294] do CCB – 2002 que proíbe tal interferência. Terceiro, se casais que tenham mais de sessenta anos, ambos os cônjuges ou apenas um deles, entenderem que o melhor é alterar as regras econômicas do casamento, é porque esta, certamente, é a forma que encontraram para a manutenção do vínculo conjugal. Caso não possam alterar tais regras estarão condenados a se separarem.

A possibilidade de mudança do regime de bens no casamento, como se disse, vai ao encontro da ampla liberdade da gestão patrimonial, que, inclusive, já era dada às relações conjugais constituídas pela união estável.

> Nada justifica sujeitar a vontade dos cônjuges, até porque, na união estável, plena é a liberdade dos companheiros para estabelecerem, em contrato escrito,

> tudo o que quiserem. Somente no silêncio dos conviventes é que se aplica o regime da comunhão parcial (CC 1.725). No momento em que a Constituição Federal concedeu o mesmo *status* ao casamento e à união estável, não há como dar tratamento mais benéfico a qualquer das entidades familiares. Assim, é necessário reconhecer como inconstitucionais limitações à liberdade de decidir questões patrimoniais no casamento (CC 1.641), sem que exista qualquer restrição na união estável. Não há como chegar à outra conclusão.[295]

Se é permitido aos cônjuges a utilização de mais de um formato de regime de bens, assim como bem estabelecido no *caput* do artigo 1.694 do CCB, ou seja, se podem escolher, ou mesmo construírem um regime de bens para se adaptar à vontade e realidade econômica dos nubentes em pacto pré-nupcial, deve-se também garantir-lhes que estabeleçam novas regras econômicas do casamento em pacto pós-nupcial, atendendo-se ao princípio constitucional da liberdade dos sujeitos e a regra do referido *caput* do artigo 1.694 do CCB 2002.

Para que se efetive a mudança, como já se disse, é necessário que seja por acordo entre as partes e passe pelo crivo do Judiciário. A única justificativa para não se homologar o acordo de alteração do regime de bens é se houver lesão a interesse de terceiros. No mais, se as partes são maiores e capazes, são livres para estabelecerem novas regras econômicas para o casamento. Aliás esse pacto pós-nupcial, geralmente, é a única alternativa que resta ao casal para que continue o casamento. Caso o Judiciário não homologue tal proposição, ainda que haja aparente desequilíbrio, certamente será o fim do casamento, como bem enfatiza Gustavo Tepedino:

> Enquanto parte da jurisprudência sustenta a necessidade de se avaliar, rigidamente, os motivos indicados pelos cônjuges para a alteração do regime, não sendo possível efetuar a mudança com base em razões simplesmente pessoais, outra corrente afirma que a justificativa dos cônjuges não deve constituir objeto de ampla sindicância. Este último entendimento coaduna-se com a liberdade conferida pelo Código aos cônjuges para a escolha do regime de bens.[296]

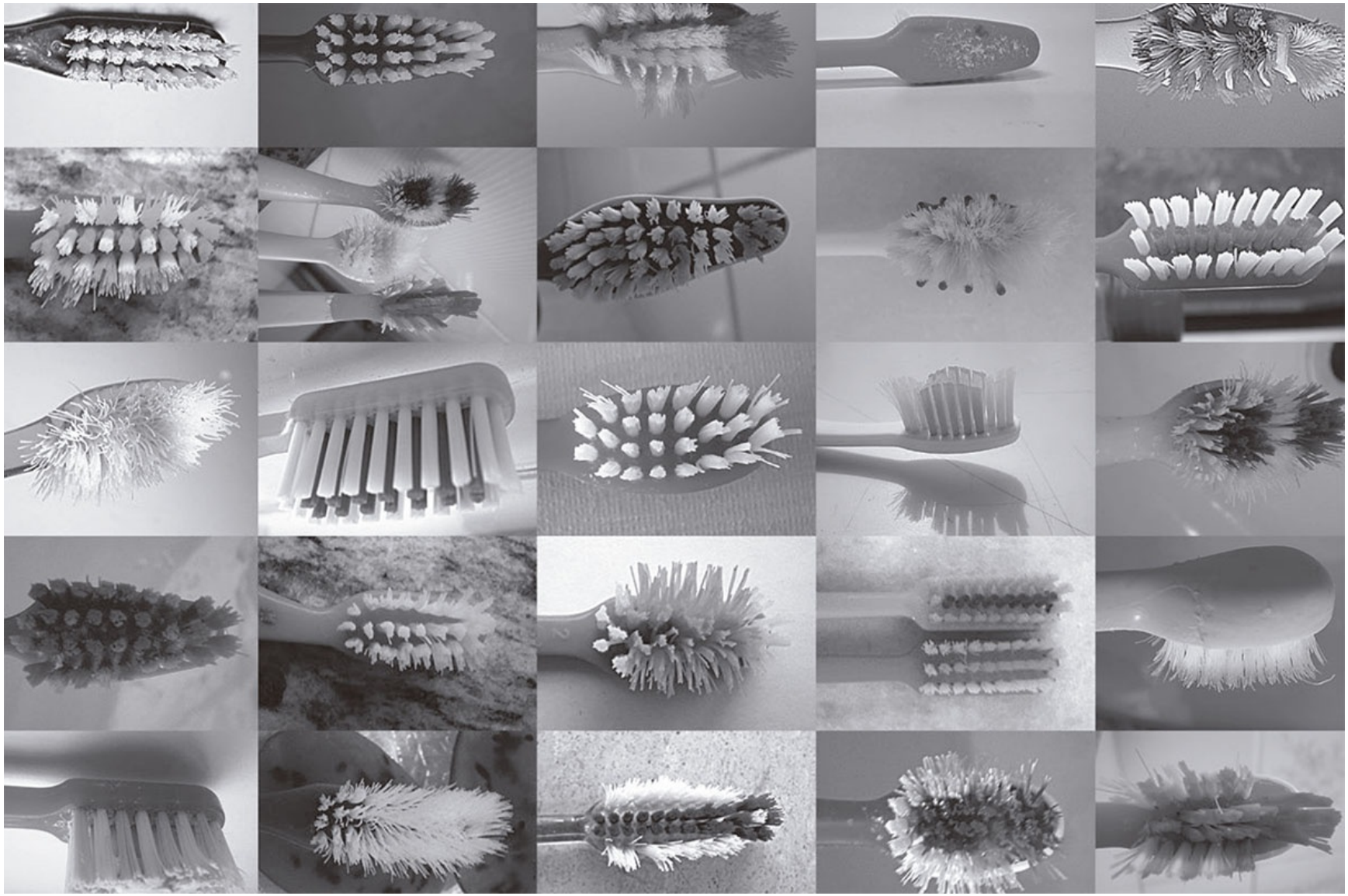
É inadmissível que o Estado-Juiz interfira na intimidade do jurisdicionado, ao discordar do mérito para a mudança do regime de bens. O mútuo desejo de felicidade, e o de se manter neste estado de espírito na relação conjugal, por si

só, justifica a modificação do regime de bens. Para se chegar a esta opção, às vezes tão limítrofe da separação, os cônjuges certamente discutiram, refletiram e buscaram tal mudança em caráter de solução para a manutenção do casamento, repita-se, às vezes a única solução. A proteção ao interesse de terceiros é exigência normativa aceita e necessária para que não se desnature o instituto, para que casais não violem interesses de credores ao desviar o patrimônio para um dos cônjuges e deixar o outro devedor insolvente.

Outro ponto que merece destaque é o efeito gerado pela decisão que modificou o regime de bens. O entendimento sobre este assunto se divide em *ex-tunc* e *ex-nunc*. Maria Berenice Dias entende que faculta às partes optar pela amplitude do efeito. Aliás, o próprio texto legislativo conduz à possibilidade da eficácia retroativa ao ressalvar os direitos de terceiros, ressalva essa que só tem cabimento pela possibilidade de retroação.[297] A melhor solução, para não precisar se curvar a qualquer das correntes de pensamento, é proceder à partilha de bens havidos até a efetiva mudança com a sentença homologatória, organizando patrimonialmente o casamento.[298]

É necessário dar publicidade à mudança de regime de bens. Não basta a simples averbação no assento de casamento. Os cônjuges devem registrar à margem das matrículas de imóveis e, se existir sociedade comercial, também levar à Junta Comercial ou Cartório de Pessoas Jurídicas. Quanto maior a publicidade deste ato, maior será a segurança jurídica (art. 167 da Lei n. 6.815/73).

Enfim, a possibilidade de mudança no regime de bens do casamento consolida os princípios jurídicos da liberdade, responsabilidade e autonomia privada no sistema jurídico brasileiro. A evolução do Direito de Família, e, consequentemente, um país melhor, perde o sentido, ou deixa de ser evolução, se a autonomia privada do sujeito não anda bem. Neste sentido, o amor e a autonomia privada têm sido fonte de ampliação dos horizontes, pois nunca se demonstrou tanta preocupação com o outro e o seu bem-estar como nas sociedades atuais. É assim que a política hoje, para ser verdadeira, deve ter seu ponto de partida, e de chegada, nas relações interprivadas.



170 Art. 948. No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações:
II – na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima.

171 ANDRADE NETO, Carlos Gonçalves de. "Alimentos por ato ilícito e a possibilidade de prisão do devedor por seu inadimplemento". In: *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM bimestral, vol. 8, p. 19-27, fev./mar. 2009.

172 RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*, Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 717.

173 CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 16.

174 Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

175 Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges: (...) IV – sustento, guarda e educação dos filhos.

176 Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes, ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

177 FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 610.

178 FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. Op. cit., p. 589.

179 (...) quando dissolvido o casamento válido pelo divórcio, tem-se a consequente extinção do dever de mútua assistência, não remanescendo qualquer vínculo entre os divorciados, tanto que desimpedidos de contrair novas núpcias. Dá-se, portanto, incontornável ruptura a quaisquer deveres e obrigações inerentes ao matrimônio cujo divórcio impôs definitivo termo. Por força dos usualmente reconhecidos efeitos patrimoniais do matrimônio e também com vistas a não tolerar a perpetuação de injustas situações que reclamem solução no sentido de perenizar a assistência, optou-se por traçar limites para que a obrigação de prestar alimentos não seja utilizada *ad aeternum* em hipóteses que não demandem efetiva necessidade de quem os pleiteia. Dessa forma, em paralelo ao raciocínio de que a decretação do divórcio cortaria toda e qualquer possibilidade de se postular alimentos, admite-se a possibilidade de prestação do encargo sob as diretrizes consignadas nos arts. 1.694 e ss. do CC/02, o que implica a decomposição do conceito de necessidade, à luz do disposto no art. 1.695 do CC/02, do qual é possível colher os seguintes requisitos caracterizadores: (i) a ausência de bens suficientes para a manutenção daquele que pretende alimentos e (ii) a incapacidade do pretenso alimentando de prover, pelo seu trabalho, à própria mantença. (...) (STJ, REsp. 933355/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, public. DJe 11.04.2008).

180 Note-se que a pensão alimentícia devida pelos pais aos seus filhos provém de obrigação inerente ao poder familiar, o que não ocorre entre os cônjuges, cujo liame não decorre em razão do parentesco, ou seja, relação *iure sanguines*, que é permanente, e os direitos inerentes a esta relação nem sempre podem ser mitigados por acordo ou convenção. Dessa feita, reputa-se plenamente válido a renúncia aos alimentos quando da separação, posto que a prestação de alimentos entre os cônjuges decorre da obrigação de mútua assistência, nos termos do artigo 1.566, inciso III, do Código Civil. Nesse sentido, leciona Sílvio de Salvo Venosa, *verbis*: "Sob o aspecto técnico, não há dúvida que a renúncia aos alimentos pelo cônjuge é manifestação de vontade válida, pois apenas os alimentos derivados do parentesco são irrenunciáveis. O dever de mútua assistência entre os cônjuges rompe-se quando é desfeito o casamento. Ademais, o acordo firmado na separação por mútuo consentimento é negócio jurídico bilateral com plenitude de efeitos. Se as

vontades manifestam-se livremente, não há aspecto de ordem pública a ser preservado na renúncia aos alimentos" (TJDF, Apelação Cível n. 2005 01 1 049358-2, Primeira Turma Cível, comarca de Brasília, Des. Rel. Flavio Rostirola. Data da decisão: 24.10.2005).

181 Art. 1.796. A herança responde pelo pagamento das dívidas do falecido; mas, feita a partilha, só respondem os herdeiros, cada qual em proporção da parte, que na herança lhe coube.

182 CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*, 6. ed. rev., ampl. e atual., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 54-55.

183 Art. 1.997. A herança responde pelo pagamento das dívidas do falecido; mas, feita a partilha, só respondem os herdeiros, cada qual em proporção da parte que na herança lhe coube.

184 CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*, 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 98.

185 Art. 557. Podem ser revogadas por ingratidão as doações:

IV – se, podendo ministrá-los, recusou ao doador os alimentos de que este necessitava.

186 Art. 1.920. O legado de alimentos abrange o sustento, a cura, o vestuário e a casa, enquanto o legatário viver, além da educação, se ele for menor.

187 LÔBO, Paulo. 2. *Direito civil: famílias*, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 368.

188 Durante a convivência familiar não se cogita de obrigação de alimentos. Há direito ao sustento do filho, correlativo ao dever dos pais, consectário do poder familiar. LÔBO, Paulo. 2. *Direito civil: famílias*, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 347.

189 DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, 5. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 465.

190 DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, 5. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 465-466.

191 GOMES, Orlando *apud* CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*, 4. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com o novo Código Civil, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 102.

192 LÔBO, Paulo. 2. *Direito civil: famílias*, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 351.

193 1. É inviável, em sede de recurso especial, o exame de matéria não prequestionada, conforme súmulas ns. 282 e 356 do STF. (...) Vigora, em nossa legislação civil, o princípio da não compensação dos valores referentes à pensão alimentícia, como forma de evitar a frustração da finalidade primordial desses créditos: a subsistência dos alimentários. 3. Todavia, em situações excepcionalíssimas, essa regra deve ser flexibilizada, mormente em casos de flagrante enriquecimento sem causa dos alimentandos, como na espécie. 4. Recurso especial não conhecido (STJ, REsp. 982857/RJ, Rel. Min. Massami Uyeda, Public. *DJ*e 03.10.2008).

194 LÔBO, Paulo. 2. *Direito civil: famílias*, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 352.

195 Se os alimentos fixados ou alterados retroagem à data da citação da respectiva ação, consoante o parágrafo 2º da Lei n. 5.478, também em caso de exoneração retroagem àquele momento. Entendimento contrário seria uma afronta ao princípio do enriquecimento sem causa, sobretudo considerando-se a irrepetibilidade e a irrestituibilidade do *quantum* alimentar (TJRS, Ac. 7ª CC, Agravo de Instrumento n. 597.028.406, Des. Rel. Eliseu Gomes Torres).

196 MADALENO, Rolf. *Direito de família*: *aspectos polêmicos*, 2. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 56-59.

197 DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, 5. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 464.

198 CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*, 6. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora dos Tribunais, 2009, p. 106-107.

199 WELTER, Belmiro Pedro. *Alimentos no Código Civil*, Porto Alegre: Síntese, 2003, p. 37.

200 Parece-nos, porém, que, mesmo recebidos por erro na forma assim pretendida, não caberia a restituição pelo alimentário, eis que faltou o pressuposto do enriquecimento sem causa; e quanto à pretendida sub-rogação do terceiro prestante em erro, no direito do alimentário contra o obrigado, a tese apresenta-se

discutível. CAHALI, Yussef Said. *Op. cit.*, p. 108.

201 Art. 1.701. A pessoa obrigada a suprir alimentos poderá pensionar o alimentando, ou dar-lhe hospedagem e sustento, sem prejuízo do dever de prestar o necessário à sua educação, quando menor.

202 Art. 461, § 5º Para efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

203 Quanto ao mérito, vê-se que o apelante funda sua pretensão de pagar "**alimentos mistos**" alegando, de forma não expressa, mau uso da verba alimentar pela apelante, na condição de alimentanda e guardiã das filhas menores também alimentandas. No entanto, a tese recursal é desacompanhada de qualquer prova, pelo que não há de ser acolhida. Ademais, o valor fixado (30% da renda líquida do alimentante destinados à mulher e as duas filhas adolescentes) atende bem à situação fática demonstrada nos autos e está de acordo com o que tem indicado a jurisprudência. Assim, dou parcial provimento ao apelo para, apenas, corrigir o erro material contido na r. sentença apelada, conforme acima explicitado (TJMG, Apelação Cível n. 1.000.178.125-1/00. 3ª CC. Des. Rel. Aloysio Nogueira. Comarca de Belo Horizonte. *DJ* 23.03.2001).

204 Ação de alimentos. Fixação de pensão alimentícia com base em salário mínimo. Alegação de maus-tratos ao artigo 7º, inciso IV, da Constituição Federal. A fixação de pensão alimentícia tem por finalidade garantir aos beneficiários as mesmas necessidades básicas asseguradas aos trabalhadores em geral pelo texto constitucional. De considerar-se afastada, por isso, relativamente a essa hipótese, a proibição da vinculação ao salário mínimo, prevista no inciso IV do artigo 7º da Carta Federal. Recurso Extraordinário não conhecido (STF, RE 134567/PR, 1ª T., Rel. Min. Ilmar Galvão, julgamento em 19.11.1991).

Agravo regimental em agravo de instrumento – Civil – Família – Separação judicial – Alimentos – Fixação em salário mínimo – Possibilidade – Recurso improvido. (...) É admissível a fixação de pensão alimentícia com base no salário mínimo. Agravo regimental improvido (STJ, Ag.Rg. no Agravo de Instrumento n. 861.075 – RJ (2007/0021136-0), 3ª T., Rel. Ministro Massami Uyeda, *DJ* 19.5.2009).

Civil e processual. Ação revisional de alimentos. Acordo de separação. Condição. Interpretação. Matéria de fato. Recurso especial. Súmulas n.s 5 e 7 – STJ. Julgamento *extra petita*. Inocorrência. Juros moratórios. Correção monetária. Parcelas vencidas. Quantitativo de salários mínimos. Possibilidade. (...) A pensão pode ser fixada em número de salários mínimos, por se cuidar de verba de cunho alimentar, e também em razão de perceber o autor remuneração variável em sua atividade empresarial (STJ, REsp 343517/PR, 4ª T., Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, *DJ* de 2.9.2002, p. 194).

(...) Não mais existindo o salário mínimo de referência, prevalece o salário mínimo, fixado em lei, como critério norteador dos alimentos, a que deram parcial provimento. (6 fls.) – Segredo de Justiça (TJRS, Apelação Cível n. 70003394137, 8ª CC. Rel. Rui Porta Nova, julgado em 13.12.2001).

(...) O salário mínimo, fixado em lei, veio a substituir o salário mínimo de referência, extinto nos termos do artigo 5º da Lei n. 7.789/89. Desta forma, os alimentos que antes eram atrelados do salário mínimo de referência, hoje, seguem o salário mínimo. Agravo desprovido (TJRS, Agravo de Instrumento n. 70010565026, 8ª CC, Des. Rel. Antonio Carlos Stangler Pereira, julgado em 2.6.2005).

205 Art. 198. Não corre prescrição: I – contra incapazes de que trata o art. 3º.

206 Art. 264, CCB/2002. Há solidariedade, quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado, à dívida toda.

207 Art. 265, CCB/2002. A solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes.

208 Art. 12. A obrigação alimentar é solidária, podendo o idoso optar entre os prestadores.

209 (...) O fosso fático entre a lei e o contexto social impõe ao Juiz detida análise de todas as circunstâncias e peculiaridades passíveis de viasualização ou de intelecção no processo, para a imprescindível aferição da capacidade ou não de autossustento daquele que pleiteia alimentos, notadamente em se tratando de obrigação alimentar entre ex-cônjuges ou ex-companheiros. Disso decorre a existência ou não da presunção da necessidade de alimentos. A realidade social vivenciada pelo casal ao longo da união deve ser fator determinante para a fixação dos alimentos. Mesmo que se mitigue a regra inserta no art. 1.694 do CC/02,

de que os alimentos devidos, na hipótese, são aqueles compatíveis com a condição social do alimentando, não se pode albergar o descompasso entre o *status* usufruído na constância do casamento ou da união estável e aquele que será propiciado pela atividade laborativa possível. A obrigação de prestar alimentos transitórios – a tempo certo – é cabível, em regra, quando o alimentando é pessoa com idade, condições e formação profissional compatíveis com uma provável inserção no mercado de trabalho, necessitando dos alimentos apenas até que atinja sua autonomia financeira, momento em que se emancipar a da tutela do alimentante – outrora provedor do lar –, que será então liberado da obrigação, a qual se extinguirá automaticamente (STJ, REsp. n. 1025769-MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, 3ª turma, public. 01/09/2010).

210 LÔBO, Paulo. 2. *Direito civil: famílias*, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 352-353.

211 BUZZI, Marco Aurélio Gastaldi. *Alimentos transitórios: uma obrigação por tempo certo*, Curitiba: Juruá, 2003, p. 128-129.

212 Súmula 358, STJ. O cancelamento de pensão alimentícia de filho que atingiu a maioridade está sujeito à decisão judicial, mediante contraditório, ainda que nos próprios autos.

213 Art. 1.694. Podem os parentes, cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

214 Art. 1.703. Para a manutenção dos filhos, os cônjuges separados judicialmente contribuirão na proporção de seus recursos.

215 Art. 1.699. Se, fixados os alimentos, sobrevier mudança na situação financeira de quem os supre, ou na de quem os recebe, poderá o interessado reclamar ao juiz, conforme as circunstâncias, exoneração, redução ou majoração do encargo.

216 LÔBO, Paulo. 2. *Direito civil: famílias*, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 366 e 368.

217 Súmula 358, STJ. O cancelamento de pensão alimentícia de filho que atingiu a maioridade está sujeito à decisão judicial, mediante contraditório, ainda que nos próprios autos.

218 Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:
III – mútua assistência.

219 Art. 1.704, parágrafo único. Se o cônjuge declarado culpado vier a necessitar de alimentos e não tiver parentes em condição de prestá-los, nem aptidão para o trabalho, o outro cônjuge será obrigado a assegurá-los, fixando o juiz o valor indispensável à sobrevivência.

220 MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*, Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 706-707.

221 REINA, Victor. *Culpabilidad conyugal y separación, divorcio o nulidad*. Barcelona: Ariel, 1984, p. 56-57, *apud* MADALENO, Rolf. *Op. cit.*, p. 707.

222 LÔBO, Paulo. 2. *Direito civil: famílias*, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 357.

223 LÔBO, Paulo. *Op. cit.*, p. 357.

224 A igualdade constitucional não está inteiramente consolidada no plano da existência, e por conta desta realidade ainda é grande o número de ações de alimentos propostas pelas esposas e companheiras. MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*, Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 708.

225 Art. 2º Os alimentos de que trata esta Lei compreenderão os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, inclusive as referentes a alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que o juiz considere pertinentes.

226 Art. 2º, parágrafo único. Os alimentos de que trata este artigo referem-se à parte das despesas que deverá ser custeada pelo futuro pai, considerando-se a contribuição que também deverá ser dada pela mulher grávida, na proporção dos recursos de ambos.

227 Art. 6º, parágrafo único. Após o nascimento com vida, os alimentos gravídicos ficam convertidos em pensão alimentícia em favor do menor até que uma das partes solicite a sua revisão.

228 Art. 1.707. Pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos, sendo o

respectivo crédito insuscetível de cessão, compensação ou penhora.

229 Súmula 379, STF. No acordo de desquite não se admite renúncia aos alimentos, que poderão ser pleiteados ulteriormente, verificados os pressupostos legais.

230 O direito a alimentos entre cônjuges é passível de renúncia, por não decorrer de relação de parentesco de que cuidam o art. 404 do Código Civil e a Súmula 379 do STF. Renunciando o cônjuge a alimentos, por acordo na separação, não lhe é dado vir posteriormente a juízo para reclamá-los. Marido e mulher não são parentes, e sim cônjuges, sendo que a irrenunciabilidade de alimentos só abrange os parentes e são-lhes devidos *ex disposiciones juris* (TJMG, Apelação Cível n. 1.000.207.328-6/000. 4ª CC. Des. Rel. Hyparco Immesi. Comarca de Belo Horizonte. Publicação: 23.10.2001).

Os **alimentos** para os filhos menores advêm da paternidade e são irrenunciáveis. Os **alimentos** entre os **cônjuges** podem ser dispensados ou renunciados, pois advêm do direito das obrigações, em razão da celebração do casamento, que não deixa de ser contratual; disto decorre que a dispensa dos **alimentos** resulta no mesmo que dizer "hoje não preciso, mas, se amanhã precisar, terei o direito"; por sua vez, a **renúncia**, ainda mais homologada, como se vê à fl. 11, originária do Direito das Obrigações (direito de **alimentos** dos **cônjuges**), é como "pá de cal". Se não, o que seria das renúncias de serventia, passagem etc.? (TJMG, Apelação Cível n. 1.000.182.363-2/00. Comarca de Contagem. 2ª CC. Des. Rel. Abreu Leite. *DJ* de 6.10.2000).

Também descabe a revisão ou reconsideração da renúncia referida, em se tratando de ato jurídico perfeito e acabado, anotado que o disposto no art. 404 do CC tem aplicação somente em havendo efetivo parentesco, o que não ocorre na espécie.

E não se invoque a Súmula 379 do STF, que não foi recepcionada pela Constituição Federal em vigor. (TJSP, Apelação Cível n. 70.118.4/0. Comarca de São Paulo. 5ª Câmara de Direito Privado. Des. Rel. Ivan Sartori. Data de registro: 27.10.1999).

231 Este é um dos aspectos do PL n. 504/07, que dispõe sobre a prestação de alimentos na separação, no divórcio e na dissolução de união estável independentemente da culpa e sobre a impossibilidade de renúncia quando a obrigação for oriunda de relação de parentesco.

232 (...) Quanto aos demais aspectos, esta Corte tem entendimento pacífico no sentido *de "ser admissível a renúncia ou dispensa de alimentos por parte da mulher se esta possuir bens ou rendas que lhe garantam a subsistência, até porque alimentos irrenunciáveis, assim o são em razão do parentesco* (iure sanguinis) *que é qualificação permanente e os direitos que dela resultam nem sempre podem ser afastados por convenção ou acordo"* (v.g., REsp. 95.267/DF, Rel. Min. Waldemar Zveiter, *DJ* de 25.02.1998). Destarte, nenhum reparo merece o acórdão impugnado, mesmo porque em conformidade com a jurisprudência desta Corte. 5 – Quanto ao último aspecto – violação à Súmula 379 do STF –, insta salientar que verbetes ou enunciados de Tribunais não equivalem à dispositivo de lei federal para fins de interposição de recurso especial. 6 – Recurso não conhecido (STJ, REsp. 578511/SP, Rel. Min. Jorge Scartezzini, public. *DJ* 18.04.2005, p. 340). (Grifo nosso.)

233 RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*, vol. VI, 18. ed., São Paulo: Saraiva, 1993,p. 228.

234 ZULIANE, Ênio Santarelli. *In* COLTRO, Antônio Carlos Mathias (Coord.). *Estudos jurídicos em homenagem ao centenário de Edgard de Moura Bittencourt: a revisão do direito de família*. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2009, p.236.

235 Art. 1.699. Se, fixados os alimentos, sobrevier mudança na situação financeira de quem os supre, ou na de quem os recebe, poderá o interessado reclamar ao juiz, conforme as circunstâncias, exoneração, redução ou majoração do encargo.

236 Art. 1.708. Com o casamento, a união estável ou o concubinato do credor, cessa o dever de prestar alimentos. Parágrafo único. Com relação ao credor cessa, também, o direito a alimentos, se tiver procedimento indigno em relação ao devedor.

237 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, Rio de Janeiro: Forense, 2004, vol. V, p. 343.

238 Art. 1.814. São excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários:

I – que houverem sido autores, coautores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente;

II – que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro;

III – que, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade.

Art. 1.961. Os herdeiros necessários podem ser privados de sua legítima, ou deserdados, em todos os casos em que podem ser excluídos da sucessão.

Art. 1.962. Além das causas mencionadas no art. 1.814, autorizam a deserdação dos descendentes por seus ascendentes:

I – ofensa física;

II – injúria grave;

III – relações ilícitas com a madrasta ou com o padrasto;

IV – desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade.

Art. 1.963. Além das causas enumeradas no art. 1.814, autorizam a deserdação dos ascendentes pelos descendentes:

I – ofensa física;

II – injúria grave;

III – relações ilícitas com a mulher ou companheira do filho ou a do neto, ou com o marido ou companheiro da filha ou neta;

IV – desamparo do filho ou neto com deficiência mental ou grave enfermidade.

239 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. "A indignidade como causa de escusabilidade do dever de alimentar". In: *Anais do VI Congresso Brasileiro de Direito de Família*, Belo Horizonte, IBDFAM, 2008, p. 158.

240 TJPE, AC n. 86312-3, 1ª CC, Rel. Des. Fernando Ferreira, j. em 29.10.2002, *DJPE* 28.1.2003.

241 KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*, São Paulo: Abril Cultural, 1980, vol. 1, p. 140 (Coleção Os Pensadores).

242 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Op. cit.*, p. 160.

243 (...) Na presente ação, pretende o recorrente se ver exonerado de prestar os alimentos fixados na sentença proferida nos autos da separação judicial a sua ex-esposa, argumentando, para tanto, que a esta não mais assiste este direito, na medida em que teve comportamento indigno para com o alimentante-recorrente. (...) De acordo com o preconizado no art. 1.708, parágrafo único, CC atual, o direito a alimentos cessa, também, relativamente ao credor, "se tiver procedimento indigno em relação ao devedor", e, no caso, não se pode negar que o nascimento de A. L. M. F. na constância do casamento comprova um procedimento indigno da requerida-apelada para com o recorrente, ao passo que, não sendo esta filha dele, por óbvio que a recorrida manteve relação com outro homem, o que não se admite como correto na sociedade em que vivemos (TJMG, Apelação Cível n. 1.0261.07.052539-7/001, 7ª Câmara Cível, Des. Rel. Edivaldo George dos Santos, julgado em 26.2.2008, publicado em *DJ*MG 11.3.2008).

244 COLTRO, Antonio Carlos Mathias e TELES, Marília Campos Oliveira. "A indignidade sob a perspectiva da obrigação alimentar no direito civil brasileiro". *In*: MADALENO, Rolf e PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família – processo, teoria e prática*, Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 69-70.

245 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. "A indignidade como causa de escusabilidade do dever de alimentar". In: *Anais do VI Congresso Brasileiro de Direito de Família*, Belo Horizonte, IBDFAM, 2008, p. 164.

246 MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*, 1. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 738.

247 (...) No caso em debate, como se encontra devidamente demonstrada a participação do agravado no ato que resultou a morte da genitora dos agravantes, não pode o mesmo receber sua parte nos valores a título de pensão, podendo perfeitamente ser atingido pelos efeitos da indignidade, pois demonstrado de forma

analítica a identidade fática entre a decisão analisada e confrontada. (...) (STJ, Ag. Rg. no Recurso Especial n. 943.605-SP (2007/0085781-1), Rel. Min. Ari Pargendler, 3ª T., pub. 3.11.2008, *DJ*).

(...) Indigno é o imerecedor de pensão alimentícia por agir com indignidade, quer dizer, falta de dignidade, injúria afrontosa, demérito (cf. De Plácido e Silva, *Vocabulário Jurídico*). (...) ocorre quando o credor, em seu agir, afeta a reputação, a fama ou a integridade psicofísica de quem o sustenta, o que, no caso, não ficou demonstrado (TJSP, Apelação Cível n. 538.837.4/2-00, 10ª Câmara de Direito Privado, Comarca de São Paulo, j. em 31.3.2009).

248 Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

249 Alimentos provisórios devidos à menor impúbere. Incidência de descontos sobre pagamento efetuado por empresa à outra. Alimentante que é proprietário da empresa que recebe o pagamento, em virtude de prestação de serviços. Descontos incidentes sobre a contraprestação. Confirmação da decisão. Possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica, para fins de se dar efetividade ao cumprimento obrigacional (TJMG, AI 1.0000.00.354133-1/000(1), Rel. Des. Brandão Teixeira, public. 20.02.2004, *DJ*).

250 LOUZADA, Ana Maria Gonçalves. *Alimentos: doutrina e jurisprudência*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 204.

251 Art. 2º O credor, pessoalmente, ou por intermédio de advogado, dirigir-se-á ao juiz competente, qualificando-se, e exporá suas necessidades, provando, apenas, o parentesco ou a obrigação de alimentar do devedor, indicando seu nome e sobrenome, residência ou local de trabalho, profissão e naturalidade, quanto ganha aproximadamente ou os recursos de que dispõe.

§1º Dispensar-se-á a produção inicial de documentos probatórios;

I – quando existente em notas, registros, repartições ou estabelecimentos públicos e ocorrer impedimento ou demora em extrair certidões.

II – quando estiverem em poder do obrigado, as prestações alimentícias ou de terceiro residente em lugar incerto ou não sabido.

252 (...) Se os documentos juntados com a petição inicial parecem, efetivamente, indicar que as partes conviveram em regime de união estável e **que pode haver efetivo desequilíbrio na partilha do patrimônio, isso é suficiente para dar suporte ao pedido de fixação de alimentos que a doutrina vem chamando de "compensatórios",** que visam à correção do desequilíbrio existente no momento da separação, quando o juiz compara o *status* econômico de ambos os cônjuges e o empobrecimento de um deles em razão da dissolução da sociedade conjugal. (...) (TJDF, AI n. 20110020035193, Rel. Des. Arnoldo Camanho de Assis, 4ª Turma Cível, j. 25.05.2011). (Grifamos.)

253 Embora a modernidade tenha nascido sob a promessa de uma esfera privada como espaço de satisfação e de cuidados emocionais, esta só começou realmente a ser cumprida recentemente, quando o modelo tradicional foi posto por terra. (...) Esse processo foi acompanhado de perto pela legislação e pela jurisprudência brasileiras que tiveram nas duas últimas décadas, inegavelmente, um papel promocional na construção do novo modelo familiar. Tal modelo vem sendo chamado, por alguns especialistas em sociologia, de "democrático", correspondente, em termos históricos, a uma significativa novidade, em decorrência da inserção, no ambiente familiar, de princípios tais como a igualdade e a liberdade. MORAES, Maria Celina Bodin de. "A família democrática". *In*: *Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*, Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 615.

254 Art. 3º, I. Constituem objetivos fundamentais de República Federativa do Brasil.

I – Construir uma sociedade livre, justa e *solidária*; (Grifo nosso.)

255 LÔBO, Paulo. "Princípio da solidariedade familiar". In: *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, p. 144, out.-nov. 2007.

256 JONAS, Hans. *O princípio da responsabilidade – Ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. Trad. Marijane Lisboa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto, Ed. PUC-Rio, 2006, p. 170.

257 O pedido de revisão formulado pela segunda apelante se justifica pela manifesta necessidade – e por que não dizer direito – que ela possui de manter um padrão econômico que lhe permita viver num nível igual ao do apelado ou idêntico ao período em que estava casada.

Sua pretensão encontra respaldo nos princípios da igualdade material e da dignidade da pessoa humana, que, quando aplicados ao Direito de Família, evitam a ocorrência de injustiças e de desigualdades decorrentes do modelo de família patriarcal, em que ao homem tudo e à mulher nada.

Tal modelo de família é cruel com a mulher, pois a trata de maneira humilhante e degradante. O homem como "cabeça da família" pode ter todas as suas necessidades (sexuais, afetivas e econômicas) satisfeitas, já a mulher não! Afinal, o papel que lhe é reservado, na esfera familiar, é o de cuidar da casa, dos filhos e, principalmente, do marido. Cuidar dela? É claro que não!

Na família patriarcal, seus sonhos, desejos e necessidades se resumem a ter uma família saudável e feliz. Para que desejar algo mais? Seria um absurdo, para não dizer uma ingratidão, afinal de que mais a mulher precisa para ser feliz. Ter uma roupa nova, cuidar da beleza, do corpo e da mente para quê? Sair, divertir-se, passear, ir ao cinema ou ao teatro, frequentar bons restaurantes para quê? A mulher não tem a necessidade disso, pois o que o marido lhe dá já basta. Nesta família patriarcal, a mulher, com o passar do tempo, anula-se e se transforma num nada, contentando-se com migalhas de afeto, de dinheiro, de lazer, de sexo, de respeito e de dignidade.

Ora, quem é migalha nunca passa de resto. Transformar a mulher em resto é algo que maltrata o valor maior da nossa Constituição, que é a dignidade da pessoa humana. É desprezar o modelo de família afetiva, igualitária, democrática e solidária que a Constituição consagra.

(...) Diante de tamanho patrimônio, a pensão da apelante é uma migalha. (...)

Causa perplexidade ver que o apelante pode viajar, reiteradas vezes, para o exterior acompanhado "da secretária para assuntos de serviço sendo também sua namorada" (f. 202), mas não pode majorar a pensão da apelante.

Não há, aqui, nenhum juízo moral acerca da conduta do apelante em viajar com a secretária, que é sua namorada, mas apenas uma demonstração que o apelado pode realizar seus sonhos, desejos e necessidades. A apelante não! Ou seja, se a apelante tem o sonho e o desejo de ter uma casa nova e melhor, de aproveitar a vida, com viagens, roupas, passeios e outras coisas mais, ela não pode! Mas o apelado pode!

Há nesse tratamento, dado à apelante, evidente ofensa ao princípio da igualdade.

Por julgar que o Código Civil, especificamente o artigo 1.694, parágrafo 1º, deve se amoldar à Constituição, notadamente aos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade material, que considero demonstrada a necessidade da apelante em ter uma verba alimentar maior e a capacidade econômica do apelado em suportar tal encargo. "

258 CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. *Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família*, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 164.

259 RAWLS, John. *O direito dos povos*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, p. 214.

260 Art. 1.694. Podem os parentes, os *cônjuges ou companheiros* pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem *para viver de modo compatível com a sua condição social*, inclusive para atender às necessidades de sua educação. (Grifo nosso.)

261 Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

(...)

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

262 A pensão compensatória não guarda uma função permanente e vitalícia de manutenção, mas agrega uma natureza indenizatória de reparar o desequilíbrio financeiro surgido da separação ou do divórcio, até serem desfeitas as desvantagens sociais.

263 ASPIRI, Jorge O. *Régimen de bienes en el matrimonio*. Buenos Aires: Hammurabi, 2007, p. 28.

264 Maria Berenice Dias é esclarecedora: Produzindo a separação ou o divórcio desequilíbrio econômico entre o casal em comparação com o padrão de vida de que desfrutava a família, cabível a fixação de alimentos

compensatórios. (...) Em decorrência do dever de mútua assistência (CC 1.566, III), os cônjuges adquirem a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família (CC 1.565). Surge, assim, verdadeiro vínculo de solidariedade (CC 265), devendo o cônjuge mais afortunado garantir ao ex-consorte alimentos compensatórios, visando ajustar o desequilíbrio econômico e a reequilibrar suas condições sociais. Dispõem, assim, os alimentos compensatórios de nítido caráter indenizatório, não se sujeitando a variações. Como não tem conteúdo alimentar, o encargo não se submete às vicissitudes do trinômio proporcionalidade-possibilidade-necessidade. Dessa forma, mesmo que o beneficiário venha a obter meios de prover a sua própria subsistência, tal não dispensa o devedor de continuar alcançando-lhe alimentos. In: *Manual de Direito das Famílias*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 479.

265 LOUZADA. Ana Maria. "Alimentos". Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 288 (Encarte *Alimentos Gravídicos. Alimentos Compensatórios*, 2009).

266 COBACHO GÓMEZ, J. A. *La deuda alimentícia*, Madrid, 1990, p. 28, *op. cit.*, ALBERDI, Beatriz Saura. *La pensión compensatoria; criterios delimitadores de su importe y extensión*, p. 75, Valencia: Tirant monografias, 2004, p. 102.

267 LASARTE, Carlos. "A pensão derivada da separação ou do divórcio na experiência Espanhola". In: *Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*, Del Rey: Belo Horizonte, 2004, p. 98.

268 Art. 270. *Sauf là où on lui accorde au sol de la panne de la vie de la communauté, le divorce met un terme au devoir de l'appui prévu par Article 212 du code civil; mais un des conjoints peut être obligé de payer à l'autre une indemnité prévue pour compenser, aussi loin que possible, la disparité que la panne du mariage crée des manières respectives la vie.*

269 MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. Rio de Janeiro, 2008, p. 276.

270 Art. 1.576 BGB no original – *Ein geschiedener Ehegatte kann von dem anderen Unterhalt verlangen, soweit und solange von ihm aus sonstigen schwerwiegenden Gründen eine Erwerbstätigkeit nicht erwartet werden kann und die Versagung von Unterhalt unter Berücksichtigung der Belange beider Ehegatten grob unbillig wäre. Schwerwiegende Gründe dürfen nicht allein deswegen berücksichtigt werden, weil sie zum Scheitern der Ehe geführt haben.*

271 Art. 1.587 BGB no original – *Nach Maßgabe des Versorgungsausgleichsgesetzes findet zwischen den geschiedenen Ehegatten ein Ausgleich von im In- oder Ausland bestehenden Anrechten statt, insbesondere aus der gesetzlichen Rentenversicherung, aus anderen Regelsicherungssystemen wie der Beamtenversorgung oder der berufsständischen Versorgung, aus der betrieblichen Altersversorgung oder aus der privaten Alters- und Invaliditätsvorsorge.*

272 Art. 1.575, CCB/2002. A sentença de separação judicial importa a separação de corpos e a partilha de bens.

Parágrafo único. A partilha de bens poderá ser feita mediante proposta dos cônjuges e homologada pelo juiz ou por este decidida.

273 Art. 982, CPC – Havendo testamento ou interessado incapaz, proceder-se-á ao inventário judicial; se todos forem capazes e concordes, poderá fazer-se o inventário e a partilha por escritura pública, a qual constituirá título hábil para o registro imobiliário.

274 DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. São Paulo, RT, 2009,p. 301.

275 MADALENO, Rolf. *A desconsideração judicial da pessoa jurídica e da interposta pessoa física no direito de família e no direito das sucessões*, 1. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 14.

276 Demonstrado que o varão, 04 (quatro) meses antes da separação fática do casal, retirou-se da sociedade com o único objetivo de impedir a comunicação patrimonial da sua participação societária, deve ser aplicada a teoria do *disregard doctrine*, comunicando-se a participação social verificada no período do casamento (TJRS. Apelação Cível n. 70017433640. Rel. Claudir Fidelis Faccenda, 8ª Câmara Cível, j. em 30.11.2006. Data da publicação 07.12.2006).

Partilha de bens. *Disregard*. Demonstrada nos autos a alienação fraudulenta de quotas sociais na vigência do casamento, é de ser aplicado o instituto da *disregard*, a fim de salvaguardar a meação do consorte prejudicado (TJRS. Apelação Cível n. 70016529604. Rel. Desª Maria Berenice Dias, 7ª Câmara Cível, data

do julgamento: 20.12.2006).

277 Art. 50**.** Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

278 Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

279 Art. 18. A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

280 Art. 4º Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica, sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.

281 MADALENO, Rolf. *Op. cit.*, p. 80.

282 (...) Na desconsideração inversa da personalidade jurídica de empresa comercial, afasta-se o princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, responsabilizando-se a sociedade por obrigação pessoal do sócio. Tal somente é admitido, entretanto, quando comprovado suficientemente ter havido desvio de bens, com o devedor transferindo seus bens à empresa da qual detém controle absoluto, continuando, todavia, deles a usufruir integralmente, conquanto não façam parte o seu patrimônio particular, porquanto integrados ao patrimônio da pessoa jurídica controlada (TJSC, AI n. 2000.018889-1, Rel. Des. Trindade dos Santos, j. em de 25.01.02).

283 DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p 306.

284 *Fructus est quidquid ex re nasci et renasci solete*.

285 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, 23. ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p. 375.

286 Art. 1.660. Entram na comunhão:

(...)

V – os frutos dos bens comuns, ou dos particulares de cada cônjuge, percebidos na constância do casamento, ou pendentes ao tempo de cessar a comunhão.

287 Art. 1.319. Cada condômino responde aos outros pelos frutos que percebeu da coisa e pelo dano que lhe causou.

288 Art. 1.639, § 2º É admissível alteração do regime de bens mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros.

289 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

290 Art. 2.039. O regime de bens nos casamentos celebrados na vigência do Código Civil anterior, Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916, é o por ele estabelecido.

291 STJ, REsp. 812012/RS. Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, public. 02.02.2009.

292 Apresenta-se razoável, *in casu*, não considerar o art. 2.039 do CC/2002 como óbice à aplicação de norma geral, constante do art. 1.639, § 2º, do CC/2002, concernente à alteração incidental de regime de bens nos casamentos ocorridos sob a égide do CC/1916, desde que ressalvados os direitos de terceiros e apuradas as razões invocadas pelos cônjuges para tal pedido, não havendo que se falar em retroatividade legal, vedada nos termos do art. 5º, XXXVI, da CF/88, mas, ao revés, nos termos do art. 2.035 do CC/2002, em aplicação de norma geral com efeitos imediatos. 2 – Recurso conhecido e provido pela alínea *a* para, admitindo-se a possibilidade de alteração do regime de bens adotado por ocasião de matrimônio realizado sob o pálio do

CC/1916, determinar o retorno dos autos às instâncias ordinárias a fim de que procedam à análise do pedido, nos termos do art. 1.639, § 2º, do CC/2002 (STJ, REsp. 730546/MG, Rel. Min. Jorge Scartezzini, public. *DJ* 03.10.2005, p. 279).

293 A Lei n. 12.344 de 09.12.10 alterou o inciso II do *caput* do artigo 164 do CCB 2002 passando de 60 para 70 anos a idade do regime de bens da separação obrigatória. O IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família, já se posicionou, através da apresentação do PL n. 2.285/2007 que denominamos de Estatuto das Famílias, contrário a qualquer limite de idade para escolha do regime de bens, pois isto significa ferir a autonomia privada.

294 Art. 1.513. É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família.

295 DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*, 5. ed., rev., atual. e ampl., São Paulo; Revista dos Tribunais, 2009, p. 206.

296 TEPEDINO, Gustavo José Mendes. "Controvérsias sobre o regime de bens no Novo Código Civil". In: *Anais do VI Congresso Brasileiro de Direito de Família – Família e Solidariedade*. Rio de Janeiro: IBDFAM – Lumen Juris, 2008, p. 208.

297 DIAS, Maria Berenice. *Op. cit.*, p. 207.

298 (...) Os fatos anteriores e os efeitos pretéritos do regime anterior permanecem sob a regência da lei antiga. Os fatos posteriores, todavia, serão regulados pelo CC/02, isto é, a partir da alteração do regime de bens, passa o CC/02 a reger a nova relação do casal. Por isso, não há se falar em retroatividade da lei, vedada pelo art. 5º, inc. XXXVI, da CF/88, e sim em aplicação de norma geral com efeitos imediatos. Recurso especial não conhecido (STJ, REsp. 821807/PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, public. em 13.11.2006).

6.

DIREITO INTERTEMPORAL – QUESTÕES TRANSITÓRIAS

O artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição da República,[299] assegura e preserva o ato jurídico perfeito,[300] o direito adquirido[301] e a coisa julgada.[302] Portanto, as novas disposições sobre o divórcio têm sua força e eficácia a partir da entrada em vigor do novo texto constitucional. Como já se disse, a Emenda Constitucional n. 66/2010, ao revogar a maior parte da redação do parágrafo 6º do artigo 226, alterou não apenas as regras, mas, principalmente, os princípios constitucionais sobre o divórcio no Brasil.

Está ultrapassado, e não se discute mais, a eficácia imediata da norma constitucional (art. 5º, § 1º),[303] nem mesmo a ineficácia de todas as regras infraconstitucionais que contrariem os novos princípios instalados. Se assim não fosse, as normas constitucionais seriam transformadas em meros enunciados e estariam despidas de seu conteúdo propositivo e de eficácia plena.

Por se tratar de uma nova redação da Constituição, que eliminou expressamente prazos para o divórcio e instalou novas concepções sobre a dissolução do vínculo conjugal, é necessário examinarmos algumas situações especiais e transitórias, em nome da segurança das relações jurídicas. Afinal, não se pode obrigar alguém a se submeter a novas regras e princípios se já tinha uma situação jurídica consolidada pelas leis vigentes à época. Isto seria o mesmo que instalar a obrigatoriedade de submissão às leis que ainda não existem, isto é, tornar caótico o sistema jurídico.[304]

O novo texto constitucional, além de acabar com todo e qualquer prazo para o divórcio, pelas razões aqui já expostas, tornou a separação judicial e as regras que a regiam incompatíveis com o sistema jurídico. Entretanto, há quatro situações transitórias que devem ser consideradas em relação à situação daqueles que já estavam separados judicialmente (ou administrativamente) na data da entrada em vigor da Emenda Constitucional n. 66/2010: se continua existindo o estado civil de “separado judicialmente”/administrativamente; se eles ainda podem converter a separação em divórcio; se poderiam restabelecer o casamento; e se os processos judiciais ou administrativos de separação poderão continuar

tramitando para se alcançar o seu objetivo proposto.[305]

O estado civil daqueles que já eram separados judicialmente continua sendo o mesmo, pois não é possível simplesmente transformá-los em divorciados. Portanto, o estado civil "separado judicialmente/administrativamente" continua existindo para aqueles que já o detinham quando o novo texto constitucional entrou em vigor. É uma situação transitória, pois, com o passar do tempo, naturalmente, deixará de existir. Caso queiram transformá-lo em estado civil de divorciado, poderão, excepcionalmente, converter tal separação em divórcio ou simplesmente propor Ação de Divórcio, o que na prática tem o mesmo resultado. São exceções, necessárias e justificáveis, para compatibilizar com o respeito aos princípios constitucionais da coisa julgada e do ato jurídico perfeito. Neste mesmo raciocínio poderão ainda usar a faculdade que lhes oferecia o artigo 1.577 e a Lei n. 11.441/2007: restabelecerem a sociedade conjugal. Obviamente que a partir daí já estarão submetidos às novas regras e princípios decorrentes da instalação da Emenda Constitucional n. 66/2010.

Os processos judiciais em andamento, sejam os consensuais ou litigiosos, ou os extrajudiciais, isto é, os administrativos (Lei n. 11.441/2007), deverão readequar seu objeto e objetivos às novas disposições legais vigentes, sob pena de arquivamento.

299 Art. 5º, XXXVI: A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

300 Art. 6º da LINDB, § 1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou.

301 Art. 6º da LINDB, § 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.

302 Art. 6º da LINDB, § 3º Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso.

303 § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

304 A propósito, o Superior Tribunal de Justiça, em situação semelhante, analisando as doutrinas brasileira e estrangeira, sobre aplicação de regras do CCB de 1916 e de 2002 a respeito do regime de bens, assim também se posicionou: "A doutrina fez uma distinção fecunda entre a retroatividade máxima, que alcança o direito adquirido e afeta negócios jurídicos findos; a retroatividade média, que alcança direitos já existentes, mas ainda não integrados no patrimônio do titular, e a retroatividade mínima, que se confunde com o efeito imediato da lei e só implica sujeitar à lei novas consequências a ela posteriores de atos jurídicos praticados na vigência da lei anterior" (In: *Curso de Direito Civil Brasileiro*, 5. ed., vol. I, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais,1987, p. 82). Ainda, com base no Direito Comparado, elucidativas as palavras, respectivamente, dos mestres franceses Planiol e Roubier, *verbis*: "(...) a lei é retroativa quando ela se volta para o passado,

seja para apreciar as ‘condições de legalidade de um ato’, seja para modificar ou suprimir os ‘efeitos de um direito já realizado’. Fora daí, não há retroatividade, e a lei pode modificar os ‘efeitos futuros’ de fatos ou atos anteriores, sem ser retroativa” “(...) *la loi est rétroactive quand elle revient sur le passe soit pour aprécier lês ‘conditions de légalité d’un acte’, soit pour modifier ou supprimer lês effets d’un droit déjà réalisés’. Hors de là il n’y a pás de rétroactivité, et la loi peut modifier lês ‘effets futurs’ de faits ou d’actes memes antérieurs, sans êtres rétroactive*”). (*Traité Élémentaire de Droit Civil*, vol. I, 4. ed., n. 243, Paris: Libraire Générale de Droit & de Jurisprudence, 1906, p. 95). Se a lei pretende aplicar-se aos fatos realizados (*facta praeterita*), é ela retroativa, se pretende aplicar-se a situações em curso (*facta pendentia*), convirá estabelecer uma separação entre as partes anteriores à data da modificação da legislação, que não poderão ser atingidas sem retroatividade, e as partes posteriores, para as quais a lei nova, se ela deve aplicar-se, não terá senão efeito imediato; enfim, diante dos fatos a ocorrer (*facta futura*), é claro que a lei não pode jamais ser retroativa “(*“Si la loi prétend s’appliquer à des faits accomplis (‘facta praeterita’), elle est rétroactive; si elle prétend s’appliquer à des situations em cours (facta pendentia), il faudra établir une séparation entre les parties antérieures à la date du changement de législation, qui ne pourraient être atteintes sans rétroactivité, et lês partis postérieures, pour lesquelles la loi nouvelle, si elle doit s’appliquer, n’aura jamais qu’um effet imédiat; enfin, vis-à-vis des faits à venir (‘facta futura’), il est clair que la loi ne peut jamais être rétroactive’)*. (*Le Droit Transitoire – Conflits des Lois dans le Temps*, 2. ed., n. 38, Éditions Dalloz et Sirey, 1960, p. 177). Destarte, consoante a orientação doutrinária ora em apreço, quanto aos casamentos celebrados sob a égide do CC/1916, em curso quando da promulgação da nova disciplina jurídica civil, em razão da própria dinâmica do matrimônio, cujos efeitos, quanto ao regime de bens (contrato especial de Direito de Família de prestação contínua), não se exauriram sob a vigência deste, projetando-se, ao revés, sob a vigência do CC/2002, aplicam-se imediatamente as novas regras legais, perfazendo-se possível a alteração do regime patrimonial mediante decisão judicial”(...) (STJ, Resp. n. 730.546-MG, Rel. Min. Jorge Scartezzini, public. 03.10.2005, *DJ*).

305 O STF, citando Vicente Rao, que em seu livro de 1952, *O Direito e a vida dos direitos*, abordou o direito intertemporal sob o seguinte enfoque: “O autor primeiramente distinguiu os direitos pessoais puros, dos direitos pessoais relativos ou patrimoniais. Segundo ele, quanto aos primeiros, por envolverem normas de direito público, têm aplicação imediata (v.g. relações pessoais entre cônjuges, normas sobre pátrio poder, alimentos, tutela, curatela). No que concerne à segunda categoria (direitos pessoais relativos ou patrimoniais), mas vinculados ao Direito de Família ou dele decorrentes, biparte sua qualidade: uns, cuja constituição deixava ao livre-arbítrio das partes, por predominarem os interesses individuais; outros são direitos em que prepondera o interesse social. Aí apresenta a solução: “Os primeiros continuam submetidos à lei sob o qual nasceram, ao passo que os últimos são atingidos, em seus efeitos, pela lei nova, desde o momento em que esta entre em vigor” (STF, RE. Rel. Min. Moreira Alves, j. 24.11.88).

7.

DIVÓRCIO NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

No mundo globalizado, com meios e sistemas de comunicação ágeis, especialmente pela rede de computadores e internet, o relacionamento afetivo entre pessoas de países diferentes tem aumentado e se tornado mais frequente. Embora os sistemas de comunicação tenham facilitado as relações afetivas, as regras jurídicas para solucionar questões e conflitos daí decorrentes continuam sendo aquelas que esbarram em seus limites territoriais. Apesar do aumento do número de Convenções Internacionais e do crescente número dos países signatários, não há uma regra ou legislação internacional que venha dar respostas aos conflitos de ordem privada quando estes envolvam pessoas de nacionalidades diferentes. É a legislação de cada país que dará amparo àqueles que buscam respostas às suas questões envolvendo Direito de Família.

Muitas vezes essas questões ultrapassam as fronteiras territoriais, entrelaçando duas ou mais legislações de países diferentes. As situações são as mais variadas e imagináveis possíveis, tais como: brasileira casada com inglês, cujo casamento foi celebrado no Brasil, divorciaram-se na França onde residiam; divórcio de estrangeiros no Brasil ou de brasileiros no exterior; o registro do casamento ou do divórcio estrangeiro no Brasil etc. Que legislação aplicar nas controvérsias transnacionais? São essas as situações que se busca no Direito Internacional Privado, os subsídios de cada caso concreto.

Uma das autoridades do assunto no Brasil, a professora e jurista carioca Nádia de Araújo, leciona que o Direito Internacional Privado – DIP é uma disciplina jurídica autônoma e sua denominação, apesar de imperfeita, já está consagrada no mundo jurídico. Imperfeita, porque não é internacional e nem é privada, pois é ramo do direito público. As regras desta disciplina apenas determinam quando o direito estrangeiro deverá ser aplicado no território nacional.[306] Ferrer Correa, citado por Nádia de Araújo, acrescenta e conclui:

> O direito Internacional Privado é o ramo da ciência jurídica onde se definem os princípios, formulam-se os critérios, se estabelecem as normas a que deve

> obedecer a pesquisa de soluções adequadas para os problemas emergentes das relações privadas de caráter internacional. São essas relações (ou situações) aquelas que entram em contato, através dos seus elementos, com diferentes sistemas de direito. Não pertencem a um só domínio ou espaço legislativo: são relações "plurilocalizadas".[307]

Essas relações plurilocalizadas são solucionadas pelo próprio ordenamento jurídico interno de cada país, o qual direciona a legislação aplicável ao caso concreto. Situações afetas ao Direito de Família, envolvendo brasileiros com estrangeiros, têm a base de suas respostas no Decreto-Lei n. 4.657, de 04 de setembro de 1942, mais conhecido como a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB[308], que, apesar de modificada por legislações posteriores, e mesmo com o advento de um novo código civil em 2002, continua em vigor, mas necessitando de uma atualização. Vejamos:

> Art. 7º A lei do país em que for domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família.
> § 1º Realizando-se o casamento no Brasil, será aplicada a lei brasileira quanto aos impedimentos dirimentes e às formalidades da celebração.
> § 2º O casamento de estrangeiros poderá celebrar-se perante autoridades diplomáticas ou consulares do país de ambos os nubentes.
> § 3º Tendo os nubentes domicílio diverso, regerá os casos de invalidade do matrimônio a lei do primeiro domicílio conjugal.
> § 4º O regime de bens, legal ou convencional, obedece à lei do país em que tiverem os nubentes domicílio, e, se este for diverso, à do primeiro domicílio conjugal.
> § 5º O estrangeiro casado, que se naturalizar brasileiro, pode, mediante expressa anuência de seu cônjuge, requerer ao juiz, no ato de entrega do decreto de naturalização, se apostile ao mesmo a adoção do regime de comunhão parcial de bens, respeitados os direitos de terceiros e dada esta adoção ao competente registro.
> § 6º O divórcio realizado no estrangeiro, se um ou ambos os cônjuges forem brasileiros, só será reconhecido no Brasil depois de 1 (um) ano da data da sentença, salvo se houver sido antecedida de separação judicial por igual prazo, caso em que a homologação produzirá efeito imediato, obedecidas as condições estabelecidas para a eficácia das sentenças estrangeiras no país. O

> Superior Tribunal de Justiça, na forma de seu regimento interno, poderá reexaminar, a requerimento do interessado, decisões já proferidas em pedidos de homologação de sentenças estrangeiras de divórcio de brasileiros, a fim de que passem a produzir todos os efeitos legais (alterado pela Lei n. 12.036, de 1º.10.2009).

As normas do Direito Internacional Privado carecem de novas regras e de uma reformulação mais ampla. Os valores e a família mudaram, rompeu-se o vínculo com antigas estruturas, e isso nos remete também a conflitos de leis e de jurisdições estrangeiras. É preciso adequar o fenômeno de internacionalização dos Direitos Humanos às regras do Direito Internacional Privado no campo de Direito de Família, bem como nos lembra o professor paulista Carlos Boucault:

> Os novos fenômenos sociais fronteiriços, e os fluxos excepcionais de migração vinculados à estratégia de firmas, já exercem uma certa influência sobre o conteúdo dos direitos nacionais de família, cuja evolução passa agora por uma sistemática de circulação de modelos jurídicos.[309]

7.1. **Efeitos e Eficácia do Divórcio Estrangeiro no Brasil**

A Lei n. 6.515/77, mais conhecida como Lei do Divórcio, alterou a redação de vários artigos da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro – Decreto-Lei n. 4.657, de 04 de setembro de 1942. Tal alteração adveio da necessidade de adaptação das regras do divórcio brasileiro, o que obviamente não existia à época da promulgação do referido Decreto. Esta lei é ainda a base de compreensão para todas as questões de família envolvendo transnacionalidades, repita-se. Com a Emenda Constitucional n. 66/2010, que alterou o artigo 226, § 6º, da Constituição da República, não há mais a condição de lapso temporal para se obter o divórcio. Portanto, a leitura dos artigos da referida LINDB deve ser feita considerando e se adaptando ao novo texto constitucional.

Quando a dissolução do casamento se der pelo divórcio em situações que envolvam litígios que transcendem as fronteiras territoriais, devemos considerar duas assertivas. A primeira é a do casamento que foi realizado no exterior, mas o divórcio realizado no Brasil. A segunda vertente do raciocínio são os efeitos daí decorrentes, tanto no casamento no Brasil como no exterior. Esta, por sua vez, apresenta seus significados de ordens econômica, social e comportamental.[310]

A regra prescrita no artigo 7º da LINDB elucida os casos do casamento realizado no exterior, e as partes aqui domiciliadas manifestam sua vontade pelo divórcio no Brasil. Neste caso, a autoridade brasileira, segundo os artigos 88[311] e 89[312] do CPC, sintetiza tais hipóteses, inclusive em caso de competência concorrente. Os efeitos econômicos e patrimoniais, isto é, a partilha de bens, encontra resposta no § 4º do referido artigo 7º, ou seja, o regime de bens obedece à lei do país em que os nubentes, ou melhor, os cônjuges, tiverem domicílio. Se tiverem domicílio diversos, considerar-se-á a lei do primeiro domicílio conjugal.

Se o divórcio de brasileiros ocorrer no exterior, podemos sintetizar os pressupostos para admissibilidade e validade do ato no artigo 15 da LINDB:

> Art. 15. Será executada no Brasil a sentença proferida no estrangeiro que reúna os seguintes requisitos:
> a) haver sido proferida por juiz competente;
> b) terem sido as partes citadas ou haver-se legalmente verificado à revelia;
> c) ter passado em julgado e estar revestida das formalidades necessárias para a execução no lugar em que foi proferida;
> d) estar traduzida por intérprete autorizado;
> e) ter sido homologada pelo Supremo Tribunal Federal (EC 45 transferiu competência para o Superior Tribunal de Justiça, art. 105, I, *i*, da CR/1988).
> Parágrafo único. Não dependem de homologação as sentenças meramente declaratórias do estado das pessoas (revogado pela Lei n. 12.036/09).

Em casos de partilha de bens localizados no Brasil, assim já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

> (...) IV – A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já decidiu no sentido de que compete exclusivamente à Justiça brasileira decidir sobre a partilha de bens imóveis situados no Brasil.
> V – Tanto a Corte Suprema quanto este Superior Tribunal de Justiça já se manifestaram pela ausência de ofensa à soberania nacional e à ordem pública na sentença estrangeira que dispõe acerca de bem localizado no território brasileiro, sobre o qual tenha havido acordo entre as partes, e que tão somente ratifica o que restou pactuado. Precedentes. VI – Na hipótese dos autos, não há que se falar em ofensa ao art. 89 do Código de Processo Civil, tampouco ao art. 12, § 1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, posto que os

bens situados no Brasil tiveram a sua transmissão ao primeiro requerente prevista no testamento deixado por T. B. H. e confirmada pela sentença homologada, a qual tão somente ratificou a vontade última do testador, bem como a dos ora requeridos, o que ficou claramente evidenciado em razão da não impugnação ao *decisum* alienígena. VII – Pedido de homologação deferido (STJ, SEC 1304/US. Min. Rel. Gilson Dipp, public. *DJ* de 03.03.2008).

7.2. **Homologação da Sentença Estrangeira**

Com a Emenda Constitucional n. 45, a competência para homologação de sentença estrangeira deixou a Suprema Corte – STF e foi para o Superior Tribunal de Justiça, conforme dispõe o art. 105, I, *i*, da Constituição da República.[313]

Em uma separação feita na Espanha, mas o casal tinha bens a serem partilhados no Brasil, o Superior Tribunal de Justiça assim se posicionou:

> Partilha de bens. Separação decretada na Espanha. Competência da justiça brasileira para decidir a partilha de bens imóveis localizados no país. Ausência de necessidade de homologação de sentença estrangeira sobre o estado das pessoas. Art. 15, parágrafo único, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: 1. Havendo nos autos, confirmado pelo acórdão, partilha de bens realizada em decorrência da separação, impõe-se o processo de homologação no Brasil, aplicando-se o art. 89, II, do Código de Processo Civil, apenas em casos de partilha por sucessão *causa mortis*; 2. Não há necessidade de homologação de sentenças meramente declaratórias do estado das pessoas (art. 15, parágrafo único, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro); 3. Recurso especial conhecido e provido (STJ, REsp. 535646/RJ, Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, public. *DJ* 03.04.2006, p. 330).

O Supremo Tribunal Federal – STF já emitiu duas súmulas sobre homologação de sentença estrangeira. Embora a atual competência seja do Superior Tribunal de Justiça – STJ, elas ainda estão em vigor:

> Súmula 381 – Não se homologa sentença de divórcio obtida por procuração em país de que os cônjuges não eram nacionais.
> Súmula 420 – Não se homologa sentença proferida no estrangeiro sem prova do trânsito em julgado.

O Brasil é signatário de vários acordos de cooperação internacional em matéria civil,[314] com o objetivo de simplificar a instrumentalização do Poder Judiciário entre os signatários, inclusive para evitar e tornar desnecessário que passe pelo crivo da homologação judiciária. Dentre estes, destacam-se o acordo bilateral de cooperação em matéria civil entre Brasil e França, e com a Argentina, pois relativiza o princípio da soberania das decisões transitadas em julgado entre os países signatários.

O convênio de cooperação com a Espanha veda expressamente tal mobilização em matéria de Direito de Família e Sucessões, salvo se decorrentes de obrigações pecuniárias. E o do Uruguai prevê a possibilidade de execução imediata de sentença penal estrangeira em matéria de reparação de danos e restituição de bens. A facilidade deste pacto em matéria civil está na desburocratização para produção de provas e cumprimentos de cartas rogatórias.

O Superior Tribunal de Justiça ao apreciar homologação de sentença estrangeira[315] assim interpretou em conformidade com a EC 66/2010:

> A sentença estrangeira encontra-se apta à homologação, quando atendidos os requisitos dos arts. 5º e 6º da Resolução STJ n.º 9/2005: (i) a sua prolação por autoridade competente; (ii) a devida ciência do réu nos autos da decisão homologanda; (iii) o seu trânsito em julgado; (iv) a chancela consular brasileira acompanhada de tradução por tradutor oficial ou juramentado; (v) a ausência de ofensa à soberania ou à ordem pública. 2. A nova redação dada pela EC 66, de 2010, ao § 6º do art. 226 da CF/88 tornou prescindível a comprovação do preenchimento do requisito temporal outrora previsto para fins de obtenção do divórcio. 3. Afronta a homologabilidade da sentença estrangeira de dissolução de casamento a ofensa à soberania nacional, nos termos do art. 6º da Resolução n.º 9, de 2005, ante a existência de decisão prolatada por autoridade judiciária brasileira a respeito das mesmas questões tratadas na sentença homologanda. 4. A exclusividade de jurisdição relativamente a imóveis situados no Brasil, prevista no art. 89, I, do CPC, afasta a homologação de sentença estrangeira na parte em que incluiu bem dessa natureza como ativo conjugal sujeito à partilha. 5. Pedido de homologação de sentença estrangeira parcialmente deferido, tão somente para os efeitos de dissolução do casamento e da partilha de bens do casal, com exclusão do imóvel situado no Brasil (STJ, Sentença Estrangeira Contestada n. 5.302-EX, Rel. Min. Nancy Andrighi, Corte Especial, pub. 07/06/2011). (Grifamos.)

7.3. **Problemas e Questões do Multiculturalismo: Poligamia** *versus* **Monogamia; Registro de Casamento e Divórcio de Casais Homoafetivos**

Como conciliar o casamento poligâmico em ordenamentos jurídicos monogâmicos? É possível proceder ao registro do casamento em cartório de registro civil de um cidadão marroquino, casado naquele país com três mulheres, e que fixou residência no Brasil? O professor de Direito Internacional, Carlos Boucault, tratou deste tema durante o III Congresso Brasileiro de Direito de Família, dizendo o seguinte:

> A dicotomia casamento monogâmico-poligâmico parece enfrentar novos enquadramentos teóricos e assumir outras formas de organização familiar que se distanciam dos conceitos tradicionais doutrinários e da visão jurisprudencial plasmada no princípio de ordem pública como mecanismo de limitações à eficácia do direito estrangeiro. Os critérios tradicionais que se fundamentam na ordem pública parecem estar concentrados nos mecanismos da fraude à lei, para limitar a aplicação de normas de direito estrangeiro, vez que situações de Direito de Família anteriormente inadmissíveis já comportam o reconhecimento por parte de ordenamentos jurídicos...[316]

O problema não é singelo. A legislação que regulamenta a matéria, ou seja, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, é de 1942, de uma época em que o multiculturalismo não tinha, nem de longe, a tônica que tem hoje, com a economia globalizada, e que, consequentemente, tem um outro fluxo de pessoas e famílias cada vez mais internacionalizadas. A legislação do Direito Internacional Privado está anacrônica perante esta realidade. Os critérios de domicílio e de nacionalidade estão assentados na perspectiva clássica do conceito de soberania nacional, enquanto os tribunais têm sido conservadores na aplicação do Direito estrangeiro.[317]

Provavelmente, o único artigo da LINDB que pode ser invocado para socorrer o caso aqui exemplificado seja o art. 5º,[318] por determinar ao juiz que atenda, na aplicação da lei, aos fins sociais a que ele se destina. Mesmo assim não temos a solução do problema, que só encontrará resposta, obviamente, na invocação de uma base principiológica.

Mas, afinal, qual é o princípio a ser invocado, se há um encontro ou desencontro de dois princípios polarizados? A aplicação aqui deverá ser a do

princípio da menor intervenção estatal em consonância com a hermenêutica constitucional, que dá ao brasileiro e estrangeiro residente no Brasil os mesmos direitos (art. 5º).[319] Entre esses direitos garantidos estão o da cidadania e o da liberdade, pressupondo aí o respeito à identidade cultural diferente. Sendo assim, entendemos possível o registro de casamento poligâmico estrangeiro em cartório brasileiro, aliás requisito obrigatório para que eles tenham eficácia no Brasil, da mesma forma que é possível o registro de um casamento francês, espanhol etc. Este direito sustenta-se, em síntese, no respeito à identidade cultural dos povos, cuja base principiológica está na Constituição da República. A França e a Inglaterra, em razão de um multiculturalismo mais intenso, há muito já autoriza o registro de casamentos estrangeiros poligâmicos.[320]

Outro aspecto importante do multiculturalismo e que esbarra em conceitos morais veiculados pela legislação de diferentes países, é o registro do casamento e do divórcio de casais homoafetivos. Por exemplo: duas mulheres que se casaram em um país que admite o casamento entre pessoas do mesmo sexo[321] e depois fixam residência no Brasil e aqui pretendem se divorciar. Para que o divórcio possa ser feito no Brasil, é necessário que o casamento também seja registrado aqui em razão dos limites territoriais da lei de cada país, conforme dispõe a Lei n. 6.015/73.[322] Temos aí a primeira questão: é possível registrar o casamento estrangeiro entre pessoas do mesmo sexo em cartório brasileiro? Se se admite o seu registro, obviamente é juridicamente possível também o divórcio.

O artigo 17 da LINDB[323] proíbe registro no Brasil de atos, declarações de vontade, sentenças e leis estrangeiras que ofenderem: a) a soberania nacional; b) a ordem pública e c) os bons costumes. O registro de um casamento/divórcio entre pessoas do mesmo sexo nenhuma relação tem com a questão da soberania nacional. Seria então contrário à ordem pública? Não vemos como aspectos da vida privada possam interferir na organização da *polis*, assim como a vida privada e a sexualidade dos governantes ou ocupantes de cargos públicos nenhuma relação têm com o cargo ocupado. Quanto aos bons costumes, não se pode mais dizer que a maneira como uma pessoa se relaciona sexualmente, ou seja, as escolhas ou preferências sexuais de alguém, se hetero ou homossexuais, possa se enquadrar na categoria contrária aos bons costumes. Prova disso é a evolução jurisprudencial que tem reconhecido as uniões homoafetivas como entidade familiar, independentemente do nome que se dê a elas.

O encontro de ordenamentos jurídicos de países diferentes, e cujos costumes são diferentes, não pode significar desamparo e proteção jurídica aos estrangeiros. O respeito às diferenças, inclusive culturais, é um princípio que

deve nortear todas as relações jurídicas. Na era dos direitos humanos não cabe mais segregar pessoas em razão de suas diferenças ideológicas, de gênero, raça ou preferências sexuais.

O registro de casamentos ou divórcios estrangeiros de homossexuais no Brasil não afronta a ordem jurídica. Ao contrário, tais registros apenas corroboram a Declaração Universal dos Direitos Humanos em prol do reconhecimento de que as diferenças culturais não podem ser inviabilizadoras das relações entre os povos de culturas e costumes diferentes.

306 ARAÚJO, Nádia de. *Direito Internacional privado: Teoria e prática brasileira*, 4. ed. atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 33 e 34.

307 CORREA, A. Ferrer. *Lições de Direito Internacional Privado*, vol. I, Coimbra: Almedina, 2000. p. 11 *apud* ARAÚJO, Nádia de. *Direito Internacional privado: Teoria e prática brasileira*, 4. ed. atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 31.

308 A Lei n. 12.376/2010 alterou a ementa da LINDB para: Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.

309 BOUCAULT, Carlos. "Multiculturalismo e Direito de Família nas normas de direito internacional privado". In: CUNHA PEREIRA, Rodrigo da (Coord.). *Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família – Família e Cidadania*. O novo CCB e a "vocatio legis", Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 164.

310 ARAUJO, Nádia de. *Direito Internacional privado: Teoria e prática brasileira*, 4. ed. atualizada e ampliada, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 462.

311 Código de Processo Civil.

Art. 88. É competente a autoridade judiciária brasileira quando:

I – o réu, qualquer que seja a sua nacionalidade, estiver domiciliado no Brasil;

II – no Brasil tiver de ser cumprida a obrigação;

III – a ação se originar de fato ocorrido ou de ato praticado no Brasil.

Parágrafo único. Para o fim do disposto no I, reputa-se domiciliada no Brasil a pessoa jurídica estrangeira que aqui tiver agência, filial ou sucursal.

312 Código de Processo Civil.

Art. 89. Compete à autoridade judiciária brasileira, com exclusão de qualquer outra:

I – conhecer de ações relativas a imóveis situados no Brasil;

II – proceder de ações relativas e partilha de bens, situados no Brasil, ainda que o autor da herança seja estrangeiro e tenha residido fora do território nacional.

313 Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I – processar e julgar, originariamente: (...)

i) a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias.

Súmula 381 – STF – Não se homologa sentença de divórcio obtida por procuração em país de que os cônjuges não eram nacionais.

314 1 – Decreto n. 166, de 3.07.1991 – Promulga o Convênio de Cooperação Judiciária em Matéria Civil, entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Reino da Espanha.

2 – Decreto n. 3.598, de 12.09.2000 – Promulga o Acordo de Cooperação em Matéria Civil entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Francesa, celebrado em Paris, em 28.05.1996.

3 – Decreto n. 1.476 de 2.05.1995 – Promulga o Tratado Relativo à Cooperação Judiciária e ao Reconhecimento e Execução de Sentenças em Matéria Civil, entre a República Federativa do Brasil e a República Italiana, de 17 de outubro de 1989.

4 – Decreto n. 62.978, de 11.07.1968 – Promulga a Convenção sobre assistência judiciária gratuita com a Argentina.

5 – Decreto n. 1.560, de 18.07.1995 – Promulga o Acordo de Cooperação Judiciária em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa, entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Argentina, de 20 de agosto de 1991.

6 – Decreto n. 1.850, de 10.04.1996 – Promulga o Acordo de Cooperação Judiciária em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa, entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Oriental do Uruguai, de 28 de dezembro de 1992.

315 SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA. DIVÓRCIO DECRETADO PELA JUSTIÇA ALEMÃ. EXISTÊNCIA DE AÇÃO DE SEPARAÇÃO NO BRASIL. COMPETÊNCIA CONCORRENTE. INOCORRÊNCIA DE LITISPENDÊNCIA. A competência internacional concorrente por fato praticado no Brasil, conforme previsão do art. 88, III, do CPC, não induz a litispendência, podendo a Justiça estrangeira julgar os casos a ela submetidos. Podendo o divórcio ser decretado sem que feita a partilha de bens, não se afigura correto imaginar que a existência pura e simples de imóvel do casal em território brasileiro impediria a competência da Justiça estrangeira para apreciar a dissolução do casamento. Inteligência da Súmula 197 desta Corte. Além do que, a parte requerida assentiu à dissolução do casamento mesmo tendo proposta anterior ação de separação no Brasil e, neste procedimento, não contesta a homologação do divórcio, não podendo ser beneficiada, portanto, com a alegação da litispendência. Pedido de homologação deferido. (STJ, SEC n. 493-EX -2011/0034271-1, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Corte Especial, publ. 06/10/2011).

SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA. DIVÓRCIO CONSENSUAL PROCESSADO PERANTE PREFEITURA JAPONESA. HOMOLOGAÇÃO CONCEDIDA. 1. É possível a homologação de pedido de divórcio consensual realizado no Japão, o qual é dirigido à autoridade administrativa competente. Nesse caso, não há sentença, mas certidão de deferimento de registro de divórcio, passível de homologação pelo Superior Tribunal de Justiça. 2. Homologação concedida (STJ, SEC n. 4.403-JP, Rel Min. Arnaldo esteves Lima, Corte Especial, pub. 14/10/2011).

316 BOUCAULT, Carlos. “Multiculturalismo e direito de família nas normas de direito internacional privado”. In: CUNHA PEREIRA, Rodrigo da (Coord.) *Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família – Família e cidadania*. “O novo CCB e a *vacatio legis”*. Belo Horizonte: IBDFAM, Del Rey, 2002, p. 168.

317 BOUCAULT, Carlos. “Multiculturalismo e direito de família nas normas de direito internacional privado”. In: CUNHA PEREIRA, Rodrigo da (Coord.) *Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família – Família e cidadania*. “O novo CCB e a *vacatio legis”*. Belo Horizonte: IBDFAM, Del Rey, 2002, p. 170.

318 Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

319 Art. 5º da Constituição da República: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e *aos estrangeiros* residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...).

320 BOUCAULT, *op. cit.*, p. 169.

321 O primeiro país a admitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo foi a Holanda em 2001, seguido pela Bélgica (2003), alguns Estados americanos a partir de 2004, Espanha (2005), Canadá (2005), África do Sul (2006), Noruega (2009), Suécia (2009), Portugal (2010), Argentina (2010) e Brasil (2012), salientando que alguns juízes têm autorizado o casamento entre pessoas do mesmo sexo, indicando um caminho sem volta.

322 Art. 32 da Lei n. 6.015/73: Os assentos de nascimento, óbito e de casamento de brasileiros em país

estrangeiro serão considerados autênticos, nos termos da lei do lugar em que forem feitos, legalizadas as certidões pelos cônsules ou quando por estes tomados, nos termos do regulamento consular.

§ 1º Os assentos de que trata este artigo serão, porém, transladados nos cartórios de 1º ofício do domicílio do registro ou no 1º ofício do Distrito Federal, em falta de domicílio conhecido, quando tiverem de produzir efeito no país, ou, antes, por meio de segunda via que os cônjuges serão obrigados a remeter por intermédio do Ministério das Relações Exteriores.

323 Art. 17, LINDB. As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes.

8.

DIVÓRCIO NO DIREITO COMPARADO

Buscar em outros países e culturas diferentes a experiência de cada ordenamento jurídico é uma recomendação necessária para aperfeiçoar a própria organização jurídica. Investigar em outras nações outras normas jurídicas pode significar não ter que “inventar a roda”. Em outras palavras, a experiência de outros povos pode revelar caminhos necessários, ou mesmo desnecessários. Não se trata de importar modelos, até porque a história já nos mostrou que isso não é recomendável, e cada nação traz consigo suas peculiaridades que, na maioria das vezes, não são aplicáveis a outros povos. Estas comparações podem ser muito úteis, na medida em que mostram direções, caminhos já percorridos e a percorrer, enfim, apontam para uma trajetória que pode iluminar outros caminhos, mesmo sabendo que a experiência de cada povo é particular de cada nação.

As legislações dos ordenamentos jurídicos romano-germânicos trazem consigo um denominador comum: a influência do direito canônico. É inevitável, pois a moral judaico-cristã esteve inserida na cultura ocidental de forma “colonizadora”, embora esta influência venha diminuindo progressivamente. A instalação, ou não, do instituto do divórcio em um país traz consigo, também, o significado da quebra, instalação ou existência de uma moral religiosa. Isso significa que a máxima bíblica “o que Deus uniu o homem não separa” vem ganhando novos contornos sociais.

A grande autoridade do Direito Comparado, o jurista francês René David, é enfático e conclusivo ao falar sobre a importante função de renovação da ciência do Direito através do Direito Comparado para corresponder às condições do mundo contemporâneo:

> Todos os juristas são chamados a se interessar pelo direito comparado, quer para melhor compreenderem o seu próprio direito, quer para o tentarem aperfeiçoar, ou, ainda, para estabelecer, de acordo com os juristas dos países estrangeiros, regras de conflito ou de fundo uniformes ou uma harmonização dos diversos direitos.[324]

8.1. **Portugal**

Em 31 de outubro de 2008 foi publicada em Portugal a Lei n. 61/2008, que alterou o regime jurídico do divórcio. Essa nova lei tem um impacto normativo que ultrapassa a área do divórcio, regulando também a afinidade, o dever de contribuir para os encargos da vida familiar, a separação judicial de pessoas e de bens, bem como responsabilidades parentais. O jurista português Jorge Duarte Pinheiro,[325] em artigo publicado na *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, analisou como era o divórcio e como passou a ser com a entrada em vigor da nova legislação, em 02.12.2008. Segundo ele, havia algumas similitudes com a separação judicial brasileira. Existia o sistema misto, perpetrando três modelos que são: divórcio falência (separação de fato); divórcio remédio (determinado pelas alterações das faculdades mentais e ausência do cônjuge); e, por fim, o divórcio sanção, associado à culpa.

Para se obter o divórcio lusitano, o professor afirma que não depende, e nem tem dependido, de uma prévia separação judicial de pessoas e bens. Isso porque a maioria das pessoas tem escolhido o caminho do divórcio direto, em detrimento da separação judicial de bens, tendo em vista que os pressupostos do divórcio e da separação judicial de pessoas e de bens são idênticos em Portugal, cabendo aos cônjuges optarem por uma das duas modalidades.

Uma das importantes inovações da nova lei portuguesa sobre o divórcio foi a possibilidade da eliminação da culpa pelo fim do casamento, conforme dispõem os artigos 1.781º e 1.785º, n. 1, da referida Lei. Anteriormente a esse novo diploma português, o ordenamento jurídico funcionava da seguinte forma:

> O divórcio litigioso podia ser requerido por qualquer dos cônjuges com fundamento em separação de fato por três anos consecutivos ou por um ano, consoante houvesse ou não oposição do réu; o divórcio podia ser requerido por um cônjuge com fundamento na alteração das faculdades mentais do outro, quando a alteração durasse mais de três anos e, pela sua gravidade, comprometesse a possibilidade de vida em comum; o divórcio podia ser requerido por um cônjuge com fundamento na ausência do outro, desde que do ausente não houvesse notícias há pelo menos dois anos; e o divórcio podia ser requerido por um cônjuge se o outro tivesse violado culposamente os deveres conjugais, quando a violação, pela sua gravidade ou reiteração, comprometesse a possibilidade da vida em comum.[326]

Na nova lei portuguesa, além de ter abolido a declaração de culpa e proibido tratamento diferenciado dos cônjuges, segundo uma tendência contemporânea, e a exemplo da lei espanhola, o artigo 1.774º obriga o Poder Judiciário ou a conservatória do registro civil a informarem os cônjuges sobre os objetivos dos serviços de mediação familiar.

A legislação lusitana possibilitou que o divórcio por mútuo consentimento seja feito em juízo ou na conservatória do registro civil (equivalente ao nosso Ofício de Registro Civil). Assim como em nossa Lei n. 11.441/2007, lá também é necessário que não haja filhos menores, ou, se havendo, ou se houver litígio, deverá passar pelo crivo do Poder Judiciário. Registra-se, ainda, que Portugal, através da Lei n. 09/2010, autorizou o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

8.2. **Espanha**

O Direito de Família espanhol, seguindo a tendência do princípio da menor intervenção estatal, passou por uma importante modificação em sua legislação. A Lei n. 15/2005 promulgada pelo Rei Juan Carlos, em 08.07.2005, modificando o Código Civil, acabou com o sistema dual obrigatório para se dissolver o casamento civil, como era aqui no Brasil até o advento da Emenda Constitucional n. 66/2010. Embora a Espanha seja predominantemente um país católico, portanto, com fortes influências e interferências do direito canônico, a aprovação da referida Lei significou mais um corte na relação Igreja/Estado. A partir de 09.07.2005, os espanhóis podem escolher fazer o divórcio direto sem a exigência da prévia separação judicial. Segundo o artigo 1º, não é mais necessário que o casal tenha um ano de casamento. Três meses é o suficiente para se requerer o divórcio direto, ou se preferirem a separação judicial.[327] Assim, o que era complementar e obrigatório passou a ser facultativo e ganhou autonomia. Os separados, se quiserem, poderão restabelecer o vínculo conjugal.[328]

Outra experiência proveitosa no direito espanhol são os alimentos compensatórios, que guardam pertinência com o término da sociedade conjugal. O artigo 97 do Código Civil espanhol, mesmo antes da nova redação da Lei de 2005, já havia positivado a possibilidade de se pleitear alimentos compensatórios para se buscar a equiparação, se houver um desequilíbrio econômico entre os cônjuges, quando da dissolução do casamento. Nos anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família, promovido pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, realizado em Belo Horizonte/MG, em setembro de 2003, o jurista espanhol Carlos Lasarte trouxe importante registro

sobre dois elementos importantes que integram o atual divórcio espanhol. O primeiro deles, e que tem servido de referência para outros ordenamentos jurídicos, é a pensão compensatória:

> (...) ainda que se encontre compreendida no capítulo que o Código destina regular os efeitos comuns à nulidade, separação e divórcio, não cabe dúvida alguma de que a pensão descrita no artigo 97 do Código Civil espanhol é devida exclusivamente nos casos de separação e divórcio. Nas hipóteses de nulidade matrimonial, não cabe pensão alguma, exceto uma "indenização", tal como o expressa de forma clara o artigo 98 do mesmo Código, que, referindo-se às hipóteses de matrimônio putativo, estabelece que "o Cônjuge de boa-fé, cujo matrimônio haja sido declarado nulo, terá direito a uma indenização, se houver existido convivência conjugal, atendidas as circunstâncias previstas no artigo 97.[329] *O direito, preservando sempre a boa-fé, haja vista o cerne judicante de igualdade proporcional de mérito e dano.* (Grifo nosso.)

O segundo, igualmente importante, e que também revela a tendência evolutiva dos ordenamentos jurídicos, é a irrelevância da culpabilidade e que em nada interfere em relação à pensão contemplada no referido artigo 97. É o próprio Lasarte quem afirma:

> Com efeito, na Espanha, o dado mais relevante da regulação atual é dado pelo fato de que a pensão é gerada em favor do cônjuge mais desfavorecido economicamente, como consequência da crise matrimonial, sem que o artigo 97 habilite o Juiz a levar em consideração a causa genética da separação ou do divórcio. Em outras palavras, ser culpado ou inocente em relação à crise matrimonial é irrelevante para a procedência ou improcedência da pensão.[330]

A mediação tornou-se para os espanhóis um importante instrumento de pacificação para se evitar ou para solucionar litígios e está presente nos preceitos da referida Lei de 2005:

> *Con el fin de reducir las consecuencias derivadas de una separación y divorcio para todos los miembros de la familia, mantener la comunicación y el diálogo, y en especial garantizar la protección del interés superior del menor, se establece la mediación como un recurso voluntario alternativo de solución de los litigios familiares por vía de mutuo acuerdo con la intervención de un mediador, imparcial y neutral.*[331]

A discussão da culpa, quando da dissolução do vínculo conjugal na Espanha, não se justifica em razão da prole, devido ao impacto psicológico que essa situação pode causar aos filhos, dificultando a convivência familiar. A exposição dos motivos da referida Lei n. 15/2005 também traduz e registra essa moderna tendência do Direito de Família:

> *En el antiguo modelo de la separación-sanción, la culpabilidad del cónyuge justificaba que éste quedase alejado de la prole. Al amparo de la Ley 30/1981, de 7 de julio, de modo objetivamente incomprensible, se ha desarrollado una práctica coherente con el modelo pretérito, que materialmente ha impedido en muchos casos que, tras la separación o el divorcio, los hijos continúen teniendo una relación fluida con ambos progenitores. La consecuencia de esta práctica ha sido que los hijos sufran innecesariamente un perjuicio que puede evitarse.*[332]

Mesmo antes desta nova legislação, a discussão da culpa já tinha perdido sentido, pois já se considerava que o fim do casamento se dava pelo fim e pelo esvaziamento do amor.

A Espanha, através da Lei n. 13/2005, que alterou o artigo 44 do Código Civil espanhol,[333] foi um dos primeiros países do mundo a admitir em sua legislação o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, bem como a adoção por homossexuais casados entre si. Obviamente que as regras para a dissolução do casamento homoafetivo são as mesmas do casamento heterossexual.

8.3. **Itália**

País de forte predominância da religião católica, mantém viva a influência do direito canônico, ou seja, o Direito de Família italiano não tem a total independência e liberdade que se deve ter em um Estado laico. Para se ter uma ideia desta interferência, até hoje a Itália não reconhece a união estável como forma "legítima" de constituição de família. Da mesma forma, ao tratar da dissolução da sociedade conjugal, conservam velhos preceitos de intromissão do Estado na intimidade e privacidade das pessoas, tendência a ser abolida dos ordenamentos jurídicos mais contemporâneos, como aconteceu recentemente no Brasil, com a aprovação da Emenda Constitucional n. 66/2010, com a eliminação da discussão de culpa e estabelecimento de prazos para se buscar o divórcio.

Os italianos mantêm o sistema dual de divórcio e separação, cujos dispositivos do Código Civil[334] de 1942 estabelecem, nos artigos 150 a 158, as regras sobre a separação. O artigo 150 impõe uma lógica incompreensível, ou pelo menos muito diferente da brasileira, ao fazer a distinção entre separação judicial e

separação consensual:

> *Art. 150. Separazione personale – E' ammessa la separazione personale dei coniugi. La separazione può essere giudiziale o consensuale. Il diritto di chiedere la separazione giudiziale o l'omologazione di quella consensuale spetta esclusivamente ai coniugi.*[335]
>
> Art. 151. *Separazione giudiziale*
>
> *La separazione può essere chiesta quando si verificano, anche indipendentemente dalla volontà di uno o di entrambi i coniugi, fatti tali da rendere intollerabile la prosecuzione della convivenza o da recare grave pregiudizio alla educazione della prole.*
>
> *Il giudice, pronunziando la separazione, dichiara, ove ne ricorrano le circostanze e ne sia richiesto, a quale dei coniugi sia addebitabile la separazione in considerazione del suo comportamento contrario ai doveri che derivano dal matrimonio.*[336]
>
> *Art. 158. Separazione consensuale*
>
> *La separazione per il solo consenso dei coniugi non ha effetto senza l'omologazione del giudice*
>
> (Cod. Proc. Civ. 710-711)
>
> *Quando l'accordo dei coniugi relativamente all'affidamento e al mantenimento dei figli è in contrasto con l'interesse di questi il giudice riconvoca i coniugi indicando ad essi le modificazioni da adottare nell'interesse dei figli e, in caso di inidonea soluzione, può rifiutare allo stato l'omologazione.* [337]

A separação judicial, presente no referido artigo 151 daquele Código Civil, abriu um pouco o conceito sobre as causas e os motivos da separação, embora continue como na maioria dos sistemas da codificação, ou seja, uma variação em torno do Código Civil francês de 1804 que instituiu as bases deste sistema jurídico. Apesar de toda a interferência religiosa, a discussão da culpa perdeu muito de sua força com a Lei n. 74, de 1987, que modificou a Lei n. 898 de 1970, como bem informa o jurista carioca Gustavo Tepedino:

> O art. 151 do Código Civil italiano, com a redação que lhe deu a lei especial, desloca "a pedra angular" sobre a qual assenta o sistema da separação judicial para circunstâncias puramente objetivas; verificação de fatos que tornem intolerável a prossecução da vida em comum ou que causem grave prejuízo à educação da prole. Vale examinar o preceito, destacando-se a preocupação do legislador italiano no sentido de incluir, dentre as causas objetivas, ao lado da falência da vida em comum, a possibilidade de prejuízo para os filhos.[338]

O Código Civil italiano estabelece, tal como a sistemática brasileira, até o advento da EC 66/2010, regras muito semelhantes para conciliação (art. 154), reconciliação (art. 157), alimentos entre cônjuges (art. 156) e uso do nome do marido pela mulher (art. 156 bis)

O divórcio foi introduzido na Itália pela Lei n. 898/70, de 01.12.70, depois modificado pela Lei n. 74 de 06.03.87. Nos casos de pedido de divórcio motivado com base em separação judicial ou pessoal, é necessário um prazo de 3 anos,[339] ainda que seja um processo litigioso convertido em consensual. Antes das inovações desta legislação, o prazo era de 7 anos na hipótese de uma separação por culpa exclusiva de um dos cônjuges, ou de 6 anos de separação por mútuo consentimento.[340]

As causas ou os motivos para o divórcio elencadas no referido artigo 3º, dentre outras previsões, destacou as repercussões na seara criminal como possibilidade para requerer o divórcio. Ou seja, é possível requerer a dissolução ou cessação dos efeitos civis do casamento quando, após sua celebração, o outro cônjuge tenha sido condenado, com sentença transitada em julgado, por atos cometidos anteriormente de especial gravidade.[341] Nesse rol, podemos identificar, além dos crimes apenados com prisão perpétua ou a uma pena superior a 15 anos,[342] os crimes de indução, coerção, exploração da prostituição ou a cumplicidade;[343] e qualquer pena de detenção pelo homicídio voluntário de filho ou por tentativa de homicídio do cônjuge ou de filho.[344] Na segunda parte do dispositivo supracitado, mesmo havendo a absolvição criminal, é possível requerer o divórcio desde que o tribunal determine a incapacidade do réu de manter ou reconstituir a vida familiar.[345]

Paradoxalmente, um dos dispositivos da Lei n. 74/1987, além das causas supracitadas, previu a possibilidade de se requerer o divórcio pela mudança de sexo de um dos cônjuges:

> *g) è passata in giudicato sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso a norma della L. 14 apr. 1982 n 164, (decreto tornou definitiva da correcção da atribuição do sexo sob a L. 14 de abril 1982 n 164).*[346]

Paralelamente às disposições, ainda conservadoras, sobre a dissolução do vínculo conjugal, a Itália como integrante da União Europeia recepciona suas regras e princípios, por exemplo, o Regulamento n. 2201/2003, que revogou o regulamento n. 1347/2000, estabelecendo regras sobre matéria matrimonial e responsabilidade parental, inclusive fazendo referência ao divórcio.

8.4. **Alemanha**

O Código Civil alemão, mais conhecido pela sigla BGB, abreviatura de *Bügerliches Gesetzbuch*, foi promulgado em 18.08.1896 e sofreu várias reformas. Especificamente no Direito de Família, a partir de 1977, várias leis alteraram velhas concepções e paradigmas. Em 22.02.2001 foi aprovada a Lei da União Estável Homossexual após várias outras reformas. Em relação ao divórcio foi a lei da Reforma Matrimonial de 1977 que alterou o § 1.565 para substituir o princípio da culpa pelo princípio da ruptura. A Alemanha, assim como a Itália, teve acentuada intervenção estatal na vida privada oriunda do nacionalismo e dos sistemas nazifascistas. Apesar dessa forte intervenção, que perdurou ao longo dos períodos da I e II Guerras Mundiais, o Direito de Família alemão está entre aqueles que têm a legislação avançada. O BGB não trata de nenhuma forma de separação judicial, mas tão somente do divórcio direto.[347] As espécies do divórcio são o consensual e o litigioso, e não se discute a questão subjetiva e de difícil aferição, como é a culpa. Günther Beitzke, citado por Inácio de Carvalho Neto, informa e esclarece:

> A nova lei só conhece, em princípio, uma só causa de divórcio, a falência do casamento, explicitada na lei pela fórmula: O casamento fracassou quando a comunhão de vida dos cônjuges atingiu o fim e quando não pode se esperar que os cônjuges a restabeleçam (§ 1.565). A noção de culpa é eliminada; não se pronuncia mais sobre os erros dos cônjuges.[348]

Como se depreende da redação do próprio BGB, em seu § 1.565, o fator principal para a dissolução do vínculo conjugal é o fracasso natural do casamento:[349]

> [Princípio do fracasso: Prazo mínimo da separação] O casamento pode ser dissolvido se o mesmo fracassou. O casamento é considerado como tendo fracassado se a vida em comum deixou de existir e se não é possível esperar que os cônjuges a restabeleçam. (2) Se os cônjuges viveram separados há menos de um ano, o casamento somente poderá ser dissolvido se a continuação do casamento representar uma penúria excessiva para o requerente, por motivos atribuíveis à pessoa do outro cônjuge.[350]

Segundo o doutrinador alemão Alexander Lüderitz, em obra atualizada pela professora da Universidade de Bonn, Nina Dothloff, o casamento na Alemanha só

pode ser dissolvido por decisão judicial, a pedido de um ou ambos os cônjuges, e o único motivo alegado para o divórcio é o fracasso do casamento.[351]

Tanto o divórcio consensual quanto o litigioso poderão ser pleiteados após um ano de separação de fato, e para o divórcio litigioso é necessário a anuência do réu para tal redução temporal. Do contrário, por ser litigioso, as partes teriam que esperar um lapso temporal de 3 anos. Essa é a redação do § 1.566:[352]

> [Presunção do fracasso] (1) O casamento será considerado irrefutavelmente fracassado se os cônjuges viverem separados há um ano e se ambos os cônjuges requererem o divórcio ou o requerido consentir com o divórcio. (2) O casamento será considerado irrefutavelmente fracassado se os cônjuges viverem separados há três anos.[353]

A imposição de prazos é ainda resquício da intervenção estatal nas relações interprivadas. Ela causa desgaste e angústia desnecessários aos requerentes. Neste sentido é a acertada reforma constitucional brasileira que possibilitou o divórcio direto sem imposição de prazos para dissolução da sociedade conjugal.

O § 1.567[354] prescreve que a separação de fato poderá se dar no mesmo lar:

> [Pessoa que vive separada] (1) Os cônjuges vivem separados se não houver comunidade doméstica entre eles e um dos cônjuges não quiser restabelecer essa comunidade porque recusa a vida em comum de casamento. *A comunidade doméstica também não existe mais se os cônjuges viverem separados dentro do lar matrimonial.* (2) A vida em comum por período reduzido, para reconciliação dos cônjuges, não interrompe ou prejudica os prazos previstos no § 1.566. (Grifo nosso.)[355]

O § 1.568[356] do diploma alemão prevê a chamada “cláusula de dureza” que, por sua vez, proíbe o divórcio se a manutenção do casamento for excepcionalmente necessária para os filhos e até mesmo para o outro cônjuge. Incompreensível tal dispositivo. A separação/divórcio, por mais difícil e sofrida(o) que seja, significa, na maioria das vezes, um ato de responsabilidade com a própria saúde e a dos filhos. Não faz nenhum sentido manter o casamento de aparência; isso, certamente, é o que faz mal e prejudica a saúde física e mental de todas as pessoas ali envolvidas.

8.5. **França**

O Código Civil napoleônico de 1804 já previa o divórcio. Entretanto, teve brevidade na sua duração. Uma lei francesa de 08.05.1816, por interesses religiosos, revogou o divórcio, que foi restaurado somente em 27.07.1884. A Lei n. 2004-439, de 26.05.2004, que entrou em vigor em 01.01.2005, reformulou toda a matéria. Thierry Gare, professor da Universidade de Toulon, esclarece:

> A lei nova visa acelerar os procedimentos de divórcio. Várias inovações respondem a esse objetivo..., mas as duas inovações mais marcantes concernem à existência de uma audiência única no divórcio por consentimento mútuo e à elaboração de um tronco comum procedimental nos divórcios contenciosos.[357]

Os avanços legislativos franceses vão em direção à dissolução do vínculo conjugal com maior simplicidade, preservando os princípios da celeridade, economia processual e eficiência, evitando-se desgastantes litígios. A Lei francesa n. 2004-439, de 26.05.2004, em seu artigo 229, consolidou o princípio da ruptura do casamento e alteração definitiva do laço conjugal:

> *Le divorce peut être prononcé en cas:*
> *– soit de consentement mutuel;*
> *– soit d'acceptation du principe de la rupture du mariage;*
> *– soit d'altération définitive du lien conjugal;*
> *– soit de faute.*[358]

A legislação francesa previu hipótese de divórcio quer seja por um ou por ambos os cônjuges, quando há a admissibilidade do princípio da repartição do casamento independente de causa.

> *Article 233. Le divorce peut être demandé par l'un ou l'autre des époux ou par les deux lorsqu'ils acceptent le principe de la rupture du mariage sans considération des faits à l'origine de celle-ci. Cette acceptation n'est pas susceptible de rétractation, même par la voie de l'appel.*[359]

Vê-se aí a diminuição da intervenção estatal, coerente com a evolução social em situações de rompimento do vínculo conjugal, embora os franceses ainda mantenham em seu Código Civil os artigos 242 a 245[360] que se referem a divórcio por grave violação de um dos cônjuges, tal como era no ordenamento jurídico brasileiro antes da EC 66/2010. Uma das similitudes com nossa

legislação é a possibilidade de o magistrado rejeitar o acordo que não preserve interesses dos filhos ou prejudique o outro cônjuge.

O Direito francês adotou o sistema dual de dissolução do vínculo conjugal tal como vigorou em muitos países ocidentais por muito tempo, inclusive no Brasil, até o advento da EC 66/2010, isto é, coexistiram separação judicial e divórcio. Os procedimentos adotados são os mesmos, tanto na separação quanto no divórcio.

8.6. **Argentina**

O princípio da indissolubilidade do vínculo conjugal na Argentina só foi rompido com a Lei n. 23.515/87, que alterou diversos artigos sobre o casamento e instalou, finalmente, o divórcio vincular. Os princípios da autonomia da vontade e da menor intervenção estatal na vida privada ainda não tinham força naquele país, inclusive por influência e interferências do Direito Canônico, especialmente no que tocava à dissolução do vínculo conjugal pelo divórcio. O que se admitia era o divórcio relativo,[361] cuja denominação era separação pessoal ou separação de corpos.

Tentativas legislativas para inserção do divórcio no ordenamento jurídico argentino, antes de 1987, restaram-se frustradas. Como bem observou Yussef Said Cahali,[362] a Lei n. 14.394/1954 havia implantado o divórcio vincular naquele país. Entretanto, o Decreto-Lei n. 4.070, de 01.03.1956, suspendeu aquela lei, certamente por razões de ordem religiosa.

As experiências dos países da América do Sul caracterizaram por muitas décadas um forte autoritarismo estatal que corrompia os ideais de democracia e de autonomia da vontade. O total desrespeito aos direitos e às garantias individuais e a forte influência estatal na vida privada dos cidadãos quase sempre estiveram associados ao comando religioso: “O que Deus uniu o homem não separa”, ou, melhor, “o que Deus uniu o Estado não separa”.

Assim, com o advento da Lei n. 23.515/87, o Código Civil argentino[363] recepcionou, ou, melhor, revigorou o divórcio, mantendo o sistema dual de separação judicial e divórcio, mas sem que a separação seja obrigatória. Em outras palavras, se um dos cônjuges pede separação e o outro divórcio, ficará declarado o divórcio. A separação pode ser litigiosa ou consensual, sendo que aquela poderá ou não discutir a culpa (artigo 202).[364] Na separação consensual há uma delimitação do prazo de dois anos (artigo 205) para que seja pleiteada em juízo. O artigo 216 do diploma civil argentino prevê o divórcio direto

consensual/litigioso ou por conversão. O artigo 238 impôs prazo para a conversão em divórcio de três anos.

Em 22.07.10 a Lei n. 26.618 alterou o Código Civil argentino para autorizar o casamento entre pessoas do mesmo sexo:

> Art. 172. Es indispensable para la existencia del matrimonio el pleno y libre consentimiento expresado personalmente por ambos contrayentes ante la autoridad competente para celebrarlo.
> El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo.
> El acto que careciere de alguno de estos requisitos no producirá efectos civiles aunque las partes hubieran obrado de buena fe, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente. (Artículo sustituido por art. 2º de la Ley n. 26.618 B.O. 22/7/2010).

Obviamente as regras para dissolução do vínculo conjugal são as mesmas da relação heterossexual.

Tendo em vista o superior interesse da criança em casos de dissolução do vínculo conjugal, o artigo 206, já com as alterações da lei n. 26.618/2010 previu:

> Art. 206. Separados por sentecia firme, cada uno de los cónyuges podrá fijar libremente su domicilio o residencia. si tuviese hijos de ambos a su cargo, se aplicarán las disposiciones relativas al régimen de patria potestad.
> Los hijos menores de CINCO (5) años quedarán a cargo de la madre, salvo causas graves que afecten el interés del menor. En casos de matrimonios constituidos por ambos cónyuges del mismo sexo, a falta de acuerdo, el juez resolverá teniendo en cuenta el interés del menor. Los mayores de esa edad, a falta de acuerdo de los cónyuges, quedarán a cargo de aquel a quien el juez considere más idóneo. Los progenitores continuarán sujetos a todas las cargas y obligaciones respecto de sus hijos. (Artículo sustituido por art. 4º de la ley n. 26.618 B.O. 22/7/2010).



324 DAVID, René. *Os grandes sistemas de direito contemporâneo*. Trad. Hermínio A. Carvalho, São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.12.

325 DUARTE, Jorge Pinheiro, *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. In: A nova Lei do Divórcio Portuguesa (Lei n. 61/2008, de 31 de outubro), vol. 8º, Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, p. 83 a 91, fev./mar. 2009.

326 DUARTE, Jorge Pinheiro. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. In: A nova Lei do Divórcio Portuguesa (Lei n. 61/2008, de 31 de outubro), vol. 8º, outubro/novembro 2009, Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, p. 88.

327 *Artículo 81. Se decretará judicialmente la separación, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio:*

1º A petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. A la demanda se acompañará una propuesta de convenio regulador redactada conforme al artículo 90 de este Código.

2º A petición de uno solo de los cónyuges, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. No será preciso el transcurso de este plazo para la interposición de la demanda, cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio.

A la demanda se acompañará propuesta fundada de las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación.

328 *La reforma que se acomete pretende que la libertad, como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico, tenga su más adecuado reflejo en el matrimonio. El reconocimiento por la Constitución de esta institución jurídica posee una innegable trascendencia, en tanto que contribuye al orden político y la paz social, y es cauce a través del cual los ciudadanos pueden desarrollar su personalidad.*

En coherencia con esta razón, el artículo 32 de la Constitución configura el derecho a contraer matrimonio según los valores y principios constitucionales. De acuerdo con ellos, esta ley persigue ampliar el ámbito de libertad de los cónyuges en lo relativo al ejercicio de La facultad de solicitar la disolución de la relación matrimonia. (...) En este último sentido, se pretende evitar la situación actual que, en muchos casos, conlleva un doble procedimiento, para lo cual se admite la disolución del matrimonio por divorcio sin necesidad de la previa separación de hecho o judicial, con un importante ahorro de coste a las partes, tanto económico como, sobre todo, personales.

329 LASARTE, Carlos. “Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil Brasileiro: IV Congresso Brasileiro de Direito de Família”. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *A pensão derivada da separação ou do divórcio na experiência espanhola*, Belo Horizonte: IBDFAM, Del Rey, 2004, p. 95.

330 LASARTE, *idem*, p. 98.

331 Trad. livre: Para reduzir as consequências da separação e do divórcio por todos os membros da família, manter comunicação e diálogo, e, nomeadamente, assegurar a proteção dos melhores interesses da criança, estabelece-se mediação como uma alternativa voluntária de resolução dos litígios familiares através de mútuo acordo com a intervenção de um mediador, imparcial e neutro.

332 Trad. livre: No antigo modelo de separação-sanção, a culpa do cônjuge não pode ser justificada a partir da prole. Nos termos da Lei n. 30/1981, de 7 de julho, de tão incompreensível objetivamente, tem desenvolvido uma prática coerente com o modelo simples, o que impediu fisicamente em muitos casos, após a separação

ou o divórcio, as crianças continuam a ter um relacionamento fluido com ambos os pais. A consequência desta prática tem sido que as crianças sofrem desnecessariamente um prejuízo que pode ser evitado.

333 Art. 44 do Código Civil espanhol – *De los requisitos del matrimonio*

Artículo 44. El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código.

El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo.

El segundo párrafo ha sido añadido por la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio (BOE núm. 157, de 02-07-2005, p. 23632-23634).

El Tribunal Constitucional ha admitido a trámite, mediante providencia de 25 de octubre de 2005, el recurso de inconstitucionalidad núm. 6864-2005, promovido por más de cincuenta Diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso de los Diputados contra la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio (BOE n. 273, de 15.11.2005, p. 37.313).

Trad. Livre: Requisitos de Casamento

Artigo 44. Homens e mulheres têm direito a se casar conforme as disposições deste Código. O casamento terá os mesmos requisitos e efeitos quando ambos os contraentes são do mesmo ou diferentes sexos. [O segundo parágrafo foi acrescentado pela Lei n. 13/2005 de 1 de julho, alterando o Código Civil sobre o direito de casar (BOE n. 157, de 02.07.2005, p. 23.632-23.634). [O Tribunal Constitucional declarou admissível, por despacho de 25 de outubro de 2005, a reclamação constitucional n. 6864-2005, patrocinada por mais de cinquenta Deputados do Grupo Parlamentar do Congresso dos Deputados contra a Lei n. 13/2005 de 1 de julho, alterando o Código Civil sobre o direito de casar (BOE n. 273, de 15.11.2005, p. 37.313).

334 Codice civile. Corredati di richiami e di note di coordinamento a cura di Santo Ferrari, Roberto e Giorgio Ferrari, Editore Ulrico Hoelpli: Milano, 2002.

335 Trad. livre: Art. 150: Separação pessoal – É permitida a separação dos cônjuges. A separação pode ser judicial ou consensual. O direito de requerer a separação judicial ou a homologação da separação consensual cabe, exclusivamente, aos cônjuges.

336 Art. 151. Separação Judicial – A separação pode ser pedida quando se verificar, mesmo independente da vontade de um ou de ambos os cônjuges, fatos que tornem insuportável o prosseguimento da convivência ou que possam causar danos graves à educação dos filhos.

O juiz, pronunciando a separação, declara que, no caso de ocorrer novamente os mesmos fatos, seja imputada a separação em consideração ao comportamento contrário aos deveres do matrimônio.

337 Trad. livre: Art. 158. Separação consensual – A separação somente com o acordo dos cônjuges não tem efeito sem a homologação do Juiz (Código de Processo Civil 710-711). Quando o acordo dos cônjuges, relativo à guarda e manutenção dos filhos, é contrário aos interesses destes, o juiz reconvoca os cônjuges mostrando a eles as modificações a serem adotadas em relação aos interesses dos filhos e, no caso de uma solução inadequada, pode rejeitar a homologação do Estado.

338 TEPEDINO, Gustavo. “Repensando o Direito de Família”. In: *O papel da culpa na separação e no divórcio*. Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família, IBDFAM: Belo Horizonte, 1999, p. 191-206.

339 Art. 3º da Lei n. 898/1970, 2) b – *In tutti i predetti casi, per la proposizione della domanda di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio, le separazioni devono essersi protratte, ininterrottamente da almeno tre anni a far tempo dalla avvenuta comparizione dei coniugi innanzi al presidente del tribunale nella procedura di separazione personale anche quando il giudizio contenzioso si sai transformato in consensuale. L’eventuale interruzione della separazione deve essere eccepita dalla dalla parte convenuta.*

Trad. livre: Em todos os casos citados anteriormente, pela apresentação do pedido de dissolução ou

cessação dos efeitos civis do casamento, as separações devem ser prolongadas, ininterruptamente por, pelo menos, três anos da época do comparecimento dos cônjuges diante do presidente do tribunal no processo de separação, mesmo quando o juízo contencioso se transforma em consensual. A eventual interrupção da separação deve ser pleiteada pela parte intimada.

340 O texto suprimido pela Lei n. 74 de 1987: (*Quando vi sia opposizione del coniuge convenuto il termine di cui sopra è elevato: ad anni sette, nel cão di separazione pronunciatta per colpa esclusiva dell' attore; ad anni sei, nel caso di separazione consensuale omologata in data anteriore all' entrata in vigore della presente legge o di separazione di fatto) Le parole tra parentesi sono state soppresse dall'art. 6 della L. 6*, 6 mar 1987, n. 74.

Trad. livre: O texto suprimido pela Lei n. 74 de 1987: (Quando houver oposição do cônjuge intimado, o prazo acima referido é elevado: sete anos de separação no caso de separação decretada por culpa exclusiva do ator; por seis anos, em caso de separação consensual homologada em data anterior à entrada em vigor da presente lei ou da separação de fato). As palavras entre parênteses foram removidas do art. 6 de L. 6, março 6, 1987, n. 74.

341 Art. 3º da Lei n. 898/1970, 1.

342 Art. 3º da Lei n. 898/1970, 1) a.

343 Art. 3º da Lei n. 898/1970, 1) b.

344 Art. 3º da Lei n. 898/1970, 1) c.

345 Art. 3º da Lei n. 898/1970, 2) a 2) *nei casi in cui:*

a) I'Altro coniuge è stato assolto per vizio totale di mente da uno dei delitti previsti nelle lettere b) e c) del numero 1) del presente articolo, quando il giudice competente a pronunciar elo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio accerta I' inidoneità del convenuto a mantenere o riconstituire la convivenza familiare.

Trad. livre: O outro cônjuge foi considerado absolvido por alterações mentais por um dos crimes previstos nas alíneas b) e c) do número 1) do presente artigo, quando o juiz competente pela dissolução ou cessação dos efeitos civis do casamento determina a incapacidade do réu de manter ou reconstituir a convivência da vida familiar.

346 *La lettera g è stata aggiunta dall'art. 7 della L. 6 mar. 1987, n. 74*. Trad. livre: Passada em julgado a sentença de retificação de atribuições do sexo nos termos da L. 14 de abril de 1982, n. 164.

347 CARVALHO NETO, Inácio de. *Separação e divórcio: teoria e prática*, 9. ed., Curitiba: Juruá, 2008, p. 52.

348 BEITZKE, Günther. "Les causes de divorce dans le nouveau droit allemand". In: *Le nouveau droit du divorce em Allemagne et en France*, Paris: Générale de Droit et de Jurisprudence, 1979, p. 36, *apud* CARVALHO NETO, Inácio de. *Separação e divórcio: teoria e prática*, 9. ed., Curitiba: Juruá, 2008, p. 52.

349 SCHLÜTER, Wilfried. *Código Civil Alemão: Direito de Família*. Tradução de Elisete Antoniuk, M. jur. Comp. na Universidade de Bonn, Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 2002.

350 *Texto original: § 1.565 [Zerrüttungsprinzip; Mindesttrennungsdauer] (1) Eine Ehe kann geschieden werden, wenn sie gescheitert ist. Die Ehe ist gescheitert, wenn die Lebensgemeinschaft der Ehegatten nicht mehr besteht und nicht erwartet warden kann, dass die Ehegatten sie wiederherstellen. (2) Leben die Ehegatten noch nicht ein Jahr getrennt, so kann die Ehe nur geschieden werden, wenn die Fortsetzung der Ehe für den Antragsteller aus Gründen, die in der Person des anderen Ehegatten liegen, eine unzumutbare Härte darstellen würde.*

351 LÜDERITZ, Alexander, DETHOFF, Nina. Familienrecht, München: Verlag C. H. Beck, 2007, p. 362.

352 No original: *§ 1566 [Zerrüttungsvermutungen] Vermutung für das Scheitern (1) Es wird unwiderlegbar vermutet, dass die Ehe gescheitert ist, wenn die Ehegatten seit einem Jahr getrennt leben und beide Ehegatten die Scheidung beantragen oder der Antragsgegner der Scheidung zustimmt. (2) Es wird unwiderlegbar vermutet, dass die Ehe gescheitert ist, wenn die Ehegatten seit drei Jahren getrennt leben.*

353 SCHLÜTER, Wilfried. *Código Civil Alemão: Direito de Família*. Tradução de Elisete Antoniuk, M. jur. Comp. na Universidade de Bonn. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 2002.

354 No original: *§ 1567 [Getrenntleben] (1) Die Ehegatten leben getrennt, wenn zwischen ihnen keine häusliche Gemeinschaft besteht und ein Ehegatte sie erkennbar nicht herstellen will, weil er die eheliche Lebensgemeinschaft ablehnt. Die häusliche Gemeinschaft besteht auch dann nicht mehr, wenn die Ehegatten innerhalb der ehelichen Wohnung getrennt leben. (2) Ein Zusammenleben über kürzere Zeit, das der Versöhnung der Ehegatten dienen soll, unterbricht oder hemmt die in § 1566 bestimmten Fristen nicht.*

355 SCHLÜTER, Wilfried. *Código Civil Alemão: Direito de Família*. Tradução de Elisete Antoniuk, M. jur. Comp. na Universidade de Bonn. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 2002.

356 § 1.568 [Cláusula de dureza] (1) O casamento não deverá ser dissolvido, apesar de ter fracassado, se e enquanto a manutenção do casamento for excepcionalmente necessária por motivos especiais, no interesse dos filhos menores oriundos do casamento, ou se e enquanto o divórcio representar, com base em circunstâncias excepcionais, uma penúria tão grande para o requerido que o recusa, de modo que a manutenção do casamento pareça ser excepcionalmente conveniente, mesmo considerando os interesses do requerente. (2) Revogado.

357 GARÉ, Thierry. "Présentation de la reforme". In: *La reforme du divorce par la loi du 26 mai 2004: pacification et simplification?* Marseille: Presses Univeritaires, 2005, p. 21 *apud* CARVALHO NETO, Inácio de. *Separação e divórcio: teoria e prática*, 9. ed., Curitiba: Juruá, 2008, p. 57.

358 Trad. livre: Artigo 229. O divórcio pode ser concedido:
– por mútuo consentimento;
– aceitação do princípio da ruptura do casamento;
– alteração definitiva do vínculo conjugal;
– culpa.

359 Tradução livre: Artigo 233. O divórcio pode ser requerido por qualquer dos cônjuges ou ambos, quando aceitar o princípio da ruptura do casamento, independentemente dos fatos. Essa aceitação não é suscetível de retratação nem mesmo através do recurso.

360 *Article 242. Le divorce peut être demandé par l'un des époux lorsque des faits constitutifs d'une violation grave ou renouvelée des devoirs et obligations du mariage sont imputables à son conjoint et rendent intolérable le maintien de la vie commune.*

Tradução livre: O divórcio pode ser pedido por um dos cônjuges. O divórcio pode ser requerido por qualquer dos cônjuges quando os fatos que constituam uma violação grave ou reiterada dos deveres e obrigações do casamento são atribuíveis ao cônjuge e tornar insuportável a convivência contínua.

361 LAGOMARSINO, Carlos e URIARTE, Jorge. *Separación personal y divorcio*, 2. ed., Buenos Aires: Universidad, 1997, p. 73. "Ao momento de assumir as novas autoridades constitucionais em dezembro de 1983, a única forma de divórcio admitida pelo direito positivo argentino era o divórcio relativo, denominado também separação pessoal ou separação de corpos. A espécie do divórcio vincular ou absoluto recebida pela Lei n. 14.394 se encontrava derrogada ou suspendida *sine die*, segundo fosse a tese adotada na interpretação do art. 1º do Dec.-Lei 4.070/56. Dali em diante, durante cerca de trinta anos, havia-se negado ao tema um tratamento legislativo não obstante haver-se elaborado diversos projetos de lei de divórcio e de derrogação do Dec.-Lei n. 4.070/56 (...). *apud* CARVALHO NETO, Inácio de. *Separação e divórcio: teoria e prática*. 9. ed., Curitiba: Juruá, 2008, p. 46.

362 CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e Separação*, 10. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 30.

363 *Art. 202. Son causas de separación personal:*

1ro. El adulterio;

2do. La tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro o de los hijos, sean o no comunes, ya como autor principal, cómplice o instigador;

3ro. La instigación de uno de los cónyuges al otro a cometer delitos;

4to. Las injurias graves. Para su apreciación el juez tomará en consideración la educación, posición social y demás circunstancias de hecho que puedan presentarse;

5to. El abandono voluntario y malicioso.

Art. 205. Transcurridos dos años del matrimonio, los cónyuges, en presentación conjunta, podrán manifestar al juez competente que existen causas graves que hacen moralmente imposible la vida en común y pedir su separación personal conforme a lo dispuesto en el artículo 236.

Cap. X – De los efectos de la separación personal

Art. 216. El divorcio vincular podrá decretarse por conversión de la sentencia firme de separación personal, en los plazos y formas establecidos en el artículo 238.

Cap. XIII

Art. 238. Transcurrido un año de la sentencia firme de separación personal, ambos cónyuges podrán solicitar su conversión en divorcio vincular en los casos de los artículos 202, 204 y 205. Transcurridos tres años de la sentencia firme de separación personal, cualquiera de los cónyuges podrá solicitar su conversión en divorcio vincular en las hipótesis de los artículos 202, 203, 204 y 205.

364 Trad. livre: Art. 202. São motivos pessoais para a separação:

1º Adultério;

2º A tentativa de um dos cônjuges contra a vida do outro ou filhos, ou não comum, e como principal, cúmplice ou instigador;

3º Instigação de um cônjuge ao outro para cometer crimes;

4º Feridos graves. A fim de avaliar, o juiz levará em conta a instrução, posição social e outras circunstâncias factuais que possam surgir;

5º A saída voluntária e maliciosa.

Artigo 205. Após dois anos de casamento, os cônjuges em uma apresentação conjunta ao juiz competente pode indicar que há razões sérias para fazer moralmente impossível viver em conjunto e procuram a sua separação pessoal, tal como previsto no artigo 236.

Cap. X – Dos efeitos pessoais da separação

Art. 216. O divórcio pode ser condenado por converter o decreto de separação de pessoas, dentro dos prazos e formas previstas no artigo 238.

Cap. XIII

Art. 238. Um ano após o decreto de separação de pessoas, ambos os cônjuges podem solicitar a conversão em divórcio em casos para os artigos 202, 204 e 205. Após três anos do decreto de separação pessoal dos cônjuges, pode requerer a conversão em divórcio na hipótese de ligação entre os artigos 202, 203, 204 e 205.

9.

O PROCESSO JUDICIAL DE DIVÓRCIO

Processo é o procedimento em contraditório, por exigência constitucional, através da ampla defesa isonômica. Metaforicamente, para o Direito de Família, é um caminho percorrido e a percorrer, no qual as partes vão depositando suas angústias, insatisfações, frustrações, enfim os restos do amor e também a sensação de que foi enganado, para que o Judiciário retifique e repare o erro do outro e diga quem tem razão no fim do casamento. Do ponto de vista jurídico, é o meio através do qual as partes materializam a busca de seus direitos e trazem para o mundo dos autos a sua versão sobre os fatos. Ali, cada um acredita estar dizendo a verdade e tem ângulos de visões diferentes sobre o fim do amor e do relacionamento. Por isso as versões se tornam "a-versões", e se instala o litígio, materializando assim uma realidade subjetiva, transformando-a em objetividade e instrumentalização jurídico-processual.

As partes sempre dizem que só querem os seus direitos, mas têm sempre o sentimento de que foram lesadas e que estão perdendo algo. O processo é utilizado, muitas vezes inconscientemente, como instrumento de reparação de perdas que se traduzem e aparecem em forma de reivindicação de guarda de filhos, pensão alimentícia etc. Na verdade o que se perdeu, e o que ficou para trás, é o sonho, a estrutura conjugal, que serve, inclusive, para tamponar a falta e o desamparo estrutural do ser humano.

O processo judicial em Direito de Família visto pelo ângulo e compreensão da subjetividade quebra a máxima jurídica: "o que não está nos autos não está no mundo", para repensá-la que o que está no mundo não está nos autos, ou seja, a realidade que move as pessoas a litigarem nem sempre é aquela que aparece nos autos. O que faz com que se instalem longos e tenebrosos processos judiciais, em que se denigre e degrada a imagem do outro, não são apenas as razões objetivas que estão nos autos. Portanto, o que não está nos autos, mas está no mundo da subjetividade, é igualmente determinante para o deslinde do processo, pois direta ou indiretamente interfere na objetividade do processo judicial. Em outras palavras:

> (...) É como se ali se projetasse um estacionamento de emoções, à porta de um inferno e também à beira de um convento. É que precisamos de uma ponte, de uma travessia para dizer o que, a rigor, dito já estava. Ao mesmo tempo baixa e sublime é essa travessia (...). O processo, enfim, nesse contexto, se reduz a um istmo artificial entre as formas e o desejo, entre as planícies humanas e os rochedos do ódio, do desamor e da indiferença. É uma geografia cujo mapa constitui um permanente desafio para não sucumbir no embate entre o sublime e a barbárie.[365]

A alteração do parágrafo 6º do art. 226 da Constituição Federal veio para facilitar, simplificar e com o objetivo de diminuir a litigiosidade na dissolução do vínculo conjugal, repercutindo, inclusive, nos aspectos processuais e procedimentais, com maior rapidez e efetividade na aplicação do direito material para a entrega da prestação jurisdicional. Afinal, o princípio da celeridade,[366] recepcionado pela ordem constitucional com o advento da EC n. 45/2004, não deve ser visto somente como exortação moral, mas sim como objetivo a ser perseguido e alcançado para tutelar os interesses do Estado Democrático de Direito.[367] Por se tratar de direitos e garantias fundamentais, a brevidade da prestação jurisdicional,[368] sem prejuízo do contraditório, é medida que se impõe com aplicabilidade imediata,[369] conforme o comando maior da Carta Magna.

As reflexões trazidas neste capítulo sobre processo e procedimento no divórcio não têm a pretensão de esgotar e elucidar todas as questões técnico-processuais, até porque isso já vem sendo feito pelos processualistas brasileiros, e não é o objetivo central deste livro. O que se pretende aqui é tão somente registrar e transcrever um pouco além da teoria, isto é, imprimir alguns elementos da prática e do cotidiano forense para os divórcios, consensuais (procedimento) ou litigiosos (processo).

9.1. **Divórcio Judicial Consensual**

O rito procedimental do novo divórcio consensual é o mesmo das normas de jurisdição voluntária, ordenado no Código de Processo Civil em seus artigos 1.120 a 1.124, por força do § 2º do art. 40 da Lei n. 6.515, de 1977, excluindo-se os incisos I (que trata da comprovação da separação de fato) e parte do III, sobre a produção de prova testemunhal, uma vez que não há mais a discussão de culpa ou do lapso temporal. Apesar do artigo 1.122 do CPC, entendemos desnecessária

a audiência de ratificação, e participação do Ministério Público, inexistindo menores e incapazes, a exemplo dos comandos da Lei n. 11.441/07.

Além da possibilidade de reconciliação, a audiência de ratificação do divórcio, existindo menores ou incapazes, com a presença do Juiz e do Ministério Público, não significa um atraso no procedimento, mas sim uma forma de materializar e dar concretude e efetividade ao fim do casamento. Para as partes este ritual é importante, evita as banalizações e tem também um sentido simbólico e psíquico. É o momento em que o sujeito passa de uma borda à outra, isto é, cumpre o rito processual, que, neste caso, funciona também como um importante "ritual de passagem".

Aqueles que desejarem somente separar, em vez de divorciar, poderão valer-se do procedimento de jurisdição voluntária para estabelecerem a separação de corpos judicial, apenas não alterando o estado civil.

9.2. **Divórcio Judicial Litigioso**

O divórcio judicial litigioso segue o procedimento ordinário, de acordo com o comando do § 3º do art. 40 da Lei n. 6.515, de 1977. Na demanda litigiosa, com o advento da EC n. 66/2010 não é mais necessária a discussão de culpa e culpados. Portanto, havendo tão somente o pedido de dissolução do vínculo conjugal, cabe ao réu, em sua contestação, apenas confirmar o pedido do autor, desde que não haja algum impedimento para responder à ação, por exemplo, uma incapacidade mental que dependerá de curador, sob pena de responder pelas custas processuais em face da resistência procrastinatória.

O magistrado, recebendo a petição da ação de divórcio litigioso, sem cumulação de pedidos, deve determinar a citação do réu ao processo, para confirmar o pedido de divórcio ou contestar o motivo da impossibilidade de efetivação do ato.[370] Não é passível a discussão acerca da negativa do divórcio por questões fáticas. A Emenda Constitucional n. 66/2010 eliminou a possibilidade de processamento e julgamento de fatos que causaram o fim do casamento. Nenhuma das partes precisa mais abrir sua intimidade ao Estado ou esperar um ou dois anos para requerer o divórcio. As possibilidades procrastinatórias eram tantas que serviam de uso para castigar aquele que pediu o fim da relação. O novo texto constitucional, portanto, trouxe simplificação ao direito processual.

Não há mais a tarefa judicial de acolher ou rejeitar o mérito, uma vez que a Constituição não estabelece nenhuma condição para pedir o divórcio. O

magistrado está exonerado de apontar quem está com a razão; afinal, nenhum interesse público há nisso, e o réu tem pleno direito de reconhecer o pedido do autor, livrando-se assim do pagamento de possível sucumbência.

A resistência do réu será mais de ordem processual, se ausentes os pressupostos de desenvolvimento válido e regular do processo ou as condições de ação,[371] apontando irregularidades da relação de constituição do procedimento. São as ditas "defesas processuais",[372] que trazem consigo a possibilidade de postergar o processo até a regularização do feito em hipótese de sua extinção, em face de tamanha irregularidade formal apresentada na petição inicial, por exemplo, o pedido de divórcio em uma relação de união estável.

Através do processo as partes materializam suas vontades nos limites da lei por meio da uniformização dos atos e do procedimento em contraditório. Com o fim da discussão da culpa, e como já dito, não há mais a possibilidade de resistência da ação do pedido nas questões meritórias, mas tão somente a confirmação do pedido ou das defesas formais processuais, como conclui Luiz Fux:

> O réu, assumindo postura defensiva, pode dirigir a sua manifestação contra a validade ou a existência da relação material, ou se limitar a arguir defeitos formais que inviabilizem a continuação do processo, haja vista que, mesmo nessa forma indireta de defesa, a inutilização da relação processual é proveitosa para o demandado, uma vez que impede a análise do pedido do autor.[373]

A necessidade do processo como procedimento em contraditório, e da formação do polo triangular da ação (autor/juiz/réu), além de legitimar e gerar os efeitos da sentença, tem como objetivo verificar a regularidade formal do procedimento, tal como a confirmação do casamento com a apresentação da certidão, capacidade civil etc.

O novo texto constitucional nasceu, inclusive, da necessidade de não se alongar questões que não levariam à melhor solução do conflito. A espera de um lapso temporal e a declaração de culpa não são fatores que cumprem o papel pacificador das situações levadas da Justiça. Assim, seguindo a mesma esteira constitucional, o rito procedimental processual para o alcance do divórcio não pode ser usado para paralisar a essência da lei e evitar a solução do caso com o alcance da prestação jurisdicional, que é a concessão do divórcio de forma simplificada e em virtude de um dos cônjuges não mais desejar o vínculo

conjugal.

No rito ordinário, dentro dos estreitos limites do desenvolvimento dos fatos processuais, a sua sistemática deve afastar a dilação de prazos desnecessários para convalidação da dissolução do vínculo conjugal pelo divórcio. Além dessa assertiva, o seu procedimento impossibilita a discussão da culpa por ser incompatível pela hierarquia das normas constitucionais, sob pena de litigância de má-fé[374] nos moldes do art. 17 do CPC, pois não é mais permitido discutir a razão do pedido de divórcio.

9.2.1. Revelia

Na ação de divórcio litigioso, os efeitos da revelia serão os mesmos apontados nos artigos 319 e seguintes do Código de Processo Civil. Mas a revelia[375] não significa que o autor obterá a concessão do divórcio mais facilmente, como nos lembra Rolf Madaleno:

> ...nem a revelia induz ao julgamento antecipado a lide, como geral autoriza o artigo 330 do CPC, por se tratar de divórcio judicial de direito indisponível (art. 320, II, do CPC) e por isso prescindir da adequada instrução processual, sendo nomeado um curador especial ao réu revel (...)[376]

Entretanto, com a evolução da lei e os anseios da sociedade pela rápida solução da demanda, é necessário passarmos a admitir a antecipação do julgamento da lide, caso não haja contestação, eis que a ausência da defesa também é concordância implícita da parte ré com o pedido. Se ao final do processamento do feito chegar-se-á à mesma conclusão, ou seja, decretar-se-á o divórcio pela ausência do réu no processo, qual a utilidade de se postergar e arrastar tal feito, se já se sabe a resposta e o resultado final, que necessariamente será a decretação do divórcio? O processo e procedimento não podem ser um fim em si mesmos, mas tão somente um meio para se atingir a finalidade. Pensar e proceder diferentemente desta assertiva significam desvirtuar a essência e a razão de existir das normas processuais.

9.2.2. Reconvenção

Para que haja reconvenção é preciso que a pretensão seja conexa com a ação principal,[377] conforme dispõe o artigo 315.[378] Entretanto, se o pedido do autor

é apenas a concessão do divórcio, assim como a pretensão do reconvinte/réu, estamos diante do reconhecimento do réu quanto ao pedido do autor. Neste caso não há interesse de agir para o reconvinte no divórcio, em questões relativas ao mérito do fim da relação conjugal. Basta que ele concorde com o pedido, e, não havendo resistência, não haverá ônus sucumbenciais.

A reconvenção pode, eventualmente, ser um instrumento salvador do divórcio quando a petição inicial apresentar-se formalmente irregular e a peça reconvinte for válida. O juiz pode extinguir o pedido do autor e dar procedência à reconvenção concedendo o divórcio a pedido do réu, uma vez que é um procedimento autônomo dentro da mesma ação.

> Assim, se o demandado pode obter o que pretende com a própria defesa, não se faz necessária a reconvenção, desaparecendo, então, o interesse de agir através desse instrumento processual (...).[379]

É possível, entretanto, a reconvenção quando houver a cumulação de pedidos conexos entre o autor e o réu, por exemplo, se o reconvinte quiser partilhar bens, fixar alimentos e regulamentar a guarda de filhos. Na verdade, a conexão exigida pelo Direito Processual é com relação à causa remota, que, na ação do divórcio, é o casamento, como bem esclarece os processualistas Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery:[380]

> A reconvenção é um modo de exercício do direito de ação, sob a forma de contra-ataque do réu contra o autor, dentro do processo já iniciado, ensejando processamento simultâneo com a ação principal (*simultaneus processus*), a fim de que o juiz resolva as duas ações na mesma sentença.

É comum haver a conexão dos pedidos e causa de pedir nos processos de família. Assim, torna-se possível haver a reconvenção no divórcio com pedidos diferentes do proposto pelo autor, desde que haja a conexão. Em que pese o artigo 318 do CPC,[381] o magistrado não está adstrito a julgar o pedido de divórcio apenas em conjunto com a reconvenção, uma vez que o artigo 468 do mesmo Código permite o julgamento parcial do processo: *A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas.*

9.2.3. Cumulação de pedidos dentro da ação de divórcio

É perfeitamente possível a cumulação de ações no processo de divórcio. Mas, na prática forense, muitas vezes, o melhor caminho é a propositura de ações separadas com a causa de pedir e o pedido específico para cada tipo de tutela jurisdicional. Em determinados casos, a cumulação de diversos pedidos em uma única ação pode gerar o atraso na solução de questões menos contraditórias, como o simples pedido de divórcio. Exemplo clássico é uma ação de divórcio cumulada com pedido de alimentos e guarda de menor. Nesse caso, o Juiz fatalmente transformaria o rito especial dos alimentos em ordinário, o que prejudicaria a parte alimentária, uma vez que a celeridade do rito alimentar é muito mais benéfica. Quanto ao pedido de divórcio, após a citação, pode ser requerida a antecipação parcial do julgamento, de acordo com o artigo 468[382] do CPC. Por fim, o pedido de guarda, se for urgente, deve ser requerido através de antecipação dos efeitos da lide. Como se vê, a mistura de diversos pedidos e ritos em um mesmo processo, dependendo da posição do juízo em que se pleiteia a tutela, pode causar uma confusão natural na solução do conflito e retardar a prestação jurisdicional.

Não se pode esquecer ainda que há possibilidade de surgimento dos recursos, como agravo de instrumento para a concessão de algum efeito suspensivo, o que abre uma possibilidade ainda maior para reter as demais questões do processo de origem. Na teoria, uma ação cumulada não poderia aguardar os efeitos de outra, mas a praxe forense demonstra exatamente o contrário. E todos os operadores do Direito são responsáveis por este "entrave" processual, sejam representantes do Ministério Público que não raramente opinam pelo julgamento conjunto dos pedidos cumulativos; magistrados que costumam adotar esta sugestão ministerial, e não menos culpados os advogados, que, na ânsia de defender os interesses do cliente, muitas vezes valem-se de artifícios processuais que impedem o desfecho da lide e a entrega da prestação jurisdicional no tempo desejável.

Um país com dimensões continentais como é o Brasil, repleto de costumes e hábitos próprios de cada região, é realmente difícil uniformizar uma prática forense mais célere, mas é importante que busquemos, de uma forma ou de outra, a habitualidade dos procedimentos da forma mais simples e menos demorada. Afinal, processo não é um fim em si mesmo, mas tão somente um meio, um instrumento para se atingir a finalidade, insista-se. É neste sentido que se deve compreender o significado de jurisdição que, nos dizeres da processualista Ada Pellegrini Grinover, é uma das funções do Estado, mediante a qual este se

substitui aos titulares dos interesses em conflito, para imparcialmente buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça.[383] Em síntese, além da finalidade atingida, é um instrumento de pacificação social. Essa, por sua vez, somente poderá ser alcançada com brevidade na prestação jurisdicional.

O artigo 292 do Código de Processo Civil[384] prevê a cumulação das ações, e o seu julgamento não precisa, necessariamente, ser na mesma sentença. O magistrado pode sentenciar cada pedido no momento em que a causa de pedir se mostrar atendida através dos elementos probatórios e processuais do momento. Os artigos 330[385] e 468 do CPC prescrevem a possibilidade de antecipar e fracionar os julgamentos, respeitadas cada particularidade, como muito bem leciona o processualista Luiz Fux:

> Importante observar, no fenômeno da cumulação, que o "mesmo processo" comporta as várias ações, não havendo correspondência quantitativa exata entre estas e o número de processos. Como consequência, o juiz pode julgar, na mesma sentença, várias ações cumuladas. Contudo, se assim não o fizer e, no curso do processo, repelir alguma delas prosseguindo quanto às demais, não se poderá afirmar que houve extinção do processo, porque o mesmo prossegue em relação às ações remanescentes.[386]

A exigência legal para a cumulação dos pedidos, no caso específico do divórcio, deve atender ao comando do artigo 292 do CPC, mas é preciso também que haja uma compatibilidade lógica para que não se burocratize ainda mais o processo. Caso haja uma incoerência explícita na cumulação de ações, o magistrado deve atender às tutelas permissivas postas no pedido inicial, e, após a apreciação, intimar o autor nos termos do artigo 284 do CPC para regularizar o feito. Havendo impossibilidade de cumprir a formalidade, o processo deve prosseguir no que puder ser aproveitado e extinto apenas na cumulação inválida.

9.3. **Tutelas de Urgência**

O processo de família, salvo raras exceções, é sempre urgente. Essa é uma premissa real do cotidiano forense. As relações de afeto quando transformadas em desafetos trazem consigo uma forte carga emocional, e com isso os problemas parecem muito maior do que realmente são. A angústia, o medo, o desamparo, a dilapidação patrimonial, a alienação parental, as violências física e psíquica são

questões atormentadoras para as partes, que muitas vezes as remetem a uma situação de vulnerabilidade e impotência perante a própria vida. O processo judicial se torna, então, a materialização desta realidade subjetiva. Estes fatores, somados a tantos outros, levam à necessidade de o Judiciário atuar de forma rápida e funcional.

O divórcio, em seu procedimento ordinário, admite as medidas de urgências para atender às tutelas cumulativas, como pedido de alimentos provisórios, regulamentação de guarda, convivência filial, arrolamento de bens, concessão da separação de corpos etc.

Não é permitida a concessão liminar do divórcio para dissolver o casamento, a não ser em casos de muita excepcionalidade, de irrefutável e expressa presença do *fumus boni iuris*, *periculum in mora* e da verossimilhaça das alegações. O direito indisponível do estado das pessoas não permite que haja uma antecipação dos efeitos do divórcio, por exemplo, casar-se provisoriamente enquanto não houver a sentença no procedimento. Mas, em algumas situações, é possível a postergação da indisponibilidade do direito para atender a uma solução que poderia ser irreversível sem a atuação do Estado-Juiz em caráter liminar. A tutela antecipada, ou imediata, está prevista no ordenamento jurídico brasileiro, dentro do espírito evolutivo de uma processualística mais célere perpetrando uma economia processual. Tais antecipações de tutela devem ser vistas também como uma adequação principiológica constitucional, como muito bem lembrado e delimitado por um dos mestres do moderno processo civil brasileiro, Luiz Fux:

> Toda análise da Constituição Federal é principiológica. A interpretação de toda e qualquer norma jurídica começa pela declaração fundamental dos direitos do Homem, passa pelas garantias fundamentais da Constituição para, depois, ser esmiuçada nos demais artigos da Constituição e, por último, na legislação ordinária que complementa essa ordem maior. Evidentemente que, em primeiro lugar, a tutela de urgência reclama como um pressuposto inafastável o perigo da demora, o *periculum in mora*, porque do contrário a parte pode aguardar o cumprimento das solenidades até que advenha a resposta final. O pressuposto fundamental da tutela de urgência é uma situação de perigo; entretanto, o legislador brasileiro verificou que, além das situações de perigo a demandar uma resposta imediata sob o *nome iuris* de tutela de urgência, também se fazia mister o surgimento de instrumentos capazes de agilizar a prestação judicial, porquanto a parte que ingressa em juízo e exibe um direito líquido e certo merece também uma proteção imediata que até pode se denominar, também pela

> sua agilidade, de tutela imediata. Com isso o legislador brasileiro fez inserir um novo elemento no campo dessa tutela de urgência, qual seja, a possibilidade de uma prestação de justiça imediata não só diante dos casos de *periculum in mora*, mas também diante de casos em que a parte exiba em juízo um direito líquido e certo.[387]

Valendo-se do mesmo espírito da cumulação de ações, a utilização do artigo 273[388] do CPC, principalmente o parágrafo 7º, é de muita valia nos procedimentos de divórcio, evitando-se assim inúmeras ações cautelares, que, após a análise dos fatos, percebia-se que não se tratava de procedimentos cautelares, mas sim de antecipação dos efeitos da tutela.

Os processos cautelares típicos, como a separação de corpos e o arrolamento de bens, podem ser requeridos no processo ordinário de divórcio sob a roupagem do artigo 273 do CPC, uma vez que a liminar para se conceder a separação de corpos é satisfativa, o mesmo valendo para o bloqueio dos bens. Com isso, estará a Justiça imbuindo-se da essência da simplificação imposta pela Emenda Constitucional n. 66/2010.

Embora o pedido de tutela antecipada na ação do divórcio seja perfeitamente possível, e está em consonância com o espírito de economia processual, há situações em que as medidas cautelares, incidentais ou preparatórias, são necessárias ou mais convenientes. Tal escolha deverá ser feita de acordo com a análise e particularidade de cada caso:

> Tecnicamente é possível distinguir-se, com certo rigor, o terreno da medida cautelar e o da medida que antecipa efeitos da sentença buscada em juízo pelo demandante. Haverá, contudo, na ordem prática, muitas situações fronteiriças, que colocarão partes e juízes em sérias dificuldades para classificar a medida num ou noutro dos segmentos da tutela de prevenção. É que a vida é muito mais rica que a imaginação do legislador e, por isso, não se submete docilmente às suas previsões normativas. Nenhuma regra jurídica pode ser imposta e acatada de maneira rígida, ou inflexível. Em direito, tudo é relativo, e se governa mais pela lógica do razoável do que pela lógica do formal.[389]

Não se pode dogmatizar a distinção entre medida cautelar e medida antecipatória porque a verdadeira missão de quem aplica a lei é combater os efeitos deletérios do tempo em questões que envolviam perigo de dano grave e de

difícil reparação. Logo, tais instrumentos não se repelem; ao contrário, aproximam-se um do outro. Eis o caráter da fungibilidade,[390] já consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça, como se pode constatar nos julgados a seguir:

> (...) Esta Corte Superior já se manifestou no sentido da admissão da fungibilidade entre os institutos da medida cautelar e da tutela antecipada, desde que presentes os pressupostos da medida que vier a ser concedida (STJ, REsp. 889886/RJ, Rel. Humberto Martins, *DJ* 17.08.2007 p. 413).
> (...) O princípio da fungibilidade entre as medidas cautelares e as antecipatórias dos efeitos da tutela confere interesse processual para se pleitear providência de natureza cautelar, a título de antecipação dos efeitos da tutela. Recurso especial não conhecido (STJ, REsp. 653.381/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, *DJ* 20.3.2006, p. 268).

Evidentemente, nem sempre tudo é possível. Não se pode transmudar medida antecipatória em medida cautelar com a finalidade de se alcançar a tutela preventiva sem observância dos pressupostos específicos da antecipação de providências satisfativas do direito subjetivo em litígio.

9.4. **Medidas Cautelares**

Quando não for possível ou conveniente buscar a tutela de urgência dentro do mesmo processo ordinário, pode-se buscá-la separadamente, através das ações cautelares. O sistema jurídico brasileiro prevê e admite muitas e variadas medidas cautelares.[391] Mesmo que não estejam especificadas em lei, são admitidas como *inominadas* e destinam-se a tutelar várias situações, a fim de se evitar o prejuízo ou risco iminente, e que deverá ser antecedida (preparatória) ou sucedida (incidental) de uma Ação principal, *in casu* o divórcio, devendo ser proposta no prazo de trinta dias[392] a contar da efetividade da medida. Caso não haja cumprimento desse prazo, o efeito decorrente é a perda da eficácia, mas não a extinção do processo cautelar. Assim já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

> Interpretando o artigo 806 do CPC, a Eg. Segunda Seção do STJ firmou orientação no sentido de que o prazo de trinta dias para o ajuizamento da ação principal é contado a partir da data da efetivação da medida liminar e não da sua ciência ao requerente da cautelar. II – A extemporaneidade no ajuizamento

da ação principal não acarreta a extinção do processo cautelar, mas sim a perda da eficácia da liminar concedida. III – Recurso especial conhecido e parcialmente provido. Trecho do voto do ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira: "A invocação, *tourt court*, por exemplo, do parágrafo único, na hipótese do inciso I do art. 808, não se justifica, a meu juízo, notadamente em face das características do próprio processo cautelar, dadas a sua acessoriedade e finalidade de assegurar o êxito do processo principal, afigurando-se de extremo rigor a exegese que autoriza a extinção do processo e não apenas da liminar. Além do mais, outra é a visão do processo contemporâneo, em sua instrumentalidade, e busca realizar o princípio chiovendiano de dar a quem vem ao Judiciário a solução a que faz jus, realizando, em outras palavras, o verdadeiro acesso à Justiça, à tutela substancial do Estado. Se duas são as exegeses possíveis, por força da letra imprecisa da lei, mais razoável que se adote a mais construtiva e útil aos fins do processo. E não se pode deixar de considerar que nesse sentido têm sido os precedentes desta Corte, como anotado. Com tais considerações, e na linha dos referidos precedentes deste Tribunal, acompanho o Sr. Relator, Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, para conhecer e prover parcialmente o apelo, "apenas para declarar a perda da eficácia da liminar concedida pelo não ajuizamento da ação principal no prazo de lei", ensejando o prosseguimento da cautelar (STJ, REsp. n. 327.380 – RS, Rel. Antônio de Pádua Ribeiro, *DJ* 04.05.2005).

No âmbito do Direito de Família, pela sua importância e repercussão social, entendeu o legislador que deveria constar do Código de Processo Civil[393] uma extensa gama de medidas cautelares destinadas a fortalecer e facilitar as decisões judiciais neste sentido.

Desnecessário aqui desenvolver todo o raciocínio e análise sobre os processos cautelares em geral, uma vez que se objetiva neste livro tão somente trazer os aspectos práticos e específicos do Direito de Família.

9.4.1. Separação de corpos

Com o desuso da separação judicial em razão da EC 66/2010, a separação de corpos, seja como medida cautelar ou jurisdição voluntária, ganha força e vigor, pois ela preenche a lacuna e cumpre funções semelhantes da antiquada separação judicial, inclusive para aqueles que em razão de suas convicções íntimas não quiserem se divorciar. É muito utilizada para requerer o afastamento de um dos

cônjuges do lar conjugal, seja como procedimento preliminar-preparatório ou o mesmo incidentalmente, como estabelece o artigo 888, VI, do CPC.

A sua concessão está ligada ao risco de desentendimentos graves, geradores de violência[394] ou com possibilidade de agressões físicas ou mesmo morais, quando os cônjuges ainda estão sob o mesmo teto e a situação torna-se insustentável, inclusive em razão de atos de indignidade praticados por uma das partes. Tais situações legitimam a imediata concessão da medida cautelar para determinar a retirada de um dos cônjuges do lar conjugal. A tutela visa proteger não só um dos cônjuges, como também os filhos, tanto física como psicologicamente.[395]

Antes da EC 66/2010, a concessão da liminar acarretava para os cônjuges a cessação do dever de coabitação e se iniciava o prazo de trinta dias para a propositura da ação de separação, começando a fluir daí o prazo de um ano para a propositura da ação de divórcio, o que não faz mais sentido. Sendo assim, a decisão que defere a cautelar de separação de corpos tem atualmente a principal função de afastar um dos cônjuges da residência do casal e com isso evitar possíveis agressões e desentendimentos, além, é claro, de demarcar limites de aquisição patrimonial.

9.4.2. Medida cautelar de sequestro

O sequestro, como medida cautelar, visa assegurar uma ação futura, que consiste na preservação da existência de determinado bem,[396] objeto da ação principal, entregando-o a depositário que pode ser um terceiro ou o próprio requerente. O *fumus boni iuris* está presente no interesse do requerente em preservar o bem em litígio, e o *periculum in mora* está em evitar a perda do bem, seja pela sua deterioração ou alienação, até que seja decidida a ação principal, conforme determina o artigo 822 do CPC.[397] Para que seja possível a utilização da medida cautelar do sequestro, é necessária a demonstração *initio littis* do temor do dano jurídico iminente, representado pela verificação de um dos fatos descritos no referido artigo 822, bem como o interesse *na preservação da situação de fato, enquanto não advém a solução de mérito, o que corresponde ao* fumus boni iuris, *segundo a doutrina clássica*.[398] Muitas vezes a demonstração da necessidade *initio littis*, e o fundado receio estão na simples razão e lógica do próprio litígio.

9.4.3. Arrolamento, bloqueio e descrição de bens do casal

A cautelar de arrolamento de bens do casal aplica-se em situações em que há fundado receio de extravio ou dissipação de bens, conforme artigo 855 do CPC. [399] É feita a apuração, ou, melhor, o arrolamento de todo o patrimônio do casal, com a apresentação de documentos, perícia, ou até mesmo por constatação do oficial de justiça.

Tal medida é necessária sempre que o requerente não tem como comprovar, ou tem dificuldade na comprovação da existência de todos os bens do casal, devendo o requerente demonstrar com documentos, ou até testemunhas, em audiência de justificação, que existe, efetivamente, o risco de perda patrimonial. Esta medida é muito utilizada especialmente para bloquear valores que se encontram em conta bancária do outro cônjuge, e a simples possibilidade do litígio põe em risco a retirada e desvio de tais valores. Este bloqueio pode ser materializado através de expedição de ofícios aos respectivos bancos determinando-se tal bloqueio. A partir da vigência da Lei n. 11.382/06,[400] a constrição passou a ser imediata, através do próprio acesso do juiz da causa ao sistema virtual do Banco Central. Na maioria das vezes, essa medida cautelar só faz sentido e terá eficácia se forem concedidas liminarmente. De nada adiantará bloquear contas bancárias após a ciência do réu.

O Superior Tribunal de Justiça enfrentando questões intertemporais acerca da aplicabilidade da lei 11.382/06, concluiu que a realização da penhora *on-line* de dinheiro depositado ou aplicado em instituição bancária antes da entrada em vigor da legislação supracitada era medida excepcional, tendo em vista que a sua efetivação estava condicionada à comprovação de que o credor tinha tomado todas as diligências no sentido de localizar bens livres e desembaraçados de titularidade do devedor. Com a vigência da referida lei, surgiu uma nova orientação jurisprudencial, no sentido de não existir mais a exigência de prova, por parte do credor, de esgotamento de vias extrajudiciais na busca de bens a serem penhorados, preservando a efetividade das medidas executórias e propiciando a satisfação do credor em prol do devedor que muitas vezes se esquiva das obrigações executórias. O entendimento foi pacificado pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça (STJ) utilizando o rito do recurso repetitivo, vinculando as demais instâncias da justiça brasileira. (STJ, REsp. n. 1112943, Rel. Nancy Andrigi, Corte especial; j. 15/09/2010).

A liminar de bloqueio e constrição de bens, desde que demonstrado o *periculum in mora* ou o *fumus boni iuris*, deve ser concedida em ato inicial e de forma *inaudita altera parte*. Não é razoável o argumento de que poderá trazer danos irreparáveis ao patrimônio constrito, uma vez que tal bloqueio pode ser

revogado a qualquer instante, desde que provada a desnecessidade do arrolamento. O dano irreparável ocorre, na maioria das vezes, contra quem pede o bloqueio, quando os magistrados agem com excesso de cautela no momento do bloqueio. Muitas vezes as decisões escondem-se atrás da impossibilidade jurídica de bloquear o patrimônio de pessoas jurídicas. Infelizmente, em alguns tribunais a *disregard* ainda não é uma prática usual no cotidiano jurídico (cf. itens 5.1.6 e 5.2.1.).

O bloqueio dos bens, concedido liminarmente, traz mais efeitos positivos para a solução da demanda do que negativos. É bom sempre lembrar e insistir que a constrição patrimonial serve tão somente para impedir a dilapidação maldosa do patrimônio. Caso haja necessidade de negociar o referido patrimônio bloqueado, basta que o réu apresente o destino do produto da venda de forma clara para evitar um prejuízo para o autor.

9.4.4. Busca e apreensão

A busca e apreensão pode ser de pessoas ou coisas, após avaliada a possibilidade da ilegalidade da posse, risco à incolumidade física ou moral de pessoas, geralmente menores ou incapazes, ou ainda indefinição do direito à posse de bens, direitos ou objetos.

No processo de divórcio a busca e apreensão na maioria das vezes é utilizada quando há menores,[401] discussão de guarda, visitas/convivência familiar ou destituição do poder familiar. Exemplo mais comum é quando o menor deveria ser entregue a um dos pais em determinado dia e horário, mas isso não ocorre por impedimento injustificado de quem o detém. Diante do imbróglio, o remédio processual é a Ação Cautelar de busca e apreensão, como determina o artigo 839 do código de ritos[402] e como bem explica Benedito Silvério Ribeiro:

> O magistrado tem a faculdade de decretar a medida cautelar de busca e apreensão de ofício ou a requerimento, no curso do processo principal, pela forma administrativa, caso julgue de interesse para o menor, se lhe resultar perigo de dano, como adverte Basílio de Oliveira. Não há coisa julgada, já que o direito material será satisfeito na lide principal, assim como na separação judicial, regulamentação de visita, suspensão ou destituição do poder familiar. [403]

A busca e apreensão de filhos deveria ser tomada apenas como uma medida

extrema. Um menor buscado por um oficial de justiça, muitas vezes acompanhado com um reforço policial, certamente ficará com as marcas psíquicas de litígio e que deveriam ser evitadas. Por outro lado, não tomar tal atitude pode significar, ou ser entendido, como um consentimento tácito ou mesmo desinteresse pelo filho.

9.4.5. Exibição judicial

A medida cautelar de exibição judicial, artigo 844 do Código Processual, tem como objeto a exibição de documentos pela parte que os detém, por exemplo, documentos que tratam dos interesses do casal ou filhos, relativos a estado civil, filiação, disposições testamentárias, movimentações financeiras etc.

Este procedimento reveste-se de muita importância nas questões patrimoniais quando surgem os conhecidos "negócios ocultos". Inúmeras vezes, um dos cônjuges pratica atos negociais de forma livre com o patrimônio do casal. E, no momento da separação, não raramente, o cônjuge que não participou do negócio fica à deriva em relação ao ato praticado. Assim, o remédio processual é a Ação Cautelar de exibição judicial contra a parte que adquiriu o patrimônio que antes pertencia ao casal para apresentar de forma documental todos os detalhes do negócio.

Esta cautelar satisfativa não necessita de um processo principal para a sua manutenção, embora, na prática, seja comum apresentar-se como preparatória ou incidental. Com a apresentação dos documentos requeridos, ela atinge sua função e não mantém mais nenhuma razão para sua existência, em face da satisfação da pretensão autoral.

A resistência do réu contra esta ação deve pautar-se na ausência do referido ato negocial. Inexistindo tal argumento, não há como privar a exibição do documento ao cônjuge requerente, mesmo havendo cláusula de confidencialidade. Aliás, esta cláusula somente poderá ser exigida se houver a aceitação de ambos os cônjuges no momento do ato, o que seria óbvio, pois, assim, ambos saberiam de todas as cláusulas do negócio e não haveria razão para a exibição documental.

9.4.6. Cautelar de alimentos provisionais

O procedimento para se buscar alimentos admite três ritos: o especial, pela Lei n. 5.478/68; o ordinário, previsto no artigo 274 CPC, e o cautelar[404], previsto no artigo 852 do CPC. Apesar das várias possibilidades, o melhor, e o mais recomendável, é o rito especial, pois permite a solução do litígio de uma forma

mais célere, com menos embaraços processuais.

Antes ou enquanto tramita o processo de divórcio, poderão ser deferidos os alimentos à parte que deles necessitar. Para que o pedido de alimentos possa ser deferido, é imprescindível que o requerente demonstre ao juiz, preferencialmente por meio de documentos, a possibilidade de o requerido prestá-los e a necessidade do requerente em recebê-los. O juiz deve fixar liminarmente a verba alimentar e determinar a citação do réu para que apresente defesa em cinco dias, diferentemente do rito especial de alimentos (Lei n. 5.478/68), cuja defesa e instrução é feita em uma única audiência.

Não se trata de ação de alimentos em que há concessão de liminar, mas sim de cautelar de concessão de alimentos provisionais, que é proposta antes ou depois da ação de divórcio. A previsão de tal medida visa evitar que, uma vez instaurada a Ação de Divórcio pelo requerente, o requerido deixe em desamparo os filhos do casal ou o cônjuge. Embora ambas tenham o mesmo objetivo e fundamento jurídico, são situações processuais distintas.

O processo cautelar de alimentos no momento do divórcio é uma maneira de apresentar a urgência da pretensão alimentar sem interferir na solução do divórcio. Apesar de a concessão do divórcio colocar o termo final no casamento, a obrigação alimentar perdura enquanto houver necessidade e possibilidade entre os cônjuges.

Mesmo havendo a hipótese legal para a propositura da ação cautelar de alimentos, não nos parece que seja o melhor caminho para alcançar a fixação alimentar. A mencionada cautelar necessita da propositura da ação ordinária de alimentos, enquanto o pedido de pensão elaborado através do rito especial da Lei n. 5.478/68 se mostra mais célebre e ainda acentua o princípio da economia processual, evitando a demasia de repetições de atos processuais como a citação do alimentante em dois momentos e através de oficial de justiça, enquanto no procedimento especial permite-se a citação via correio.

9.5. **Execução de Alimentos e Processo de Divórcio**

Caso haja a cumulação de pedido de alimentos com divórcio no mesmo processo, tornar-se-á também permissiva a cobrança da pensão dentro dos autos de acordo com a nova redação da Lei Processual das Execuções – Lei n. 11.232/05.

Apesar de o procedimento executório não permitir a discussão de mérito, na prática forense a cobrança dos alimentos é uma “tortura” inimaginável para os

credores. Apesar do dito popular de que “neste país somente é preso o devedor de pensão alimentícia”, para se alcançar este objetivo o caminho processual não é tão simples, ao contrário, um verdadeiro “calvário”, como bem expressa Rolf Madaleno:

> Processos lentos e insolúveis têm desacreditado leis e desmentido advogados, juízes e promotores, pois a estes que operam o Direito, tem sido delegado o inglorioso esforço de buscar amenizar as angústias e de aparar os deletérios efeitos psicológicos causados sobre o credor de alimentos sempre quando constata e assimila que a realidade das demandas de execução alimentícia, no atual estágio processual em que se apresentam, mais tem servido ao renitente devedor do que ao desesperado credor. Meios executivos estéreis têm levado credores ao calvário, ao inenarrável sentimento de impotência que amargam ao constatar que a sua digna existência já não encontra caminho eficaz na busca executiva de seus alimentos. Enfrentam o martírio que tem sido encontrar fórmulas processuais capazes de aproximar, no tempo certo, prestação jurisdicional efetiva, em execução célere e eficaz, pronta e pontual e, consequentemente, permitir suprir a fome sem mais sequelas de um tormentoso e angustiante processo judicial.[405]

Com o advento da Lei n. 11.232/05, percebe-se a boa intenção do legislador em imprimir uma celeridade maior ao rito executório. Mesmo com a nova regra, a lentidão para aplicar e dar eficácia à ordem jurídica é fato corriqueiro no cotidiano dos credores alimentícios. A lei está muito clara em seu comando e não permite interpretações contrárias ao óbvio, que é o pagamento do débito.[406] O grande problema é que os operadores do Direito criam invenções procedimentais para retardar o cumprimento da regra.

A justificativa da impossibilidade não pode ser transformada em uma discussão de mérito. Mas, sob o fundamento do amplo direito de defesa, na maioria das vezes, o magistrado permite o embate acerca da razão pela falta de pagamento, embora não seja esta a essência da lei de execução alimentar.

Apresentada a justificativa de inadimplência, não cabe ao julgador conceder os atos processuais ordinários na execução, por exemplo, a designação de perícias, audiências, oitivas de testemunhas e, em alguns casos, até abertura de prazo para memoriais. O comando e a intenção da lei é que, no momento da justificativa de débito, o juiz decida se aceita ou não a razão da inadimplência. Se tal

procedimento fosse cumprido, o prazo das cobranças alimentares cairia drasticamente.

Uma evolução na execução de alimentos são as permissões já concretizadas através de provimentos estaduais[407] para que o devedor alimentar seja inscrito nos órgãos de proteção de crédito.[408] Tal medida incentivará de forma coercitiva o devedor a cumprir sua obrigação alimentar[409], uma vez que a inscrição do seu nome em instituições de crédito[410] vincular-se-á como restrição para diversas atividades comerciais. A moderna familiarista Ana Maria Gonçalves Louzada expõe em seu artigo "Tutela inibitória e execução de alimentos", publicado no *Boletim do Instituto Brasileiro de Direito de Família* (IBDFAM):[411]

> Além da possibilidade da execução pelo rito da penhora através do art. 475-J, da penhora *on-line*, da execução pelo rito da prisão do devedor (art. 733 do CPC), entendemos como salutar a medida tomada na Província de Buenos Aires (através da Lei n. 13.074), onde funciona um Registro de Devedores Morosos, cuja finalidade é inscrever, por ordem judicial, o nome dos devedores de alimentos (cinco pensões alternadas ou três sucessivas). As consequências derivadas da referida inscrição são: impossibilidade de abrir contas correntes e obter cartões de crédito; impossibilidade de obter licença, permissão, concessão e habilitações que dependam do Governo (por exemplo, não poderá obter ou renovar a licença para conduzir veículos ou alvará para abrir um comércio); impossibilidade de ser provedor de algum organismo de Buenos Aires; impossibilidade de exercer cargos eletivos, judiciais ou hierárquicos no Governo daquela cidade.

No processo de divórcio, as execuções alimentícias sob o rito da penhora de bens seguem o mesmo procedimento constritivo e depois com a venda através de leilão. A partir da fase de cumprimento de sentença (artigo 475-J), não há mais que se falar em execução de alimentos. O artigo 732 do Código de Processo Civil, numa interpretação finalística, foi derrogado. Assim, não mais se permite a oposição de embargos ao devedor de forma apensa. A discussão também deve ser levada para os mesmos autos, como bem explica Maria Berenice Dias:

> A partir da vigência da Lei n. 11.232/05 não mais existe o processo de execução de título executivo judicial. Para o cumprimento da sentença

condenatória por quantia certa basta o credor peticionar nos autos do processo de conhecimento. Pela dicção da lei parece não haver dúvida de que a mora constitui-se independentemente da intimação do devedor. Ante sua inércia pelo período de quinze dias, a contar da sentença, o montante do débito já resta acrescido do valor da multa (CPC, art. 475-J). Frente à omissão do executado, o credor só precisaria requerer a expedição de mandado de penhora e avaliação.[412]

9.6. **Ação de Prestação de Contas de Alimentos**

Quem paga pensão alimentícia, em geral, acha que está pagando muito, e quem recebe acha que está recebendo pouco. É que, para além da objetividade aritmética, e da equação necessidade *versus* possibilidade, há também uma "demanda de amor".[413] Quando a relação entre alimentante e alimentário não é muito pacífica, aparece sempre a desconfiança de que o valor pago a título de pensão não está sendo direcionado apenas para as despesas do alimentário ou que elas ultrapassam a necessidade do credor.

Pensa-se, quando se trata de pensão a filhos, que tal crédito beneficia e está sendo usado, também, para pagamento de despesas do ex-cônjuge. E, para se evitar abuso, é possível que o credor peça ao devedor que apresente uma planilha dos gastos, ou seja, apresente a necessidade que justifique o valor pago, através de uma ação de prestação de contas. Apesar de o Código Civil, artigo 1.589,[414] dispor expressamente que o genitor não guardião pode fiscalizar a manutenção e a educação dos filhos, parte da jurisprudência brasileira tem entendido não ser cabível tal procedimento diante da inexistência de qualquer vantagem para quem a pleiteia, tendo em vista a irrepetibilidade dos alimentos já pagos, e a impossibilidade de alteração da pensão alimentícia através da ação de prestação de contas.[415]

O equívoco de tais posições está em que não se levou em conta que a prestação de contas é o exercício da fiscalização previsto no referido artigo 1.589. Fiscalizar a manutenção e a educação do filho é um dever decorrente do poder familiar. Independentemente de se ter a guarda ou não, cabe ao pai ou à mãe, em nome do menor, buscar o seu melhor interesse e, para isso, em determinados casos, é necessário apurar se os alimentos estipulados estão sendo usados em prol do alimentário, sob pena de privá-lo de necessidades importantes ou até imprescindíveis para sua subsistência, o que vai ao encontro de sua boa formação e educação.[416]

O pleito de prestação de contas não visa ao interesse do devedor de alimentos, mas, sim, ao do alimentário, da mesma forma que acontece nas ações de curatela. Se o montante pago não está tendo a devida destinação, o alimentante pode ingressar com ação revisional para diminuir o valor ou mudar a forma de pagamento, ou, até mesmo, uma ação de mudança de guarda, dependendo do caso concreto. Portanto, o intuito não é executar eventual débito apurado na referida prestação de contas, mas, sim, colocar em prática o direito-dever de fiscalização estabelecido no artigo 1.589 do CCB 2002. Nesse sentido:

(...) Tem a genitora do alimentando, no presente caso, o dever de prestar contas, relativamente aos valores recebidos em nome dele, pois ao gerir os recursos alheios nasceu o direito do alimentando de ter ciência do emprego de seu dinheiro e, consequentemente, seu dever de prestar-lhe tais informações. No caso, embora o elevado valor percebido a título de alimentos, verifica-se que o alimentando não teve seus estudos universitários adimplidos com a verba alimentar, porquanto restou devedor de parcela elevada de crédito educativo. Aplicação do artigo 914 do CPC. (TJRS, Apelação Cível n. 70038306510, Rel. Des. Roberto Carvalho Fraga, 7ª Câmara Cível, j. 27/04/2011)

(...) O prestador de alimentos tem legitimação para ingressar com pedido de prestação de contas, na modalidade rendição de contas, não com o desiderato de obter uma apuração de débito ou de crédito, diante da irrepetibilidade da verba, mas, apenas, para fiscalizar a exatidão e a correteza das aplicações dos valores recebidos pela representante legal da alimentária. Isso porque, ainda que dissolvido o casamento dos litigantes, o pai não perde o poder familiar sobre a filha menor, poder esse do qual continua ele cotitular. É a compreensão que, segundo os intérpretes, resulta do art. 1.589 do CC/02, que confere aos pais que não tenham os filhos sob sua guarda o direito de fiscalizar a manutenção e a educação dos mesmos.(...) TJSC, Apelação Cível n. 2007.028489-6 Rel. Des. Trindade dos Santos, 4ª Câmara de Direito Civil, j. 23/10/2008.

(...) Porque a má administração de numerário destinado à manutenção e educação de filho alimentando pode acarretar severas sanções legais ao mau administrador (arts. 1637 e 1638, IV, do CC), a lei assegura ao alimentante a fiscalização da respectiva verba alimentar. (TJSC, Apelação Cível n. 2010.057483-6, Rel. Des. Monteiro Rocha, 5ª Câmara Cível, j. 01/03/2012)

Por outro lado, quem move uma ação de prestação de contas corre o risco de, prestadas as contas, ser provado documentalmente que o *quantum* alimentar é insuficiente para arcar com o sustento do alimentário. Neste sentido, a referida ação pode até mesmo servir de ensejo para a propositura de ação revisional de

alimentos para majorá-los, embora possa também ter o propósito de ser preparatória para uma diminuição.

As condições da ação, quais sejam, possibilidade jurídica do pedido, legitimidade para a causa e interesse de agir, estão presentes na prestação de contas. Entende-se por possibilidade jurídica do pedido a pretensão que esteja prevista e seja admissível pela ordem jurídica.[417] O pedido é juridicamente possível quando o Ordenamento Jurídico não o proíbe expressamente. Vicente Greco Filho, citado por Luiz Guilherme da Costa Wagner Júnior, define muito bem a questão, dizendo que a rejeição da ação por falta de possibilidade jurídica deve limitar-se às hipóteses claramente vedadas.[418] O Superior Tribunal de Justiça já se posicionou sobre este aspecto:

> Por possibilidade jurídica do pedido entende-se a admissibilidade da pretensão perante o ordenamento jurídico, ou seja, previsão ou ausência da vedação, no Direito vigente, do que se postula na causa.[419]

Em nome do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, e de acordo com os artigos 1.589 do CCB e 914[420] e seguintes do CPC, fica afastada qualquer alegação de impossibilidade jurídica do pedido. E, com a maioridade civil do filho, obviamente ele próprio poderá pleitear a prestação de contas do genitor administrador/gestor da pensão alimentícia.

A legitimidade para a causa e o interesse de agir estão aí presentes, uma vez que qualquer um dos genitores, independentemente de ter ou não a guarda, tem a obrigação de garantir a proteção, a dignidade e o melhor interesse do menor, Assim, o genitor não guardião, ou mesmo o Ministério Público, não só pode, como deve, fiscalizar se os alimentos, em prol de um direito do menor estão tendo sua devida aplicação e destinação. Esse é um atributo decorrente do poder familiar e não da guarda. Além disso, todo aquele que administra bens alheios tem a obrigação de prestar contas, caso necessário.

9.7. **Ação de Prestação de Contas da Administração de Bens**

A ação de prestação de contas da administração de bens do casal divorciando ou divorciado é uma salutar medida judicial, para ajudar a impedir abusos e desvio dos frutos dos bens do casal. É uma medida de pouco uso no cotidiano

forense em face da sensação de segurança oferecida pelas ações de constrição patrimonial. Os operadores do Direito e as partes costumam dar-se por satisfeitos com os bloqueios e sequestros dos bens e acabam esquecendo-se da administração dos referidos bens, que, apesar de impedidos de venda, estão livres para a gestão.

Não raramente nos deparamos com empresas que antes do divórcio eram saudáveis, auferiam bons lucros, mas após a sua constrição passaram a ter um verdadeiro declínio econômico. As alegações dos depositários são sempre as mesmas, que uma crise as afetou, um negócio não foi tão lucrativo, despesas elevadas, enfim, a história se repete, e aquele bem rentável passou a ser deficitário.

Assim, é importante que a ação de prestação de contas patrimonial, que um procedimento especial, seja instaurado com o propósito de preservação de uma boa gestão, caso não esteja havendo uma administração saudável destes bens.[421] O Superior Tribunal de Justiça assim se posicionou:

(...) Na vigência da comunhão de bens, os cônjuges entre si não se acham jungidos ao dever de prestação de contas. A comunhão de bens é a mais ampla possível e não permite a separação de cotas, nem mesmo ideal entre os consortes. Não há, pois, como cogitar-se de prestação de contas de um cônjuge ao outro. Uma vez dissolvida a sociedade conjugal, desaparece a comunhão universal e os bens comuns devem ser partilhados como em qualquer comunhão que se extingue. Havendo, porém, um interregno entre a dissolução da sociedade conjugal e a partilha, aquele que conservar a posse dos bens do casal estará sujeito a prestação de contas como qualquer consorte de comunhão ordinária. *In casu*, não é preciso demonstrar a existência de autorização ou mandato entre os ex-cônjuges em torno da administração do patrimônio comum para justificar o pleito judicial de acerto de contas. É que a ação de prestação de contas não se subordina sempre e invariavelmente a um mandato entre as partes. Ao contrário, o princípio universal que domina a matéria é que 'todos aqueles que administram, ou têm sob sua guarda, bens alheios devem prestar contas'. Daí que basta o fato de um bem achar-se, temporariamente, sob administração de outrem que não o dono, para que esse detentor tenha que dar contas da gestão eventualmente desempenhada, ainda que não precedida de acordo ou autorização por parte do proprietário. (STJ, Resp n. 1.300-250-SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª turma, pub. 19/04/2012).

Este procedimento serve de preparação para a modificação do depositário ou gestor, ou mesmo para o sequestro do bem que foi mal gerido.

9.8. **A Flexibilização da Prova nos Processos de Família**

Aplicabilidade do direito processual civil no Direito de Família é *sui generis*. E não é por acaso. As questões mais relevantes da esfera privada merecem guarita diferenciada do Estado, seja porque se descortinam na intimidade do sujeito, requerendo um direito probatório amplo, seja porque a Constituição da República, em seu art. 226, concedeu proteção especial à família.

Para tanto, os tribunais têm firmado entendimento do direito à quebra de sigilos bancário, telefônico e fiscal nos litígios do Direito de Família. Em alguns casos, e apenas desta forma, garante-se a quantificação de direito de partilha, e/ou a demonstração da possibilidade alimentar.

É um engano não permitir o acesso a informações das empresas nas quais o cônjuge é sócio. Neste ramo do Direito, muitas vezes, a pessoa jurídica é utilizada para fraudar meações e ocultar direitos partilháveis (cf. itens 5.1.6. e 5.2.1).

Outra regra processual que tem sido flexibilizada nos juízos de família é a oitiva de parentes e amigos das partes. É que os fatos relevantes às demandas de família, na maioria das vezes, foram testemunhadas apenas pelos parentes ou amigos muito próximos. Assim, compete ao juiz definir se serão ou não informantes ou testemunhas. Afinal, grande parte dos fatos que têm relevância para o deslinde da causa acontece no ambiente e na intimidade da família.

365 FACHIN, Luiz Edson. "Direito, guerra e paz no campo da família: limites do processo judicial". In: *Anais do VII Congresso Brasileiro de Direito das Famílias*, Belo Horizonte: IBDFAM, 2010.

366 Art. 5º, LXXVIII, da CRFB/1988: A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004.)

367 O excesso de prazo, quando exclusivamente imputável ao aparelho judiciário – não derivando, portanto, de qualquer fato procrastinatório causalmente atribuível ao réu –, traduz situação anômala que compromete a efetividade do processo (...) frustra um direito básico que assiste a qualquer pessoa: o direito à resolução do litígio, sem dilações indevidas (CF, art. 5º, LXXVIII) e com todas as garantias reconhecidas pelo ordenamento constitucional (...) (STF HC 85.237, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 17.03.2005, *DJ* de 29.04.2005). No mesmo sentido: HC 95.634, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 02.06.2009, 2ª Turma, *DJ*E de 19.06.2009; HC 95.492, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 10.03.2009, 2ª Turma, *DJ*E

de 8.05.2009; HC 87.164, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 4.04.2006, *DJ* de 29.09.2006.

368 Resolução conjunta n. 1, de 04.08.2009, do Conselho Nacional de Justiça: Dispõe sobre a adoção de medidas destinadas à redução da taxa de congestionamento nos órgãos judiciários de primeiro e segundo graus, especialmente no que se refere ao cumprimento da Meta de Nivelamento n. 2, estabelecida no II Encontro Nacional do Judiciário (Publicada no *DOU*, Seção 1, em 5.08.2009, p. 66, e no *DJ*-e n. 132/2009, em 5.08.2009, p. 2).

369 Art. 5º, § 1º. As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

370 O direito de defesa constitui pedra angular do sistema de proteção dos direitos individuais e materializa uma das expressões do princípio da dignidade da pessoa humana. (...) (STF, HC 89.176, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 22.08.2006, 2ª Turma, *DJ* de 22.09.2006).

371 O abuso do direito de recorrer – por se qualificar como prática incompatível com o postulado ético-jurídico da lealdade processual – constitui ato de litigância maliciosa repelido pelo ordenamento positivo, especialmente nos casos em que a parte interpõe recurso com intuito evidentemente protelatório, hipótese em que se legitima a imposição de multa. A multa a que se refere o art. 538, parágrafo único, do CPC, possui função inibitória, pois visa impedir o exercício abusivo do direito de recorrer e a obstar a indevida utilização do processo como instrumento de retardamento da solução jurisdicional do conflito de interesses" (STF, AI 664.123-AgR-ED-ED, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 26.08.2008, 2ª Turma, *DJ*E de 3.10.2008).

372 "... diz-se, quanto às defesas processuais ou formais, que elas são 'dilatórias' (quando acolhidas, postergam a relação processual sem extingui-la) e 'peremptórias' (quando acolhidas implicam a extinção terminativa do feito". Como bem pontuado por Luiz Fux, em sua obra *Curso de Direito Processual Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 544.

373 FUX, Luiz. *Op. cit.*, p. 543.

374 TJMG, Apel. Cível n. 1.0472.04.002524-0/001, Rel. Des. Jarbas Ladeira, Public. 21.10.2005, *DJ*: "O divórcio por si não é direito indisponível, mas os efeitos da decretação do mesmo podem ser, tais como, por exemplo, os relacionados à guarda de filho e alimentos (...). No caso em exame, devido à prolongada separação de fato e idade dos litigantes (segundo certidão de casamento de f. 06, ambos contam com 78 anos), é bastante improvável que o casal tenha filhos menores de idade. Contudo, tenho que, não obstante a intempestividade da contestação da Requerida, afigurava-se necessária determinação para que se procedesse à instrução probatória, a fim de se aferir a necessidade de alimentos. A propósito do tema em tela, transcrevo as seguintes decisões; "Separação judicial – revelia. Não fere direito líquido e certo do autor a decisão judicial que, não obstante a revelia, determina se proceda à instrução. Ainda que o direito da separação, em si, possa considerar-se como disponível, já que passível de fazer-se por mútuo consenso, uma vez reunidos os pressupostos legais, dela resultam consequências a cujo respeito o juiz deve prover e que se inserem entre os direitos indisponíveis. Dentre elas a pertinente à guarda dos filhos" (STJ, RMS 684/CE Rel. Min. Eduardo Ribeiro, *DJ* 25.02.1991, p. 1466, *RT*, vol. 672, p. 199).

375 MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*, Rio de Janeiro, 2008, p. 334.

376 Divórcio. Partilha de bens. Agravo retido. Reconvenção. Inadmissibilidade, *dada a ausência de conexão com a ação principal*. Pedido motivado exclusivamente em circunstância fática objetiva. Partilha. Consectário natural da decretação do divórcio. Direito decorrente da só existência de comunhão. Agravo retido e apelação desprovidos (grifo nosso) (TJMG, Apel. Cível n. 1.0000.00.344223-3/000, Rel. José Francisco Bueno, public. 17.10.2003).

377 Art. 315. O réu pode reconvir ao autor no mesmo processo, toda vez que a reconvenção seja conexa com a ação principal ou com o fundamento da defesa.

378 FUX, Luiz, *Op. cit.*, p. 559.

379 NERY JÚNIOR, Nelson e Andrade Nery, Rosa Maria. *Código de Processo Civil Comentado*, São Paulo: RT, 2007, p. 584.

380 Art. 318. Julgar-se-ão na mesma sentença a ação e a reconvenção.

381 Art. 468. A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das

questões decididas.

382 GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Candido. *Teoria Geral do Processo*, 19. ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 131.

383 Art. 292. É permitida a cumulação, num único processo, contra o mesmo réu, de vários pedidos, ainda que entre eles não haja conexão.

§ 1º São requisitos de admissibilidade da cumulação:

I – que os pedidos sejam compatíveis entre si;

II – que seja competente para conhecer deles o mesmo juiz;

III – que seja adequado para todos os pedidos o tipo de procedimento.

§ 2º Quando, para cada pedido, corresponder tipo diverso de procedimento, admitir-se-á a cumulação, se o autor empregar o procedimento ordinário.

384 Art. 330. O juiz conhecerá diretamente do pedido proferindo sentença:

I – quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência;

II – quando ocorrer à revelia (art. 319).

385 FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 197.

386 Art. 284. Verificando o juiz que a petição inicial não preenche os requisitos exigidos nos arts. 282 e 283, ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor emende, ou a complete, no prazo de 10 (dez) dias.

387 FUX, Luiz. "A tutela de urgência na jurisdição de família: cautelares, tutela antecipada". In: *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, vol. 4, n 14, p. 51-61, 2001.

388 Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I – haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II – fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

§ 1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento.

§ 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

§ 3º A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A.

§ 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 5º Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento.

§ 6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.

§ 7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.

389 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito processual Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 341 e 342.

390 Art. 273 do CPC, § 7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado (Incluído pela Lei n. 10.444, de 7.5.2002).

391 Art. 796. O procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste sempre dependente.

392 Art. 806. Cabe à parte propor a ação, no prazo de 30 (trinta) dias, contado da data da efetivação da medida cautelar, quando esta for concedida em procedimento preparatório.

393 Art. 888. O juiz poderá ordenar ou autorizar, na pendência da ação principal ou antes de sua propositura:

I – obras de conservação em coisa litigiosa ou judicialmente apreendida;

II – a entrega de bens de uso pessoal do cônjuge e dos filhos;

III – a posse provisória dos filhos, nos casos de separação judicial ou anulação de casamento;

IV – o afastamento do menor autorizado a contrair casamento contra a vontade dos pais;

V – o depósito de menores ou incapazes castigados imoderadamente por seus pais, tutores ou curadores, ou por eles induzidos à prática de atos contrários à lei ou à moral;

VI – o afastamento temporário de um dos cônjuges da morada do casal;

VII – a guarda e a educação dos filhos, regulado o direito de visita;

VIII – a interdição ou a demolição de prédio para resguardar a saúde, a segurança ou outro interesse público.

Art. 889. Na aplicação das medidas enumeradas no artigo antecedente observar- -se-á o procedimento estabelecido nos arts. 801 a 803.

Parágrafo único. Em caso de urgência, o juiz poderá autorizar ou ordenar as medidas, sem audiência do requerido.

394 Medida cautelar de separação de corpos. Liminar. Medida protetiva. Retirada do varão do lar. Retorno. Inviabilidade. – Não é aconselhável sob a ótica jurídica que o casal desavindo viva sob o mesmo teto, mormente quando há prova de agressão do cônjuge varoa pelo cônjuge varão (TJMG, Agravo n. 1.0704.06.047863-0/002, Agravo de Instrumento, Rel. Belizário de Lacerda, public. 18.07.2007).

395 A concessão da tutela jurisdicional cautelar justifica-se para evitar o acirramento dos ânimos em virtude da convivência diária, colocando em risco a segurança físico-psíquica dos envolvidos, recomendando os elementos e circunstâncias dos autos o afastamento do cônjuge varão do lar conjugal (TJMG, 05.02.2009, AI n. 1.0479.08.150526-1/002, Rel. Nepomuceno Silva, public. 05.02.2009).

396 "Assim como o marido, a mulher casada pode ser nomeada depositária dos bens sequestrados, possível ainda na hipótese do art. 233, II, do CC/16, que determinava ao homem a administração dos bens comuns, sem artigo correspondente no atual Código" (RIBEIRO, Benedito Silvério. *Cautelares em Família e Sucessões*. São Paulo: Editora RT, 2009).

397 Art. 82. O juiz, a requerimento da parte, pode decretar o sequestro:

I – de bens móveis, semoventes ou imóveis, quando lhes for disputada a propriedade ou a posse, havendo fundado receio de rixas ou danificações;

II – dos frutos e rendimentos do imóvel reivindicando, se o réu, depois de condenado por sentença ainda sujeita a recurso, os dissipar;

III – dos bens do casal, nas ações de desquite e de anulação de casamento, se os cônjuges os estiver dilapidando;

IV – nos demais casos expressos na lei.

398 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, 32. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2001, vol. II, p. 415-441.

399 Art. 855. Procede-se ao arrolamento sempre que há fundado receio de extravio ou de dissipação de bens.

400 (...) A Lei n. 11.382, de 6.12.2006, modificou o art. 655 do CPC, incluiu os depósitos e aplicações em instituições financeiras como bens preferenciais na ordem de penhora, equiparando-os a dinheiro em espécie, e permitiu a realização da constrição por meio eletrônico. 3. Segundo a jurisprudência do STJ, o recurso deve ser analisado à luz do regime normativo vigente à época dos fatos. (...) (STJ, EDcl. no Ag. Rg. no REsp. 1052376/RS, Rel. Humberto Martins, public. *DJ* de 12.06.2009).

401 (...) Deve-se levar em consideração, em processos de busca e apreensão de menor, a condição peculiar da criança como pessoa em desenvolvimento, sob os contornos constitucionais, no sentido de que os interesses e direitos do menor devem sobrepor-se a qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado. (...) (STJ, REsp. 900262/RJ, Rel. Nancy Andrighi, public. *DJ* de 08.11.2007, p. 226).

402 Art. 839. O juiz pode decretar a busca e apreensão de pessoas ou de coisas.

403 RIBEIRO, Benedito Silvério. *Cautelares em Família e Sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 81.

404 Lei 12.415 de 10.06.2011 que acrescentou parágrafo único ao art. 130 da Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), para determinar que alimentos provisórios sejam fixados cautelarmente em favor da criança ou adolescente cujo agressor seja afastado da moradia comum por determinação judicial.

405 MADALENO, Rolf. "O Calvário da Execução de Alimentos". *In*: *Revista Brasileira de Direito de Família*, n. 1, Porto Alegre/RS, Ed. Síntese em parceria com IBDFAM, 1999, p. 32.

406 Art. 733 do CPC. Na execução de sentença ou de decisão, que fixa os alimentos provisionais, o juiz mandará citar o devedor para, em 3 (três) dias, efetuar o pagamento, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuá-lo.

407 Provimento n. 08/2009 do TJGO, a Corregedoria Geral da Justiça em Goiás acrescentou dois novos artigos à Consolidação dos Atos Normativos, dispondo sobre protesto de sentença proferida em ação de alimentos.

De acordo com o ato provimental, "havendo sentença transitada em julgado relativa a obrigação alimentar, poderá ser expedida, a requerimento do credor, certidão da existência da dívida, que por ele poderá ser levada a protesto, sob a sua responsabilidade.

Caberá à escrivania – onde tramitar o processo – o fornecimento da certidão da dívida, que deverá conter os nomes do credor e do devedor, o número do processo, o valor líquido e certo da dívida e a data do trânsito em julgado da sentença. A normatização sobre protesto em obrigações alimentícias é inédita em Goiás. Fonte: TJGO.

408 Provimento n. 03, de 11.09.2008, do TJPE dispõe sobre o protesto de decisões irrecorríveis acerca de alimentos provisórios ou provisionais e de sentença transitada em julgado, em sede de ação de alimentos, e dá outras providências. Art. 1º Havendo decisão irrecorrível acerca de alimentos provisórios ou provisionais ou sentença transitada em julgado, em sede de ação de alimentos, transcorrido, nesse último caso, o prazo para pagamento espontâneo de que trata o art. 475-J do Código de Processo Civil, poderá o credor requerer a emissão de certidão judicial da existência da dívida, para registro em Cartório de Protesto de Títulos e Documentos.

Parágrafo único. A certidão de dívida judicial deverá ser fornecida pela Secretaria da Vara onde tramita(ou) o processo e deverá indicar o nome e a qualificação do credor e do devedor, o número do processo judicial, o valor líquido e certo da dívida, e a data do decurso do prazo para recurso, em se tratando de decisão interlocutória, ou do trânsito em julgado da sentença.

Art. 2º A certidão de dívida judicial será requerida pelo credor e levada a protesto sob sua exclusiva responsabilidade.

Art. 3º Apresentados os documentos necessários ao protesto, deverá ser lavrado o respectivo ato.

Parágrafo único. Os emolumentos e a Taxa de Utilização dos Serviços Públicos Notariais ou de Registro (TSNR) de que trata a Lei Estadual n. 11.194, de 28 de novembro de 1994, devidos pela prática do ato, serão cotados pelo Oficial de Protesto, e os valores correspondentes serão remetidos ao Juiz da causa, para serem acrescidos ao valor da dívida, por ocasião da execução.

Art. 4º O devedor que estiver discutindo a validade da sentença judicial protestada, em sede de ação rescisória, poderá requerer, a suas expensas e responsabilidade, anotação, à margem do título protestado, acerca da existência da referida ação.

409 Agravo de Instrumento. Execução de alimentos pelo art. 732 do CPC. Indeferimento da inscrição do nome do devedor de alimentos nos órgãos de cadastros de inadimplentes. Decisão que deve ser revogada. Tentativas de penhora on-line e busca de bens penhoráveis infrutíferas. Razoabilidade do pedido, pois é uma medida coercitiva para evitar a inadimplência. Necessária efetividade da prestação jurisdicional. Expedição de ofícios pela primeira instância. Recurso provido, por maioria (Voto 23314) (TJSP, Agravo de Instrumento n. 0226743-83.2011.8.26.0000, Rel. Des. Ribeiro da Silva, 8ª Câmara de Direito Privado, j. 11.04.2012).

410 Provimento 52 do TJMS: Provimento n. 52 , de 16 de dezembro de 2010: Altera o título do Capítulo XII e acrescenta os artigos 495-B, 495-C ao Código de Normas da Corregedoria-Geral de justiça, que dispõe

sobre o protesto de sentença proferida em ação de alimentos.

411 LOUZADA, Ana Maria Gonçalves. "Tutela inibitória e execução de alimentos". In: *Boletim do Instituto Brasileiro de Direito de Família* (IBDFAM), pub. 9.12.2009.

412 DIAS, Maria Berenice. *A reforma do CPC e a execução dos alimentos*, IBDFAM, Belo Horizonte, MG: 14.01.2007. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigo&artigo=253>. Acessado em: 29 dez. 2009.

413 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A sexualidade vista pelos tribunais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 252.

414 Art. 1.589. O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.

415 Ora, a situação jurídica trazida à discussão não permite que o Poder Judiciário preste qualquer tutela à pretensão do alimentante, porque da alegação de que a pensão por ele prestada não está sendo utilizada pela mãe, em verdadeiro proveito à alimentada, não subjaz qualquer vantagem para o pleiteante. A uma, ante a já referenciada irrepetibilidade dos alimentos, que não permite o surgimento, em favor do recorrente, de eventual crédito. A duas, porque não há como se eximir, o alimentante, pela via da ação de prestação de contas, do pagamento dos alimentos assim como definidos em provimento jurisdicional, que somente pode ser modificado mediante outros meios processuais, próprios para tal finalidade (STJ, REsp. 985.061, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, *DJe* 16.06.2008).

(...) O pedido de prestação de contas cabe à pessoa que administra ou geriu bens ou interesses alheios, como àquela em nome da qual se realiza ou se realizou a administração. O reconhecimento ao pai, em cuja guarda não esteja o filho, de fiscalizar a manutenção e educação deste, não tem o efeito de lhe atribuir legitimação para, em nome próprio, exigir contas da guardiã do menor, relativamente aos alimentos ou a outras verbas a ele destinadas, na forma do art. 914 e seguintes do Código de Processo Civil. De ofício, extingue-se o processo, sem julgamento do mérito (TJMG, Apelação Cível n. 1.0024.01.114213-0/001(1), 4ª CC, Des. Rel. Almeida Melo, *DJ* 27.04.2005).

416 "O não cabimento de prestação de contas é uma regra não absoluta, e negar ao alimentante o acesso a esse instrumento, em situações em que o guardião utiliza a pensão alimentícia do filho menor para satisfazer seus gastos pessoais, seria admitir a imunidade pela improbidade na administração dos bens dos menores, o que é inconcebível, até por questões de política de combate ao crime" (ZULIANI, Ênio Santarelli. Alimentos. In: Estudos Jurídicos em homenagem ao centenário de Edgard de Moura Bittencourt: a revisão do Direito de Família. Coord. COLTRO, Antônio Carlos Mathias. Rio de Janeiro: GZ, 2009, p. 253).

417 WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa. *Processo civil: curso completo*, 2. ed. rev. e atual., Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 103-104.

418 GRECO FILHO, Vicente *apud* WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa. *Processo civil: curso completo*, 2. ed. rev. e atual., Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 103-104.

419 REsp. 1.678, 4ª T., Min. Sávio de Figueiredo.

420 Art. 914. A ação de prestação de contas competirá a quem tiver:

I – o direito de exigi-las;

II – a obrigação de prestá-las.

421 Ação de prestação de contas. Separação de fato. Permanência dos bens comuns sob a administração do ex-marido. Obrigação de prestar contas. Ocorrida a separação de fato do casal há mais de dois anos e estando em tramitação a ação de separação judicial, o ex-marido, que assumiu a administração dos bens destinados, em partilha, à ex-mulher, deve prestar contas de sua administração desde a data da separação de fato e enquanto continuarem em seu poder. O ajuizamento da ação de prestação de contas compete a quem tiver o direito de exigi-las ou a obrigação de prestá-las (art. 914, CPC) (TJMG, Rel. Wander Marotta, Apelação Cível n. 1.0525.06.095473-8/001, j. 31.3.2009.)

10.

MEDIAÇÃO E AUTONOMIA DOS DIVORCIANDOS

Ninguém se casa pensando em se divorciar, mas em viver juntos até que a morte os separe. Colocar fim ao enlace conjugal não é fácil, e é um momento delicado e complicado para todo o núcleo familiar. Significa lidar com os insucessos e os resquícios conjugais, com emergentes conflitos, frustrações, desilusões e perdas que amedrontam e, muitas vezes, paralisam o sujeito. É deparar-se e se preparar para mudanças, para recomeçar. E tudo isso se torna ainda mais difícil quando um dos cônjuges não aceita o fim da conjugalidade e não sabe lidar com as mágoas, o sentimento de posse, de vingança, o egoísmo, a vaidade ou, simplesmente, quando falta comunicação.

Se antes, alguns requisitos dificultavam ou adiavam a decretação do divórcio, com a EC n. 66/2010, isso dificilmente acontecerá. Não há mais fator jurídico condicionante. Basta que exista o casamento e que um dos cônjuges deseje a sua dissolução. Mas divorciar-se não significa simplesmente alterar o estado civil. Há uma série de desdobramentos pessoais e patrimoniais, como guarda de filhos, pensão alimentícia, uso do nome, partilha de bens, entre outros aspectos, que necessitam ser definidos. E, inexistindo o consenso, as partes, embora já divorciadas, poderão permanecer unidas por um longo e desgastante processo litigioso.

Para minimizar os efeitos traumáticos de um divórcio e evitar indefinidas e reincidentes ações judiciais no âmbito do Direito de Família, a mediação – introduzida no Brasil no final dos anos 1990 – tem sido de grande valia, embora a sua aplicação ainda seja incipiente em nossos Tribunais. Em síntese, a mediação tem o objetivo de transformar o “bate-boca” em “bate-papo”.

Giselle Groeninga,[422] psicanalista paulista e uma das pioneiras do assunto no Brasil, aponta a mediação como um instrumento de mudança, que confere valor positivo ao conflito, sendo o acordo uma consequência viável. Com a ajuda de um mediador, as desavenças são tratadas por meio do diálogo e não como oposição ou disputa.

A mediação[423], enquanto técnica de resolução de conflitos, baseia-se na

interdisciplinariedade, valendo-se de vários conhecimentos (Psicologia, Psicanálise, Direito, Sociologia, Antropologia, entre outros), e não é aplicável somente aos problemas familiares, mas também a qualquer conflito de natureza humana, não importando o grau de complexidade, podendo ou não estar relacionado com um processo judicial.

No Brasil, diferentemente de outros países[424], ainda não se tem uma lei para a Mediação, apenas alguns projetos de lei, o que não impede a sua prática como um procedimento opcional e eficaz, sobretudo nas questões inerentes ao Direito de Família. Vários autores conceituam com clareza tal instituto:

> Um método de condução de conflito, voluntário e sigiloso, no qual um terceiro neutro e imparcial, escolhido pelas partes e especialmente capacitado, colabora com as pessoas que se encontram em um impasse, para que restabeleçam a comunicação produtiva, ajudando-as a chegar a um acordo, se esse for o caso. [425]
>
> Em outros termos, é um método por meio do qual uma terceira pessoa, neutra e imparcial, ajuda as partes envolvidas em um conflito a restabelecer a comunicação para que possam construir um acordo reciprocamente satisfatório, que ponha termo às divergências, conferindo uma certa ordem ao caos. A palavra conflito, que aparece no conceito, é frequentemente utilizada no discurso psicológico para se referir a uma realidade intrapsiquíca, porém, quando pertinente ao campo da mediação, diz respeito exclusivamente às diferenças interpessoais. O terceiro, referido na noção, neutro e imparcial, é o mediador, pessoa que, para além da sua formação de base (Direito, Psicologia etc.), possui uma formação específica em mediação e auxilia as partes na obtenção de um acordo através da confrontação e da negociação e auxilia as partes na obtenção de acordo através da confrontação e da negociação dos pontos divergentes, na perspectiva da autocomposição do litígio e da responsabilização de seu cumprimento.[426]
>
> A mediação é o processo dinâmico que visa ao entendimento, buscando desarmar as partes envolvidas no conflito. O mediador, terceiro neutro e imparcial, tem atribuição de mover as partes da posição em que se encontram, fazendo-as chegar a uma solução aceitável. A decisão é das partes, tão somente delas, pois o mediador não tem poder decisório em influenciar diretamente na decisão das partes por meio de sugestões, opiniões ou conselhos.[427]

Os termos **mediação**, **conciliação** e **arbitragem**, frequentemente, são tidos

como sinônimos. Entretanto, consistem em três diferentes institutos, originários de um mesmo eixo: a resolução consensual dos conflitos. A conciliação utiliza a figura de um conciliador que intervém com sugestões e alerta sobre a possibilidade de ganhos e de perdas, valendo-se do antigo jargão de que "melhor um mau acordo do que uma boa demanda", incutindo um certo temor nos envolvidos quanto a uma possível sentença desfavorável, o que os leva a assumir, prontamente, um compromisso mútuo, por meio da confecção de um acordo que encerrará a demanda processual. Por sua vez, a mediação é um processo mais longo e complexo: encara o conflito, propondo reflexões, de modo a transformá-lo, construindo alternativas para a sua prevenção, enfrentamento ou resolução, já que o acordo não é necessariamente o desfecho deste trabalho. Na arbitragem, os envolvidos ficam à mercê da decisão a ser tomada pelo árbitro por eles procurado. Assim, enquanto na conciliação não se analisa as desavenças (suas causas e seus possíveis desdobramentos), na arbitragem as partes transferem as suas responsabilidades a um terceiro (que acaba por exercer a função de um juiz), e, na mediação, essa responsabilidade é transferida, pelo mediador, aos mediandos, tornando-os capazes, independentes e preparados para vivenciar um futuro diferente, não paralisante pelos resquícios do insucesso matrimonial:

> Diferentemente dos outros dois principais institutos, a conciliação e a arbitragem, a mediação é o método que mais habilidade e destreza exige do profissional que a pratica, visto que, nos conflitos, sobretudo os que envolvem questões de família, estão presentes, invariavelmente e com o mesmo grau de importância, os planos material e emocional.
> O intercâmbio entre os profissionais do Direito e os profissionais de Saúde Mental, especialmente aqueles com formação psicanalítica, propicia não só melhor compreensão dos diferentes níveis dos conflitos, mas também promove uma aproximação entre afeto e razão, mundo interno e mundo externo, realidade psíquica e realidade material, conceitos usualmente pensados dicotomicamente. Poder-se-ia então dizer que a meta da Mediação é fornecer as condições mínimas para que as pessoas, em situação de crise, passem a operar de uma maneira mais madura.[428]

Muitos casais, embora já certos quanto ao fim do matrimônio, mas em litígio por outras questões decorrentes dessa decisão, resistem em se submeter à mediação por fantasiarem que ela objetiva exclusivamente o restabelecimento do casamento, algo veementemente refutado por eles. Assim, é importante que juízes,

promotores e advogados tenham a sensibilidade de explicar e delimitar o que, realmente, este procedimento propõe, antes de oferecê-lo, eliminando preconceitos e irresignações:

> (...) o que se espera de um juiz vocacionado é que se questione o seu papel de magistrado e os seus limites no regramento dos conflitos familiares, e, sob o fundamento do amplo dever de conciliar as partes, não só está autorizado, mas obrigado a recomendar a Mediação aos litigantes, pois o dever de não ingerência nas relações privadas cessa no momento preciso em que nasce o risco de não assistência. Enfim, mediação é a aplicação do princípio ético da responsabilidade pelo próximo (...).[429]

A mediação não pode ser imposta, apenas sugerida, sob pena de perder a sua eficácia. Assim, antes de iniciada, deve ser sopesada e aceita pelos envolvidos, que elegerão uma terceira pessoa qualificada e de confiança (mediador) para os auxiliar no delicado processo de resolução do(s) conflito(s), transformando a complexa e difícil relação até então por eles estabelecida e vivenciada em outra mais amistosa, em que o diálogo e o consenso prevaleçam. Desse modo, podemos dizer que a mediação proporciona um resultado terapêutico sem consistir em uma terapia:

> Assentada na autonomia de vontade das partes, a mediação tem seu início, curso e término sujeitos unicamente a ela, pressupondo a disponibilidade dos envolvidos para rever a posição adversarial em que encontram. Desta forma, é um legítimo instrumento complementar que possibilita mudanças relacionais, articulando as necessidades de cada um com as possibilidades do outro, num contexto colaborativo, em direção ao fim da lide. Não só porque pode antecedê-la ou sucedê-la.
> (...)
> A participação na condução da solução do conflito por esta via é voluntária, ninguém pode obrigar a outrem a eleger este processo. O acordo final não é obrigatório, significando que as partes podem abandonar o processo a qualquer momento e dirigir-se a um dos dois extremos: passar à negociação ou demandar em juízo.[430]

A mediação tem como objetivo:

• confrontar e organizar uma nova identidade familiar;
• restabelecer uma comunicação interrompida;
• evitar o crescimento e a perpetuação de um litígio instaurado entre um casal que está se divorciando;
• conservar a importante relação de coparentalidade, fazendo com que os genitores enxerguem o que é melhor para o filho, evitando que a criança ocupe uma função de barganha ou ocupe um lugar de marionete;
• transformar conflitos e divergências em relações mais harmoniosas, dentro das condições estipuladas como possíveis;
• ser escutado e conseguir se fazer entender, chegando a um denominador comum sobre questões que aparentemente eram inconciliáveis, aliviando angústia, ansiedade e sofrimento;
• equilibrar/minimizar os atritos oriundos das diferenças que se acentuam em um processo de separação/divórcio (amadurecimento, desapego, rancor, aceitação);
• distinguir o que é da ordem legal/objetiva e o que é da ordem do emocional/subjetiva, as quais muitas vezes se confundem nos momentos de crise;
• acabar com a ilusão de que quem ganha uma ação judicial estará sendo compensada de prejuízos emocionais.

Elizane Riberti Nazareth resume bem a meta da mediação: "Fornecer as condições mínimas para que as pessoas, em situação de crise, passem a operar de uma maneira mais madura."[431]

Como resultado, obtêm-se várias vantagens, destacando-se:

• evita a manutenção dos impasses;
• facilita a comunicação familiar antes, durante e após um divórcio, acabando com diversos "mal-entendidos", ocasionados por falhas na comunicação, processos fantasiosos e inconscientes;
• proporciona o estabelecimento e correto/tempestivo cumprimento dos acordos estipulados;
• ajuda na elaboração psiquicamente de perdas, mágoas, traumas, proporcionando um diálogo e posição respeitosa frente aos diferentes pontos de vista, dificultando, assim, o desmembramento de processos antigos e já finalizadas em ações futuras.

A mediação pode ser apresentada em seis etapas: abertura/apresentação; levantamento de opções; negociação; agenda e fechamento.[432] Na primeira, o mediado explica aos envolvidos em que consiste o processo de mediação, seus objetivos e alcances, bem como suas vantagens e limites. Adiante, mapeia a situação, traçando o perfil das partes, do conflito, o que esperam e qual a meta em determinado período de tempo. Na terceira e quarta fases, o mediador procura criar um ambiente e clima favoráveis ao trabalho, estimulando modificações efetivas, negociando as possibilidades que, na fase seguinte, serão agendadas para serem executadas no momento estabelecido. Por fim, finaliza-se o trabalho, confeccionando um acordo, ou, não sendo possível, dando direcionamento a uma adequada condução jurídica, através da retomada ou da instauração de uma demanda judicial. Enfim, mediar é ajudar as partes a se organizarem para construírem uma ou mais versões que possam ser verdadeiras e justas para elas.[433] É implicar o sujeito com suas próprias questões através do diálogo e responsabilizando-se por elas e evitando que terceiro decida por eles.

O Direito de Família atual deve se orientar e se conduzir por uma principiologia, sobretudo da responsabilidade, da autonomia da vontade, da não intervenção estatal na vida privada, do melhor interesse do menor etc. Nesse viés, os operadores do Direito, diante de um inevitável divórcio que, com a Emenda Constitucional n. 66/2010, estipulou como único requisito a vontade de não mais continuar casado, devem propiciar um ambiente favorável para que os litigantes procurem resolver por si sós (com o suporte de um mediador ou de comediadores) os conflitos oriundos da família, que são muito mais da ordem afetiva que material, responsabilizando-os por suas escolhas e atitudes.

A mediação como técnica não adversarial, além de funcionar como eficaz indicativo para dirimir conflitos, traz consigo um novo pensamento e uma nova perspectiva para a responsabilização do sujeito. Consequentemente, pode ajudar e ser uma alternativa eficaz ao caótico funcionamento do Poder Judiciário. Mas, acima de tudo, a cultura da mediação muda a perspectiva e o olhar sobre o conflito. Em linguagem psicanalítica, é o mesmo que proporcionar aos operadores do Direito, especialmente aos advogados, não se permitirem ser instrumentos de "gozo" com o litígio, isto é, desestimular a briga ao desinstalar a lógica conflitante que constrói histórias de degradação do outro para instalar a lógica consensual em que se pode vislumbrar a responsabilidade de cada um por suas escolhas e atitudes de modo a não buscar no outro as causas da sua infelicidade, do insucesso conjugal e do seu desamparo estrutural.

422 ALMEIDA, Giselle Groeninga. “Mediação: além de um método, uma ferramenta para a compreensão das demandas judiciais no direito de família – a experiência brasileira”. In*: Revista Brasileira de Direito de Família*, n. 7, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, p. 25, out.-dez. 2000.

423 O Conselho Nacional de Justiça por meio da Resolução 125/2010 estimula a prática de mediação.

424 Na Catalunha temos a Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado. O artigo 2º desta Lei prevê que: 1. A mediação familiar inclui especificamente: a) As matérias abrangidas pelo Código Civil da Catalunha em situações de anulação matrimonial, separação ou divórcio deve ser aprovado pelo respectivo acordo de regulamentação. b) Os acordos alcançados quando do término da parceria de vida. c) A liquidação dos regimes matrimoniais.d) Os elementos da natureza operativa dos cuidados de adoção filiação, e de acolhimento, e situações que possam surgir entre o adotado e sua família biológica ou entre pais biológicos e pais adotivos, como resultado de ter exercido o direito de saber os dados biológicos. e) Os conflitos decorrentes do exercício da autoridade parental e do regime e forma de exercer a guarda. f) Litígios relativos à comunicação e relações entre pais, filhos, avós, netos e outros familiares e do ambiente familiar. g) Os litígios relativos às obrigações de alimentos entre parentes. h) Conflitos sobre o cuidado de idosos ou dependentes com quem existe uma relação familiar. i) Substâncias que estão sujeitas a acordo entre as partes interessadas em situações de crise da família, se o curso tem ligações com mais de um sistema legal. j) Conflitos familiares entre as pessoas de nacionalidade espanhola e pessoas de outras nacionalidades que vivem no Estado espanhol. k) Conflitos familiares entre as pessoas da mesma nacionalidade, mas diferentes dos espanhóis residentes no Estado espanhol. l) Conflitos familiares entre pessoas de nacionalidades diferentes para residentes espanhóis no Estado espanhol. m). Os requisitos de cooperação internacional em Direito de Família. n) A liquidação de ativos em uma posição de comunidade entre os

membros da família. o) Questões relacionais decorrentes da sucessão de uma pessoa. p) Os conflitos nas relações de convívio de ajuda mútua. q) Aspectos de convivência de idosos acolhidos, bem como os conflitos para a eleição dos guardiões, o estabelecimento de visitação com as questões de deficiência e econômicos decorrentes do exercício da tutela ou guarda de fato. r) Os conflitos decorrentes das relações entre as pessoas dentro do negócio da família. s) Quaisquer outros conflitos decorrentes do direito da pessoa e da família que poderia ser apreciados no tribunal.

425 NAZARETH, Eliana Riberti. “A prática da mediação”. In: *Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família: família e cidadania, o novo CCB e* a vactio legis, Belo Horizonte: IBDFAM; OAB/MG, 2002, p. 311.

426 GRISARD FILHO, Waldyr. “O recurso da mediação nos conflitos de família”. In: *Revista Brasileira de Direito de Família*, n. 14, jul-set/2002, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, p. 12, 2002.

427 RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *A prática da mediação e o acesso à justiça*, Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 75.

428 NAZARETH, Eliana Riberti e SANTOS, Lia Justiniano do. “A importância da comediação nas questões que chegam ao Direito de Família”. In*: Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família: afeto, ética, família e o novo código civil*, Belo Horizonte: IBDFAM; Del Rey, p. 129, 2004.

429 BARBOSA, Águida Arruda. ‘Mediação familiar e direito’. In: “Mediação: além de um método, uma ferramenta para a compreensão das demandas judiciais no direito de família – a experiência brasileira”. *Revista Brasileira de Direito de Família*, n. 7, out-dez/2000, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, p. 24, 2000.

430 GRISARD FILHO, Waldyr, “O recurso da mediação nos conflitos de família”. In: *Revista Brasileira de Direito de Família*, n. 14, jul-set/2002, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, p. 11-13, 2002.

431 NAZARETH, Eliana Riberti. “A prática da mediação”. In: *Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família: família e cidadania, o novo CCB e* a vactio legis, Belo Horizonte: IBDFAM; OAB/MG, p. 312, 2002.

432 NAZARETH, Eliana Riberti. “A prática da mediação”. In: *Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família: família e cidadania, o novo CCB e* a vactio legis, Belo Horizonte: IBDFAM; OAB/MG, p. 312, 2002.

433 AGUIAR, Carla Zamith Boin. *Mediação e Justiça Restaurativa: A humanização do sistema processual como forma de realização dos princípios constitucionais*, São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 95.

11.

MEDIDAS PROTETIVAS E A LEI MARIA DA PENHA

11.1. **A Eclosão de Conflitos – Uma Lei só para Mulheres?**

O movimento feminista foi um grande marco do século XX e deu à mulher um lugar de sujeito e não mais de assujeitada ao pai ou ao marido, permitindo-a apropriar-se do seu desejo, o que provocou uma reviravolta nas relações familiares, culminando, inclusive, na quebra do princípio da indissolubilidade do matrimônio, já que não estaria mais disposta a tudo submeter-se. Essa resignação histórica que sustentava os casamentos encobria, também, a violência doméstica. As mulheres não tinham coragem e nem força social para denunciar as agressões sofridas. Alguns costumes ajudavam a manutenção do sistema patriarcal em que cabia tal abuso, como, "casou, aguenta!"; "em briga de marido e mulher, ninguém mete a colher". E, assim, repetia-se e se perpetuava o ciclo da violência doméstica e da dominação de um gênero sobre o outro.

Segundo Sigmund Freud, as relações mais intrincadas e complexas são as familiares e, por isso mesmo, é aí que eclodem os maiores conflitos. Em outras palavras, é na intimidade do casal e da família que se externa afeto, carinho e também agressividade. É, portanto, da intimidade do casal, dos desejos contidos, das inseguranças, do ódio e do amor que vem a explosão da violência. Pode-se até compreendê-la, mas nada a justifica, nem mesmo a relação sadomasoquista que empreende um *continuum* ciclo de prazer e desprazer, pois, se levado às últimas consequências, este "gozo", em seu ponto final, pode ser a própria morte. Assim, o Estado deve interferir nesta intimidade para coibir e colocar limites neste gozo, muitas vezes mortífero.

O fim do casamento nem sempre é tão pacífico como deveria ser. É comum que os restos do amor se transmutem em agressões, inclusive físicas, cometidas, na maioria das vezes, pelo homem contra a mulher. Tal violência está diretamente relacionada à dominação erótica de um gênero sobre o outro. A violência doméstica, embora praticada no âmbito da vida privada, ganhou visibilidade, passando a ser tratada como uma preocupação não restrita apenas à ordem da

intimidade. Na medida em que se publiciza a violência, ela se politiza. Foi assim que, em agosto de 2006, sancionou-se a Lei n. 11.340, mais conhecida como *Lei Maria da Penha*, em referência ao caso da farmacêutica Maria da Penha, vítima de violência conjugal, que ficou paraplégica em razão de um tiro de espingarda dado pelo seu marido em uma das tentativas de homicídio cometidas contra ela. Esta lei, que teve como base a Convenção de Belém do Pará,[434] objetiva combater toda e qualquer forma de violência doméstica e familiar praticada contra o gênero feminino[435] e significa a efetivação e implementação de políticas públicas para diminuição do tormentoso quadro de violência doméstica.

Para alcançar tal finalidade, o legislador criou louváveis mecanismos para agilizar os trâmites legais e processuais de modo que as vítimas da violência sejam prontamente atendidas e assistidas através do recebimento das medidas protetivas de urgência. Também tornou mais severa a punição pelo violento ato praticado pelo agressor, afastando a possibilidade dessa aversiva conduta ser convertida em pena pecuniária mediante pagamento de cestas básicas ou de se poder realizar transação penal (art. 41), o que, por muito tempo, propiciou o sentimento de impunidade e favoreceu a sensação de que era "barato bater em mulher".

Mesmo diante de tantos e necessários avanços, a lei recebeu diversas críticas, sobretudo quanto à sua (in)constitucionalidade, por ser aplicável apenas à mulher. Tal discussão não nos parece pertinente frente aos conceitos de igualdade formal e material.

Não se pode negar a submissão das mulheres ao longo da história e o quanto foram subjugadas em seus direitos e desejos, revelando-se completamente dependentes do gênero masculino, seja do ponto de vista material e afetivo. Indiscutível que tal cenário mudou. Os tempos são outros. Os movimentos políticos e sociais ocorridos no último século contribuíram, e muito, para uma mudança desta realidade. A ideia de que a mulher não é mais o "sexo frágil" foi conquistada e propagada pelos próprios ideários feministas que apregoaram direitos iguais.

Entre os gêneros, existem as inevitáveis e naturais diferenças da ordem biológica, química e física. Mas não há diferenças quanto às personalidades (boas ou más) que justifiquem a aplicação desta lei apenas às mulheres. Restringir o campo de abrangência da Lei n. 11.340 somente à mulher pode reforçar a suposta inferioridade feminina e dizer que apenas os homens são maus e violentos, que elas são sempre as vítimas, seres bons e incapazes de agredir maridos, companheiros, filhos e outros afetos do sexo masculino com quem

convivem no ambiente familiar. O fato e a constatação histórica de as mulheres sofrerem agressão em maior número não significa dizer que não há homens violentados por mulheres, que carecem de eficaz proteção jurisdicional. O potencial de agressividade e de maldade humana está presente também no gênero feminino, embora seja menor sob o aspecto da agressão física. Portanto, é injustificável conferir a proteção da Lei Maria da Penha exclusivamente às mulheres, até porque, repita-se, isso acaba por reforçar a desigualdade culturalmente postulada durante anos e tão rechaçada na contemporaneidade. Se o espírito e as regras desta lei são tão contundentes e eficazes no combate à violência doméstica, por que não aproveitá-los integralmente no âmbito familiar, protegendo tanto as mulheres quanto os homens vítimas de violência? Qual seria o prejuízo, já que as mulheres continuariam recebendo o mesmo tipo de amparo e proteção? O caráter finalístico da referida lei deve comportar tal entendimento e concepção.[436] Da mesma forma e, no mesmo sentido, deve-se estender a aplicação da Lei Maria da Penha para as pessoas que "transitam" de um gênero a outro[437], ou não se enquadram nos convencionais padrões de masculino e feminino, como os transexuais e travestis. A este respeito o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, sob a argumentação de se assegurar direitos humanos e o princípio da dignidade humana, já se posicionou:

> (...) Tendo como norte a necessidade de assegurar os direitos humanos dentro de toda a sua plenitude, subjetiva e objetiva, individual e social, é que a Justiça pode vencer a pecha – para não dizer a realidade – de ser um poder incompetente e sacralizador de injustiças.
> É por isso que, para a resolução do conflito em tela, não há como desconsiderar a peculiar situação vivenciada pela ofendida que, malgrado não existir essa indicação em seus documentos de identificação civil, é reconhecida como mulher, tanto pela medicina quanto pelas pessoas de seu convívio social. Além disso, tal condição foi materializada após a realização da cirurgia reparadora que a tornou, definitivamente, uma mulher, sendo, portanto, destinatária dos mecanismos de proteção elencados pela Lei n. 11.340/06. Negar a aplicação desse diploma legal implica ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana, norma fundamental preconizada no inciso III do art. 1º da Constituição Federal.(...)[438]

O Supremo Tribunal Federal em julgamento de duas Ações do Controle Concentrado de Constitucionalidade (ADC 19 e ADIn 4424), em 09/02/2012

confirmou a constitucionalidade dos artigos 1º , 12, I, 16, 33 e 41 da Lei 11.340/2006. No entendimento da maioria, concluiu-se que: “não seria desproporcional ou ilegítimo o uso do sexo como critério de diferenciação, visto que a mulher seria eminentemente vulnerável no tocante a constrangimentos físicos, morais e psicológicos sofridos em âmbito privado” [439]. Além disto, a Lei Maria da Penha apresenta uma sintonia com os objetivos solidificados na Convenção de Belém do Pará, ratificados pelo Brasil: “Na seara internacional, a Lei Maria da Penha seria harmônica com o que disposto no art. 7º, item “c”, da Convenção de Belém do Pará (“Artigo 7. Os Estados Partes condenam todas as formas de violência contra a mulher e convêm em adotar, por todos os meios apropriados e sem demora, políticas destinadas a prevenir, punir e erradicar tal violência e a empenhar-se em: (...) c. incorporar na sua legislação interna normas penais, civis, administrativas e de outra natureza, que sejam necessárias para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, bem como adotar as medidas administrativas adequadas que forem aplicáveis”) e com outros tratados ratificados pelo país” [440]. Quanto ao argumento da autonomia política legislativa dos entes federados: “Concluiu-se que, por meio do referido art. 33, a Lei Maria da Penha não criaria varas judiciais, não definiria limites de comarcas e não estabeleceria o número de magistrados a serem alocados nos Juizados de Violência Doméstica e Familiar. Apenas facultaria a criação desses juizados e atribuiria ao juízo da vara criminal a competência cumulativa de ações cíveis e criminais envolvendo violência doméstica contra a mulher, haja vista a necessidade de conferir tratamento uniforme, especializado e célere, em todo território nacional, às causas sobre a matéria” [441]. Por fim, o Supremo Tribunal Federal confirmou que não necessita mais da representação da vítima, nos crimes dessa natureza: “O Plenário, por maioria, julgou procedente ação direta, proposta pelo Procurador Geral da República (ADIn 4424), para atribuir interpretação conforme a Constituição aos artigos 12, I; 16 e 41, todos da Lei 11.340/2006, e assentar a natureza incondicionada da ação penal em caso de crime de lesão corporal, praticado mediante violência doméstica e familiar contra a mulher” [442]. Esta decisão produzirá eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal[443].

11.2. **A Lei n. 11.340/2006 e seus Reflexos no Divórcio**

A Lei n. 11.340 está intimamente relacionada ao Direito de Família,

principalmente em diversos aspectos atinentes à separação de corpos e ao divórcio. Mesmo antes da Emenda Constitucional n. 66/2010, que eliminou os prazos exigidos para a decretação do divórcio, já se entendia que a comprovada violência doméstica poderia ensejar a eliminação do lapso temporal exigido para o rompimento do vínculo conjugal, como muito bem acertou o Tribunal de Justiça do Tocantins,[444] cuja sentença de primeira instância assim sustentou:

> A requerente foi vítima de tentativa de homicídio e aborto de conduta proferida pelo requerido em 06.08.2007, e desse fato penal recebeu 17 (dezessete) facadas; teve a cabeça toda furada, ficou com aversão e medo do marido, perdeu o filho, pois estava grávida, e espera do Estado o reconhecimento do direito de não ter nenhum vínculo e "*status* social" que a identifique com o requerido. Não almeja o direito de separar-se judicialmente, mas sim o de sentir-se livre para poder reconstituir sua vida e identificar-se como pessoa divorciada do requerido.
> A dissolução do vínculo matrimonial é uma matéria constitucional que deve observar o princípio da dignidade da pessoa humana e não há inconstitucionalidade quando não há evidência clara de reconstrução da família, e nesse sentido não há inconstitucionalidade na decretação do divórcio, mesmo antes de 02 (dois) anos, pois não há chance de ser observada a finalidade constitucional do prazo de reflexão da restauração da família.

Para desmistificar a ideia de que os delitos cometidos no âmbito familiar são, em geral, de menor potencial ofensivo, a Lei n. 11.340 afastou expressamente a inaplicabilidade da Lei n. 9.099/1995 (Juizados Especiais), prevendo rito e procedimentos próprios, dispondo, inclusive, sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (JVDFM), órgãos da Justiça ordinária com competência civil e criminal para processar, julgar e executar as causas decorrentes da prática da violência doméstica e familiar contra as mulheres.[445] Enquanto não instalados, a antiga competência dos Juizados Especiais Criminais fica deslocada para as varas criminais, com exceção da parte executória, que ficará a cargo das Varas de Família quando a medida protetiva aplicada for de natureza cível, ou das Varas de Execuções-Criminais, se a medida for de natureza penal.[446] Por conter disposições cíveis e criminais, aplicar-se-ão subsidiariamente as normas contidas nos Códigos Civil e de Processo, Penal e de Processo Penal, Estatuto da Criança e do Adolescente e Estatuto do Idoso (art. 13).

Ao noticiar o fato violento ao delegado, a vítima pode dispor de proteção policial. Deve receber informações sobre seus direitos, de modo que possa pleitear a concessão de uma ou mais medidas protetivas de urgência que entender necessárias, podendo o Juiz – mediante verificação de flagrante violência – aplicar liminarmente tantas outras medidas que julgar convenientes. Dentre as opções, há a possibilidade de imediata decretação da separação de corpos cumulada ou não com o afastamento do agressor do lar conjugal, a fixação de alimentos provisórios, o estabelecimento da guarda provisória dos filhos e da convivência familiar, a proibição de aproximação do agressor em relação à vítima, a privação de todo e qualquer contato entre as partes, bem como frequência a programas de recuperação e reeducação (art. 22). O descumprimento de estipulações pode ocasionar, entre outras consequências, a decretação da prisão preventiva do acusado.[447]

O pedido de medidas protetivas deve ser analisado cuidadosamente, com a cautela e perspicácia do julgador, sob pena de se desvirtuar a finalidade da lei, aplicando-se medidas extremamente desproporcionais ao fato narrado unilateralmente pela vítima.

Não nos parece sensato estipular de forma indiscriminada, mas tão somente em casos peculiares, a corriqueira proibição de todo e qualquer tipo de contato entre vítima e agressor tal como previsto no artigo 22, III.[448] Na prática, esta é uma das "proteções" mais estabelecidas, o que vem prejudicando demasiadamente os filhos, na medida em que inviabiliza a participação conjunta dos genitores nas questões relativas aos menores, pois a efetiva presença de ambos os pais na vida das crianças e adolescentes é extremamente relevante para um bom e saudável desenvolvimento biopsíquico. Há casos, por exemplo, que os genitores não podem, sequer, participar conjuntamente de uma reunião escolar, por terem de ficar a metros de distância um do outro; da mesma forma que um genitor não pode entregar/receber a criança do outro nos dias de visitação/convivência, tornando-se dependentes da boa vontade e disposição de uma terceira pessoa que nem sempre existe. Pais que não podem conversar sobre seus filhos geram neles inevitável mal-estar, além de vários traumas e nefastas implicações psicológicas.

A estipulação de uma ou mais medidas protetivas não impede, tampouco inviabiliza, a decretação do divórcio, que deve ser requerido através de procedimento próprio (ação autônoma) perante o Juízo competente. Afinal, a Emenda n. 66/2010 facilita a dissolução do casamento, exigindo como requisito apenas o casamento válido entre as partes e a vontade de um ou de ambos os cônjuges de não mais permanecerem casados.

434 A convenção de Belém do Pará, de 09 de junho de 1994, reitera que a violência contra a mulher constitui violação dos direitos humanos e liberdades fundamentais, claramente demonstrados em seu preâmbulo:

Os estados-partes nesta convenção, reconhecendo que o respeito irrestrito aos direitos humanos foi consagrado na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e na Declaração Universal dos Direitos Humanos e reafirmado em outros instrumentos internacionais e regionais;

Afirmando que a violência contra a mulher constitui violação dos direitos humanos e liberdades fundamentais e limita total ou parcialmente a observância, gozo e exercício de tais direitos e liberdades;

Preocupados por que a violência contra a mulher constitui ofensa contra a dignidade humana e é manifestação das relações de poder historicamente desiguais entre mulheres e homens;

Recordando a Declaração para a Erradicação da Violência contra a Mulher, aprovada na Vigésima Quinta Assembleia de Delegadas da Comissão Interamericana de Mulheres, e afirmando que a violência contra a mulher permeia todos os setores da sociedade, independentemente de classe, raça ou grupo étnico, renda, cultura, nível educacional, idade ou religião, e afeta negativamente suas próprias bases;

Convencidos de que a eliminação da violência contra a mulher é condição indispensável para seu desenvolvimento individual e social e sua plena e igualitária participação em todas as esferas de vida; e

Convencidos de que a adoção de uma convenção para prevenir, punir e erradicar todas as formas de violência contra a mulher, no âmbito da Organização dos Estados Americanos, constitui positiva contribuição no sentido de proteger os direitos da mulher e eliminar as situações de violência contra ela (...)

435 Lei n. 11.340 – Art. 2º Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade, religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social.

Art. 3º Serão asseguradas às mulheres as condições para o exercício efetivo dos direitos à vida, à segurança, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, à moradia, ao acesso à justiça, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

436 O Tribunal de Justiça do Mato Grosso assim entende: (...) A inovadora Lei n. 11.340 veio por uma necessidade premente e incontestável que consiste em trazer uma segurança à mulher vítima de violência doméstica e familiar, já que por séculos era subjugada pelo homem que, devido à sua maior compleição física e cultura machista, compelia a "fêmea" a seus caprichos, à sua vilania e tirania. Houve por bem a lei, atendendo à súplica mundial, consignada em tratados internacionais e firmados pelo Brasil, trazer um pouco de igualdade e proteção à mulher, sob o manto da Justiça. Esta lei que já mostrou o seu valor e sua eficácia trouxe inovações que visam assegurar a proteção da mulher, criando normas impeditivas aos agressores de manterem a vítima sob seu julgo enquanto a morosa Justiça não prolatasse a decisão final, confirmada pelo seu trânsito em julgado. Entre elas a proteção à vida, a incolumidade física, ao patrimônio etc.

Embora em número consideravelmente menor, existem casos em que o homem é quem vem a ser vítima da mulher tomada por sentimentos de posse e de fúria que levam a todos os tipos de violência, diga-se: física, psicológica, moral e financeira. No entanto, como bem destacado pelo douto causídico, para estes casos não existe previsão legal de prevenção à violência, pelo que requer a aplicação da lei em comento por analogia. Tal aplicação é possível? A resposta me parece positiva. Vejamos: é certo que não podemos aplicar a lei penal por analogia quando se trata de norma incriminadora, porquanto fere o princípio da reserva legal, firmemente encabeçando os artigos de nosso Código Penal: "Art. 1º Não há crime sem lei anterior que o

defina. Não há pena sem prévia cominação legal". Se não podemos aplicar a analogia *in malam partem*, não quer dizer que não podemos aplicá-la *in bonam partem*, ou seja, em favor do réu quando não se trata de norma incriminadora, como prega a boa doutrina: "Entre nós, são favoráveis ao emprego da analogia *in bonam partem:* José Frederico Marques, Magalhães Noronha, Aníbal Bruno, Basileu Garcia, Costa e Silva, Oscar Stevenson e Narcélio de Queiróz" (Damásio de Jesus – Direito Penal – Parte Geral – 10. ed. p. 48) Ora, se podemos aplicar a analogia para favorecer o réu, é óbvio que tal aplicação é perfeitamente válida quando o favorecido é a própria vítima de um crime.

Por algumas vezes me deparei com casos em que o homem era vítima do descontrole emocional de uma mulher que não media esforços em praticar todo o tipo de agressão possível contra o homem. Já fui obrigado a decretar a custódia preventiva de mulheres "à beira de um ataque de nervos", que chegaram a tentar contra a vida de seu ex-consorte, por pura e simplesmente não concordar com o fim de um relacionamento amoroso. Não é vergonha nenhuma o homem se socorrer ao Poder Judiciário para fazer cessar as agressões da qual vem sendo vítima. Também não é ato de covardia. É, sim, ato de sensatez, já que não procura o homem/vítima se utilizar de atos também violentos como demonstração de força ou de vingança. E compete à Justiça fazer o seu papel de envidar todos os esforços em busca de uma solução de conflitos, em busca de uma paz social. No presente caso, há elementos probantes mais do que suficientes para demonstrar a necessidade de se deferir as medidas protetivas de urgência requeridas, pelo que defiro o pedido e determino à autora do fato o seguinte: 1. que se abstenha de se aproximar da vítima, a uma distância inferior a 500 metros, incluindo sua moradia e local de trabalho; 2. que se abstenha de manter qualquer contato com a vítima, seja por telefonema, *e-mail*, ou qualquer outro meio direto ou indireto. Expeça-se o competente mandado e consigne-se no mesmo a advertência de que o descumprimento desta decisão poderá importar em crime de desobediência e até em prisão (TJMT, Decisão interlocutória própria – proferida fora de Audiência. Autos de n. 1074/2008, Juiz Mário Roberto Kono de Oliveira, Distribuição 10.10.2008).

437 (...). A Lei Maria da Penha atribuiu às uniões homoafetivas o caráter de entidade familiar, ao prever, no seu artigo 5º, parágrafo único, que as relações pessoais mencionadas naquele dispositivo independem de orientação sexual (STJ, Resp n. 827962 / RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, 4ª turma, pub. 08.08.2011).

438 TJSC, Processo: 2009.006461-6, Relator Roberto Lucas Pacheco, 14.08.2009.

439 STF, ADC 19, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 09.02.2012.

440 STF, ADC 19, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 09.02.2012.

441 STF, ADC 19, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 09.02.2012.

442 STF, ADIn 4424, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 09.02.2012.

443 CR 1988, Art. 102 §2º: § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004.)

444 Divórcio Direto. Trata-se de ação ordinária de divórcio direto em situação especial que não há o decurso temporal de 02(dois) anos de separação de fato, mas que a requerente postula o direito de romper o vínculo matrimonial com supedâneo no princípio da dignidade da pessoa humana, no direito a ser respeitada a sua identidade como pessoa e também que o Poder Judiciário adote uma interpretação razoável e proporcional do ordenamento jurídico quando a requerente foi vítima de violência doméstica. Ante o exposto, e em harmonia com o parecer ministerial, julgo procedente os pedidos formulados na petição inicial, com resolução de mérito, com fulcro no artigo 269, I, CPC, e interpretação sistemática dos artigos 226, §§ 6º (sem o prazo de dois anos) e 8º, e artigos 1º, III, 3º, IV e 5º, *caput* e seu § 2º, todos da Constituição Federal, e as Convenções sobre a Eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher (artigo 16, item b) e do Belém do Pará (artigos 3º, 4º, itens a, b, e e artigos 7º e 12) e a Lei Maria da Penha nos seus artigos 5º e 6º e DECRETO o DIVÓRCIO DIRETO de C. B. S. e J. A. L. No que se refere aos

filhos do casal, permanecerão eles sobre a guarda da requerente. Por fim, determino que a requerente utilize o seu nome C. B. S., na condição de solteira, devendo o Cartório Cível expedir mandado para fins de averbação após o trânsito em julgado (TJTO, Ação ordinária de divórcio direto, autos n. 2671/08, Juíza Luciana Costa Aglantzakis, julgamento 09.10.2008).

445 A Turma, ao prosseguir o julgamento, por maioria, concedeu a ordem de *habeas corpus*, mudando o entendimento quanto à representação prevista no art. 16 da Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha). Considerou que, se a vítima só pode retratar-se da representação perante o juiz, a ação penal é condicionada. Ademais, *a dispensa de representação significa que a ação penal teria prosseguimento e impediria a reconciliação de muitos casais*. HC 113.608-MG, Rel. originário Min. Og Fernandes, Rel. para acórdão Min. Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP), julgado em 5.3.2009. (Grifo nosso.)

446 Art. 33. Enquanto não estruturados os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, as varas criminais acumularão as competências cível e criminal para conhecer e julgar as causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, observadas as previsões do Título IV desta Lei, subsidiada pela legislação processual pertinente.

Parágrafo único. Será garantido o direito de preferência, nas varas criminais, para o processo e o julgamento das causas referidas no *caput*.

447 Art. 20. Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva do agressor, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial.

Parágrafo único. O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no curso do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

448 Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras: (...)

III – proibição de determinadas condutas, entre as quais:

a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;

b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;

c) frequentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida.

ANEXOS

ANEXO I

REFERÊNCIAS NORMATIVAS EM DIREITO DE FAMÍLIA POR ORDEM CRONOLÓGICA

1. LEIS

1- Lei n. 1.110, de 23.05.1950 – Regula o reconhecimento dos efeitos civis ao casamento religioso.

2- Lei n. 3.764, de 25.04.1960 – Estabelece rito sumaríssimo para retificações na registro civil.

3- Lei n. 5.478, de 25.07.1968 – Dispõe sobre ação de alimentos e dá outras providências.

4- Lei n. 5.891, de 12.06.1973 – Altera normas sobre o exame médico na habilitação de casamento entre colaterais de terceiro grau.

5- Lei n. 6.015, de 31.12.1973 – Dispõe sobre os registros públicos e dá outras providências.

6- Lei n. 6.515, de 26.12.1977 – Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências.

7- Lei n. 6.880, de 9.12.1980 – Dispõe sobre o Estatuto dos Militares. Art 50, IV, *e*, *f*, *g*; 2, *I*, §§ 2º, 3º e 4º.

8- Constituição Federal de 1988. Arts. 1º, III, 3º, I, III, IV, 4º, II, 5º, I, II, XXX, XXXI, XXXIV, XXXV, XXXVI, XLI, LV, LX, LXVII, LXXIV, LXXVI, LXXVIII, §§ 1º, 2º, 3º e 4º, 226, 227, 228, 229 e 230.

9- Lei n. 8.009, de 29.03.1990 – Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família.

10- Lei n. 8.069, de 13.07.1990 – Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.

11- Lei n. 8.242, de 12.10.1991 – Cria o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda) e dá outras providências.

12- Lei n. 8.560, de 29.12.1992 – Regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências.

13- Lei n. 8.971, de 29.12.1994 – Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão.

14- Lei n. 9.263, de 12.01.1996 – Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências.

15- Lei n. 9.278, de 10.05.1996 – Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. Dispõe sobre união estável.

16- Lei n. 10.050, de 14.11.2000 – Altera o art. 1.611 da Lei n. 3.071, de 01.01.1916 – Código Civil, estendendo o benefício do § 2º ao filho necessitado, portador de deficiência.

17- Lei n. 10.173, de 09.01.2001 – Altera a Lei n. 5.869, de 11.01.1973 – Código de Processo Civil, para dar prioridade de tramitação aos procedimentos judiciais em que figure como parte pessoa com idade igual ou superior a sessenta e cinco anos.

18- Lei n. 10.421, de 15.04.2002 – Estende à mãe adotiva o direito à licença-maternidade e ao salário-maternidade, alterando a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Dec.- Lei n. 5.452, de 01.05.1943, e a Lei n. 8.213, de 24.07.1991.

19- Lei n. 10.741, de 01.10.2003 – Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências.

20- Lei n. 10.778, de 24.11.2003 – Estabelece a notificação compulsória, no território nacional, do caso de violência contra a mulher que for atendida em serviços de saúde públicos ou privados.

21- Lei n. 10.836, de 09.01.2004 – Cria o Programa Bolsa Família e dá outras providências.

22- Emenda constitucional 45, de 30.12.2004 – Arts. 5º, (...), 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 (...) da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103-B, 111-A e 130-A.

23- Lei n. 11.105, de 24.03.2005 – Regulamenta os incs. II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM, e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei n. 8.974, de 05.01.1995, e a Medida Provisória 2.191-9, de 23.08.2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei n. 10.814, de 15.12.2003, e dá outras providências.

24- Lei n. 11.340, de 07.08.2006 – (Lei Maria da Penha) – Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres e da Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal e dá outras providências.

25- Lei n. 11.419, de 19.12.2006 – Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil; e dá outras providências.

26- Lei n. 11.441, de 04.01.2007 – Altera dispositivos da Lei n. 5.869, de 11.01.1973 – Código de Processo Civil, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa.

27- Lei n. 11.577, de 22.11.2007 – Torna obrigatória a divulgação pelos meios que especifica de mensagem relativa à exploração sexual e tráfico de crianças e adolescentes apontando formas para efetuar denúncias.

28- Lei n. 11.634, de 27.12.2007 – Dispõe sobre o direito da gestante ao conhecimento e a vinculação à maternidade onde receberá assistência no âmbito do Sistema Único de Saúde.

29- Lei n. 11.698, de 13.6.2008 – Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada.

30- Lei n. 11.790, de 02.10.2008 – Altera o art. 46 da Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973 – Lei de Registros Públicos, para permitir o registro da declaração de nascimento fora do prazo legal diretamente nas serventias extrajudiciais, e dá outras providências.

31- Lei n. 11.804, de 05.11.2008 – Disciplina o direito a alimentos gravídicos e a forma como ele será exercido e dá outras providências.

32- Lei n. 11.924, de 17.4.2009 – Alterou o art. 57 da Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973, autorizando o enteado ou a enteada a adotar o nome da família do padrasto ou da madrasta.

33- Lei n. 11.965, de 3.7.2009 – Dispõe sobre a participação do defensor público na lavratura da escritura pública de inventário e de partilha, de separação consensual e de divórcio consensual.

34- Lei n. 12.004, de 29.7.2009 – Altera a Lei n. 8.560, de 29 de dezembro de 1992, que regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências.

35- Lei n. 12.008, de 29.7.2009 – Altera os arts. 1.211-A, 1.211-B e 1.211-C da Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, e acrescenta o art. 69-A à Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999 – Dispõe sobre a prioridade na tramitação de procedimentos judiciais e administrativos às pessoas que especifica.

36- Lei n. 12.010, de 3.8.2009 – Dispõe sobre adoção; altera as Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente, n. 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943; e dá outras providências.

37- Lei n. 12.013, de 6.8.2009 – Alterou o artigo 12 da Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996, determinando às instituições de ensino a obrigatoriedade no envio de informações escolares a pais ou responsáveis não conviventes.

38- Lei n. 12.036, de 1º.10.2009 – Adequando a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro ao Comando Constitucional – Dispõe sobre o reconhecimento do divórcio realizado no estrangeiro.

39- Lei n. 12.038, de 1º.10.2009 – Altera o art. 250 da Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente, para determinar o fechamento definitivo de hotel, pensão, motel ou congênere que reiteradamente hospede crianças e adolescentes desacompanhados dos pais ou responsáveis, ou sem autorização.

40- Lei n. 12.100, de 27.11.2009 – Dá nova redação aos arts. 40, 57 e 110 da Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973, que dispõe sobre os registros públicos e dá outras providências.

41- Lei n. 12.122, de 15.12.2009 – Altera o art. 275 da Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, incluindo como sujeitas ao procedimento sumário as causas relativas à revogação de doação.

42- Lei n. 12.127, de 17.12.2009 – Cria o Cadastro Nacional de Crianças e Adolescentes Desaparecidos.

43- Lei n. 12.133, de 17.12.2009 – Dá nova redação ao art. 1.526 da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para determinar que a habilitação para o casamento seja feita pessoalmente perante o oficial do Registro Civil.

44- Lei n. 12.195, de 14.01.2010 – Altera o art. 990 da Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), para assegurar ao companheiro sobrevivente o mesmo tratamento legal conferido ao cônjuge supérstite, quanto à nomeação do inventariante.

45- Emenda Constitucional n. 64, de 04.02.2010 – Altera o art. 6º da Constituição da República para introduzir a alimentação como direito social.

46- Emenda Constitucional n. 66 promulgada em 13.07.2010 que altera o § 6º do artigo 226, suprimindo a separação judicial e prazos para o divórcio.

47- Emenda Constitucional n. 65 promulgada em 14.07.2010 que altera o art. 227, da CF para cuidar dos interesses da juventude.

48. Lei n. 12.318, de 27.08.2010 – Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei n. 8.069/90.

49. Lei n. 12.344, de 09.12.2010 – Que altera o inciso II do art. 1641 do CCB aumentando para 70 anos a idade obrigatória do regime da separação de bens.

50- Lei n. 12.376, de 31.12.2010 – Altera a ementa do Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942 para Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.

51- Lei n. 12.398, de 28.03.2011- Acrescenta parágrafo único ao art. 1.589 da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, e dá nova redação ao inciso VII do art. 888 da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, para estender aos avós o direito de visita aos netos.

52- Lei n. 12.415, de 09.06.2011 – Acrescenta parágrafo único ao art. 130 da Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), para determinar que alimentos provisórios sejam fixados cautelarmente em favor da criança ou adolescente cujo agressor seja afastado da moradia comum por determinação judicial.

53- Lei n. 12.418, de 09.06.2011 – Altera o inciso I do *caput* do art. 38 da Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003, que dispõe sobre o Estatuto do Idoso, para reservar aos idosos pelo menos 3% (três por cento) das unidades residenciais em programas habitacionais públicos ou subsidiados com recursos públicos.

54- Lei n. 12.419, de 09.06/2011 – Altera o art. 38 da Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), para garantir a prioridade dos idosos na aquisição de unidades residenciais térreas, nos programas nele mencionados.

55- Lei n. 12.424 de 16.06.2011 – Altera a Lei n. 11.977, de 7 de julho de 2009, que dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas, as Leis nos 10.188, de 12 de fevereiro de 2001, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 4.591, de 16 de dezembro de 1964, 8.212, de 24 de julho de 1991, e 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil; revoga dispositivos da Medida Provisória no 2.197-43, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. (Usucapião pro família)

56- Lei n. 12.461 de 26.07.2011 – Altera a Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003, para estabelecer a notificação compulsória dos atos de violência praticados contra o idoso atendido em serviço de saúde.

57- Lei n. 12.470 de 31 de 01.09.2011 – (...) altera os arts. 16, 72 e 77 da Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre o Plano de Benefícios da Previdência Social, para incluir o filho ou o irmão que tenha deficiência intelectual ou mental como dependente e determinar o pagamento do salário-maternidade devido à empregada do microempreendedor individual diretamente pela Previdência Social (...)

58- Lei n. 12.594 de 18.01.2012 – Institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase), regulamenta a execução das medidas socioeducativas destinadas a adolescente que pratique ato infracional; e altera as Leis nos 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente); 7.560, de 19 de dezembro de 1986, 7.998, de 11 de janeiro de 1990, 5.537, de 21 de novembro de 1968, 8.315, de 23 de dezembro de 1991, 8.706, de 14 de setembro de 1993, os Decretos-Leis nos 4.048, de 22 de janeiro de 1942, 8.621, de 10 de janeiro de 1946, e a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943.

59- Lei n. 12.605, de 03.04.2012 – Determina o emprego obrigatório da flexão de gênero para nomear profissão ou grau em diplomas.

60- Lei n. 12.662, de 05.06.2012 – Assegura validade nacional à Declaração de Nascido Vivo – DNV, regula sua expedição, altera a Lei n. 6.051, de 31 de dezembro de 1973, e dá outras providências.

61- Lei n. 12.685, de 18.07.2012 – Institui o Dia Nacional do Compromisso com a Criança, o Adolescente e a Educação.

62- Lei n. 12.693, de 24.07.2012 – Altera as Leis n. 12.409, de 25 de maio de 2011, n. 11.578, de 26 de novembro de 2007, n. 11.977, de 7 de julho de 2009, e n. 10.188, de 12 de fevereiro de 2001. (...) Art. 35-A- Nas hipóteses de dissolução de união estável, separação ou divórcio, o título de propriedade do imóvel adquirido no âmbito do PMCMV, na constância do casamento ou da união estável, com subvenções oriundas de recursos do Orçamento-Geral da União, do FAR e do FDS, será registrado em nome da mulher ou a ela transferido, independentemente do regime de bens aplicável, excetuados os casos que envolvam recursos do FGTS. Parágrafo único. Nos casos em que haja filhos do casal e a guarda seja atribuída exclusivamente ao marido ou companheiro, o título da propriedade do imóvel será registrado em seu nome ou a ele transferido.

63- Lei n. 12.696, de 26.07.2012 – Altera os arts. 132, 134, 135 e 139 da Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), para dispor sobre os Conselhos Tutelares.

2. DECRETOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS

1- Decreto-Lei n. 3.200, de 19.04.1941 – Dispõe sobre a organização e proteção da família.

2- Decreto n. 62.978, de 11.07.1968 – Promulga a Convenção sobre assistência judiciária gratuita com a Argentina.

3- Decreto n. 66.605, de 20.05.1970 – Promulga a Convenção sobre Consentimento para Casamento, 1962.

4- Decreto n. 70.391, de 12.4.1972 – Promulga a Convenção sobre Igualdade de Direitos e Deveres entre Brasileiros e Portugueses.

5- Decreto n. 99.710, de 21.11.90 – Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança.

6- Decreto n. 166, de 3.7.91 – Promulga o Convênio de Cooperação Judiciária em Matéria Civil, entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Reino da Espanha.

7- Decreto n. 678, de 6.11.92 – Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969.

8- Decreto n. 1.212, de 3.8.94 – Promulga a Convenção Interamericana sobre a Restituição Internacional de Menores, adotada em Montevidéu, em 15 de julho de 1989.

9- Decreto n. 1.213, de 3.8.94 – Promulga a Convenção Interamericana sobre o Regime Legal das Procurações para serem utilizadas no Exterior, adotada na Cidade do Panamá, em 30 de janeiro de 1975.

10- Decreto n. 1.476, de 2.5.95 – Promulga o Tratado Relativo à Cooperação Judiciária e ao Reconhecimento e Execução de Sentenças em Matéria Civil, entre a República Federativa do Brasil e a República Italiana, de 17 de outubro de 1989.

11- Decreto n. 1.560, de 18.7.95 – Promulga o Acordo de Cooperação Judiciária em Matéria Civil, Comercial,

Trabalhista e Administrativa, entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Argentina, de 20 de agosto de 1991.

12- Decreto n. 1.850, de 10.4.96 – Promulga o Acordo de Cooperação Judiciária em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa, entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Oriental do Uruguai, de 28 de dezembro de 1992.

13- Decreto n. 1.899, de 9.5.96 – Promulga a Convenção Interamericana sobre Cartas Rogatórias, de 30 de janeiro de 1975.

14- Decreto n. 1.925, de 10.6.96 – Promulga a Convenção Interamericana sobre Prova de Informação acerca do Direito Estrangeiro, concluída em Montevidéu, Uruguai, em 8 de maio de 1979.

15- Decreto n. 1.979, de 9.8.96 – Promulga a Convenção Interamericana sobre Normas Gerais de Direito Internacional Privado, concluída em Montevidéu, Uruguai, em 8 de maio de 1979.

16- Decreto n. 2.022, de 7.10.96 – Promulga o Protocolo Adicional à Convenção Interamericana sobre Cartas Rogatórias, concluído em Montevidéu, em 8 de maio de 1979.

17- Decreto n. 2.067, de 12.11.96 – Promulga o Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa (Mercosul), Brasil, país estrangeiro, Argentina, Paraguai, Uruguai.

18- Decreto n. 2.428, de 17.12.97 – Promulga a Convenção Interamericana sobre Obrigação Alimentar, concluída em Montevidéu, em 15 de julho de 1989.

19- Decreto n. 2.626, de 15.6.98 – Promulga o Protocolo de Medidas Cautelares, concluído em Ouro Preto, em 16 de dezembro de 1994. Promulgação, acordo internacional, medidas acautelatórias (Mercosul).

20- Decreto n. 2.740, de 20.8.98 – Promulga a Convenção Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, assinada na Cidade do México em 18 de março de 1994.

21- Decreto n. 3.087, de 21.06.1999 – Promulga a Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, concluída na cidade de Haia, em 29.05.1993.

22- Decreto n. 3.413, de 14.04.2000 – Promulga a Convenção sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças, concluída na cidade de Haia, em 25.10.1980. (Convenção de Haia)

23- Decreto n. 3.598, de 12.09.2000 – Promulga o Acordo de Cooperação em Matéria Civil entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República francesa, celebrado em Paris, em 28.05.1996.

24- Decreto n. 4.377, de 13.09.2002 – Promulga a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto n. 89.460, de 20.03.1984.

25- Decreto n. 7037, de 21.12.2009. Aprova o Programa Nacional de Direitos Humanos – PNDH e dá outras providências.

26- Decreto n. 7.156, de 09.04.2010 – Promulga o texto do Estatuto Emendado da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, assinado em 30 de junho de 2005.

27- Decreto n. 7.158, de 20.4.2010 – Autoriza a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República a dar cumprimento a sentença exarada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

28- Decreto n. 7.176, de 12.5.2010 – Promulga o Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América para Programas Educacionais e de Intercâmbio Cultural, firmado em Brasília, em 27 de maio de 2008.

29- Decreto n. 7.177, de 12.5.2010 – Altera o Anexo do Decreto no 7.037, de 21 de dezembro de 2009, que aprova o Programa Nacional de Direitos Humanos –PNDH-3.

30- Decreto n. 7.231, de 14.7.2010 – Regulamenta o art. 29, incisos I, II e III, da Lei no 6.015, de 31 de dezembro de 1973, que dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências.

31- Decreto n. 7.234, de 19.07.2010 – Dispõe sobre o Programa Nacional de Assistência Estudantil – Pnaes.

32- Decreto n. 7.272, de 25.08.2010 – Regulamenta a Lei n. 11.346, de 15 de setembro de 2006, que cria o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – Sisan com vistas a assegurar o direito humano à alimentação adequada, institui a Política Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – PNSAN, estabelece os parâmetros para a elaboração do Plano Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional, e dá

outras providências.

33- Decreto n. 7.307, de 22.09.2010 – Autoriza a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República a dar cumprimento à sentença exarada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

34- Decreto n. 7.316, de 22.09.2010 – Dispõe sobre o percentual máximo do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza a ser destinado às despesas administrativas para o exercício de 2010.

3. INSTRUÇÕES NORMATIVAS/PROVIMENTOS

1- Instrução Normativa n. 255/96, da Corregedoria Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais – CGJMG – Requisitos necessários à conversão da união estável em matrimônio.

2- Provimento n. 10/96, da Corregedoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo – CGJSP – Conversão da união estável em casamento – alteração das normas de serviço da corregedoria.

3- Provimento n. 3/2008, do TJPE – Dispõe sobre o protesto de decisões irrecorríveis acerca de alimentos provisórios ou provisionais e de sentença transitada em julgado, em sede de ação de alimentos, e dá outras providências.

4- Provimento n. 08/2009, do TJGO – Protesto de sentença proferida em ação de alimentos.

5- Provimento n. 174/2010 CGJ/AM – Dispõe sobre lavratura de Escritura Pública de Declaração de convivência de união homoafetiva perante os cartórios de serviõs notoriais.

6- Parecer PFGN n. 1503/2010 que trata da inclusão de dependentes homoafetivos para efeitos fiscais.

7. Provimento n. 40 /2011 – Corregedoria Geral de Justiça de Alagoas – Autoriza o processamento de pedido de casamento entre pessoas do mesmo sexo perante as Serventias Extrajudiciais.

8- Provimento n. 223/2011 da Corregedoria Geral de Justiça de Minas Gerais – Dispõe sobre a realização de atos notariais e registrais relativos à união estável.

9- Provimento n. 15/2011 da Corregedoria Geral de Justiça de Goiás- Dispõe sobre a lavratura de escritura declaratória de união estável.

10- Provimento n. 01/2012 da Corregedoria Geral de Justiça do Espírito Santo – Regulamenta atos relativos a união estável.

11- Provimento n. 04/2012 da Corregedoria Geral de Justiça do Piauí – Dispõe sobre a escrituração da união estável homoafetiva nas Serventias do Estado do Piauí.

12. Provimento n. 16/2012 do CNJ – Dispõe sobre a recepção, pelos Oficiais de Registro Civil das Pessoas Naturais, de indicações de supostos pais de pessoas que já se acharem registradas sem paternidade estabelecida, bem como sobre o reconhecimento espontâneo de filhos perante os referidos registradores.

4. RESOLUÇÕES/RECOMENDAÇÕES

1- Resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM) n. 1.957/2010 – Adota normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida.

2- Resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM) n. 1.955/2010 – Dispõe sobre a cirurgia de transgenitalismo e revoga a Resolução CFM n. 1.652/02.

3- Resolução n. 9/2005 do STJ – Dispõe, em caráter transitório, sobre competência acrescida ao STJ pela EC n. 45/2004 (homologação de sentença estrangeira e de carta rogatória).

4- Resolução n. 35/2007 do CNJ – Disciplina a aplicação da Lei n. 11.441/07 (possibilita a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa) pelos serviços notariais e de registro.

5- Resolução n. 39/2007 do CNJ – Dispõe sobre o instituto da dependência econômica no âmbito do Conselho Nacional de Justiça.

6- Resolução n. 40/2007 do CNJ – Dispõe sobre os procedimentos de reconhecimento de união estável no âmbito do Conselho Nacional de Justiça.

7- Resolução n. 42/2007 do CNJ – Dá nova redação ao art. 6º da Resolução n. 13, de 21 de março de 2006; revoga a letra *k* do art. 2º da Resolução n. 14, de 21 de março de 2006, e acrescenta ao referido artigo um parágrafo único. Dispõe sobre percepção cumulativa de subsídios, remuneração ou proventos, juntamente

com pensão decorrente de falecimento de cônjuge ou companheira(o), determinando a observância do teto mínimo constitucional individualmente.

8- Resolução n. 54/2008 do CNJ – Dispõe sobre a implantação e funcionamento do Cadastro Nacional de Adoção.

9- Resolução n. 77/2009 do CNJ – Dispõe sobre a inspeção nos estabelecimentos e entidades de atendimento ao adolescente e sobre a implantação do cadastro nacional de adolescentes em conflito com a lei.

10- Resolução n. 93/2009 do CNJ – Acrescenta e altera dispositivos à Resolução n. 54, de 29 de abril de 2008, que dispõe sobre a implantação e funcionamento do Cadastro Nacional de Adoção, cria e dispõe sobre o Cadastro Nacional de Crianças e Adolescentes Acolhidos.

11- Resolução n. 94/2009 do CNJ – Determina a criação de Coordenadorias da Infância e da Juventude no âmbito dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal.

12- Resolução n. 120/2010 do CNJ que alterou a Resolução n. 35/2007 que disciplina a aplicação da Lei n. 11.441/07 serviços notariais e de registro.

13- Resolução 125/2010 do CNJ – Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. (Publicada no *DJ* – e n. 219/2010, em 01/12/2010, p. 2-14).

14- Resolução 131/2011- do CNJ - Dispõe sobre a concessão de autorização de viagem para o exterior de crianças e adolescentes brasileiros, e revoga a Resolução n. 74/2009 do CNJ.

15- Recomendação n. 2/2006 do CNJ – Recomenda aos Tribunais de Justiça a implantação de equipe interprofissional em todas as comarcas do Estado, de acordo com o que preveem os arts. 150 e 151 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90).

16- Recomendação n. 5/2006 do CNJ – Recomenda o estudo da viabilidade da criação de varas especializadas em direito de família, sucessões, infância e juventude e de Câmaras ou Turmas com competência exclusiva ou preferencial sobre tais matérias.

17- Recomendação n. 9/2007 do CNJ – Recomenda aos Tribunais de Justiça a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher e a adoção de outras medidas, previstas na Lei n. 11.340, de 09.08.2006, tendentes à implementação das políticas públicas, que visem garantir os direitos humanos das mulheres no âmbito das relações domésticas e familiares.

18- Recomendação n. 14/2007 do CNJ – Recomenda aos tribunais a adoção de medidas para dar prioridade aos processos e procedimentos em que figure como parte interveniente pessoa com idade superior a 60 anos, em qualquer instância.

19- Recomendação n. 16/2008 do CNJ – Recomenda aos Tribunais de Justiça a regulamentação da função de Juiz de Paz prevista no artigo 98, inciso II da Constituição Federal.

20- Recomendação n. 17/2008 do CNJ – Recomenda aos Tribunais de Justiça a promoção de campanhas e mutirões que visem ao registro civil de nascimento.

21- Recomendação n. 33/2010 do CNJ – Recomenda aos tribunais a criação de serviços especializados para escuta de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência nos processos judiciais. Depoimento Especial.

22- Resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM) n. 1957 de 06.01.11, alterando a Resolução CFM n. 1358 de 1992, que dispõe sobre *normas éticas para utilização* das técnicas de reprodução assistida.

ANEXO II

SÚMULAS

1. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Súmula 49: "A cláusula de inalienabilidade inclui a incomunicabilidade dos bens". (*Vide* Código Civil 1.848.)
Súmula 116: "Em desquite ou inventário, é legítima a cobrança do chamado imposto de reposição quando houver desigualdade nos valores partilhados".
Súmula 149: "É imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança".
Súmula 226: "Na ação de desquite, os alimentos são devidos desde a inicial e não da data da decisão que os concede".
Súmula 258: "É admissível reconvenção em ação declaratória".
Súmula 377: "No regime da separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento".
Súmula 379: "No acordo de desquite não se admite renúncia aos alimentos, que poderão ser pleiteados ulteriormente, verificados os pressupostos legais".
Súmula 380: "Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum."
Súmula 381: "Não se homologa sentença de divórcio obtida, por procuração, em país de que os cônjuges não eram nacionais."
Súmula 382: "A vida em comum sob o mesmo teto, *more uxorio*, não é indispensável à caracterização do concubinato".
Súmula 420: "Não se homologa sentença proferida no estrangeiro sem prova do trânsito em julgado."
Súmula 490: "A pensão correspondente à indenização oriunda de responsabilidade civil deve ser calculada com base no salário mínimo vigente ao tempo da sentença e ajustar-se-á às variações ulteriores".
Súmula 562: "Na indenização de danos materiais decorrentes de ato ilícito cabe a atualização de seu valor, utilizando-se, para esse fim, dentre outros critérios, os índices de correção monetária".
Súmula 656: "É inconstitucional a lei que estabelece alíquotas progressivas para o imposto de transmissão intervivos; de bens imóveis – ITBI com base no valor venal do imóvel".
Súmula Vinculante 13: "A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da união, dos estados, do distrito federal e dos municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal".
Súmula Vinculante 18: "A dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal, no curso do mandato, não afasta a inelegibilidade prevista no § 7º do artigo 14 da Constituição Federal".
Proposta de Súmula Vinculante 31: "É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito".

2. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Súmula 1: "O foro do domicílio ou da residência do alimentando é o competente para a ação de investigação de paternidade, quando cumulada com a de alimentos".
Súmula 99: "O Ministério Público tem legitimidade para recorrer no processo em que oficiou como fiscal da lei, ainda que não haja recurso da parte".
Súmula 197: "O divórcio direto pode ser concedido sem que haja prévia partilha dos bens".
Súmula 205: "A Lei n. 8.009/90 aplica-se à penhora realizada antes de sua vigência".
Súmula 277: "Julgada procedente a investigação de paternidade, os alimentos são devidos a partir da citação".
Súmula 301: "Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade".
Súmula 309: "O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que vencerem no curso do processo".
Súmula 332: "A fiança prestada sem autorização de cada um dos cônjuges implica a ineficácia total da garantia".
Súmula 336: "A mulher que renunciou aos alimentos na separação judicial tem direito à pensão previdenciária por morte do ex-marido, comprovada a necessidade econômica superveniente".
Súmula 358: "O cancelamento de pensão alimentícia de filho que atingiu a maioridade está sujeito à decisão judicial, mediante contraditório, ainda que nos próprios autos".
Súmula 364: "O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas".
Súmula 366: "Compete à Justiça estadual processar e julgar ação indenizatória proposta por viúva e filhos de empregado falecido em acidente de trabalho".
Súmula 372: "Na ação de exibição de documentos, não cabe a aplicação de multa cominatória".
Súmula 383: "A competência para processar e julgar as ações conexas de interesse de menor é, em princípio, do foro do domicílio do detentor de sua guarda".
Súmula 401: "O prazo decadencial da ação rescisória só se inicia quando não for cabível qualquer recurso do último pronunciamento judicial".
Súmula 410: "A prévia intimação pessoal do devedor constitui condição necessária para a cobrança de multa pelo descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer".
Súmula 416: "É devida a pensão por morte aos dependentes do segurado que, apesar de ter perdido essa qualidade, preencheu os requisitos legais para a obtenção de aposentadoria até a data do seu óbito".
Súmula 417: "Na execução civil, a penhora de dinheiro na ordem de nomeação de bens não tem caráter absoluto".
Súmula 418: "É inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação".
Súmula 419: "Descabe a prisão civil do depositário judicial infiel".
Súmula 449: "A vaga de garagem que possuir matrícula própria no registro de móveis não constitui bens de família para efeito de penhora."
Súmula 451: "É legítima a penhora da sede do estabelecimento comercial."

BIBLIOGRAFIA

AGUIAR, Carla Zamith Boin. *Mediação e Justiça Restaurativa: A humanização do sistema processual como forma de realização dos princípios constitucionais*, São Paulo: Quartier Latin, 2009.

ALFAIATE, Ana Rita. "Autonomia e cuidado". In: *O cuidado como valor jurídico*, Tânia da Silva Pereira (Coord.), Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ALMEIDA, Giselle Groeninga. "Mediação: além de um método, uma ferramenta para a compreensão das demandas judiciais no direito de família – a experiência brasileira". In: *Revista Brasileira de Direito de Família*, n. 7, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, out.-dez./2000.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *O fim da culpa na separação judicial: Uma perspectiva histórico-jurídica*, Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

AMORIM, Sebastião Luiz; OLIVEIRA, Euclides de. *Separação e divórcio: teoria e prática*, 6. ed. São Paulo: Universitária de Direito, 2001.

ANDRADE NETO, Carlos Gonçalves de. "Alimentos por ato ilícito e a possibilidade de prisão do devedor por seu inadimplemento". In: *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM bimestral, vol. 8, fev./ março 2009.

ANTUNES ROCHA, Carmem Lúcia. "O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social". In: *Anais do XVVI Conferencia Nacional dos Advogados – Justiça: realidade e utopia*, Brasília: OAB, Conselho Federal, p. 72, vol. I, 2000.

ARAUJO, Nádia de. *Direito Internacional privado: Teoria e prática brasileira*. 4. ed. atualizada e ampliada, Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ASPIRI, Jorge O. *Régimen de bienes en el matrimonio*, Buenos Aires: Hammurabi, 2007.

BARBOSA, Águida Arruda. "Mediação familiar e direito". In: *Mediação: além de um método, uma ferramenta para a compreensão das demandas judiciais no direito de família – a experiência brasileira, Revista Brasileira de Direito de Família*, n. 7, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, out.-dez./2000.

BARROS, Sérgio Resende de. "Direitos humanos da família: dos fundamentais aos operacionais". In: GROENINGA, Giselle Câmara; CUNHA PEREIRA,

Rodrigo da (Coords.). *Direito de família e psicanálise – Rumo a uma nova epistemologia*, Rio de Janeiro: Imago, 2003.

BEITZKE, Günther. "Les causes de divorce dans lê nouveau droit allemand". In: *Le nouveau droit du divorce en Allemagne et en France*, Paris: Générale de Droit et de Jurisprudence, 1979, p. 36, *apud* CARVALHO NETO, Inácio de. *Separação e divórcio: teoria e prática*, 9. ed., Curitiba: Juruá, 2008.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Ed. Uma, 1999.

BOUCAULT, Carlos. "Multiculturalismo e Direito de Família nas normas de direito internacional privado". In: CUNHA PEREIRA, Rodrigo da (Coord.). *Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família – Família e Cidadania. O novo CCB e a* vacatio legis, Belo Horizonte/Del Rey, 2000.

BRASIL. Constituição (1998). Constituição da República Federativa do Brasil, DF: Senado, 1988.

_____. Código Civil Brasileiro. 2002.

_____. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www. www.stf.jus.br >. Acesso em: 23.12.2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Enunciado n. 102, aprovado na Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, no período de 11 a 13 de setembro de 2002. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 23.12.2009.

_____. Câmara dos Deputados. Parecer da Comissão Especial quando da análise da PEC 413/2005 e 33/2007. Novembro de 2007. Diário da Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www.camara.gov.br >. Acesso em: 23.12.2009.

_____. Senado Federal. Disponível em: <http://www.Senado.gov.br >. Acesso em: 23.12.2009.

BRITO, Edvaldo. "Introdução". In: GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro*, São Paulo: Martins Fontes, 2003.

BRITO, Leila Maria Torraca de. "Famílias e separação: perspectivas da psicologia jurídica". In: *Alianças desfeitas, ninhos refeitos: mudanças na família pós-divórcio*. (Org.) Leila Maria Torraca de Brito, Rio de Janeiro: EdUERJ, 2008.

_____. "Família e Dignidade: trabalhos apresentados nos anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família". In: PEREIRA. Rodrigo da Cunha (Coord.). *Desdobramentos da Família pós-divórcio: o relato dos filhos*, São Paulo: IOB Thomson, 2006.

BRUSCHI, Gilberto Gomes. *Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

BUZZI, Marco Aurélio Gastaldi. *Alimentos transitórios: uma obrigação por tempo certo*, Curitiba: Juruá, 2003.

CAHALI, Francisco José. "Alimentos no código civil: Aspectos civil, constitucional, processual e penal". In: CAHALI, Francisco José; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). *Renúncia aos alimentos decorrentes do casamento e da união estável*, São Paulo: Saraiva, 2005.

CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e Separação*, 10. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002; 11. ed., 2005.

_____. *Dos alimentos*, 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999; 2009.

CAMPOS, Paulo Mendes. *O amor acaba*, Editora Civilização Brasileira – Rio de Janeiro, 1999.

CARBONERA, Silvana Maria. *Guarda de Filhos na família constitucionalizada*, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2000.

CARVALHO, Dimas Messias de. *Divórcio: judicial e administrativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

CARVALHO NETO, Inácio de. *Separação e divórcio: teoria e prática*, 9. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

CASSETTARI, Cristiano. *Separação, divórcio e inventário por escritura pública: teoria e prática*, São Paulo: Método, 2007.

CINTRA, Antônio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido. *Teoria Geral do Processo*, 19. ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

COBACHO GÓMEZ, J. A. *La deuda alimentícia*, Madrid, 1990, p. 28, op. cit. ALBERDI, Beatriz Saura. *La pensión compesatoria; critérios delimitadores de su importe y extensión*, p. 75, Valencia: Tirant monografias, 2004.

COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mario Luiz (Coords.) *Separação, divórcio, partilhas e inventários extrajudiciais*, São Paulo: Método, 2007.

_____. "Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil Brasileiro": trabalhos apresentados nos anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *A separação judicial e a renúncia a alimentos*, Belo Horizonte: IBDFAM, Del Rey, 2004.

COLTRO, Antonio Carlos Mathias; TELES, Marília Campos Oliveira. "A indignidade sob a perspectiva da obrigação alimentar no direito civil brasileiro". In: MADALENO, Rolf; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de*

Família – processo, teoria e prática, Rio de Janeiro: Forense, 2008.

CORREA, A. Ferrer. *Lições de Direito Internacional Privado*, vol. I, Coimbra: Almedina, 2000.

CORREA, A. Ferrer. *Lições de Direito Internacional Privado*, vol. I, Coimbra: Almedina, 2000, p. 11 *apud* ARAÚJO, Nadia de. *Direito Internacional privado: Teoria e prática brasileira*, 4. ed. atualizada e ampliada, Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

COSTA, Tarcísio José Martins. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*, Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CRUZ, Maria Luiza Póvoa. *Separação, Divórcio e Inventário por via administrativa: implicações das alterações no CPC promovidas pela Lei n. 11.441/07*, Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____. "Família e Solidariedade": trabalhos apresentados nos anais do VI Congresso Brasileiro de Direito de Família. In: PEREIRA. Rodrigo da Cunha (Coord.). *Aspectos polêmicos e Práticos da Separação/Divórcio Extrajudicial*, Rio de Janeiro: IBDFAM – Lumen Juris, 2008.

CUNHA, João Paulo. "Quanto menos família melhor". *Boletim do IBDFAM*, n. 24, p. 5, jan./ fev. 2004.

_____. "A ética do afeto". In: GROENINGA, Giselle Câmara; CUNHA PEREIRA, Rodrigo da (Coord.). *Direito de família e psicanálise – Rumo a uma nova epistemologia*, Rio de Janeiro: Imago, 2003, p. 86.

DAVID, René. *Os Grandes sistemas de direito contemporâneo*. Trad. Hermínio A. Carvalho, São Paulo: Martim Fontes, 2002.

DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de filosofia do direito*. Trad. Antônio José Brandão, Coimbra: Arménio Amado, 1959.

_____. *Princípios gerais do direito*. Trad. Fernando de Bragança, Belo Horizonte: Líder, 2003.

DIAS, Maria Berenice. "Da separação e do divórcio". In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). *Direito de família e o novo código civil*, 3. ed. rev., atual. e ampl., Belo Horizonte: Del Rey, 2003. pp. 73-79.

_____. *Manual de Direito das Famílias*, 5. ed. revisada, atualizada e ampliada, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

DIAS, Maria Berenice. *Divórcio já!: Comentários a Emenda Constitucional 66 de 13 de julho de 2010*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010.

DIAS, Maria Berenice. "A reforma do CPC e a execução dos alimentos". IBDFAM, Belo Horizonte, MG: 14.01.2007. Disponível em <http://

www.ibdfam.org.br/ artigo&artigo=253. Acesso em: 29 dez.2009.

DOLTO, Françoise. *Quando os pais se separam*, Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1989.

DUARTE, Jorge Pinheiro. *Revista Brasileira de Direito de Famílias e Sucessões*. "A nova Lei do Divórcio Portuguesa (Lei n. 61/2008, de 31 de outubro)", vol. 8º, outubro/novembro/ 2009, Porto Alegre: Magister: Belo Horizonte: IBDFAM.

DUARTE, Lenita Pacheco Lemos. *A guarda dos filhos na família em litígio – Uma interlocução da psicanálise com o Direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FACHIN, Luiz Edson. "Direito, guerra e paz no campo da família: limites do processo judicial". In: *Anais do VII Congresso Brasileiro de Direito das Famílias*, Belo Horizonte: IBDFAM, 2010.

_____. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça de (Coord.). *Código Civil comentado: direito de família, casamento: arts. 1.511 a 1.590*, São Paulo: Atlas, 2003. vol. XV.

FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo P. "Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica". In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) *Constituição, direitos fundamentais e direito provado*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

FACHIN, Luiz Edson. *Direito de família: elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FACHIN, Rosana Amara Girardi. *Em busca da família do novo milênio – uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do direito de família brasileiro contemporâneo*, Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FARIAS, Cristiano Chaves (Coord.). *Temas atuais de Direito de Família*, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

_____. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, n. 17, mar. abr./2007.

_____. *O novo Procedimento da Separação e do Divórcio (de acordo com a Lei n. 11.441/2007)*, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

_____. "Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil Brasileiro": trabalhos apresentados nos anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Redesenhando os contornos da*

dissolução do casamento (casar e permanecer casado: eis a questão), Belo Horizonte: IBDFAM-Del Rey, 2004.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa*, 3. ed. totalmente revista e ampliada, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FILHO, Waldyr Grisard. *Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*, 4. ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FREUD, Sigmund. *Luto e melancolia*. *Obras psicológicas completas*. Trad. Themira O. Brito, Paulo H. Brito e Cristiano Ort. Rio de Janeiro: Imago, 1974, vol. XIV.

FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 2001.

_____. "A tutela de urgência na jurisdição de família: cautelares, tutela antecipada". *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, vol. 4, n. 14, p. 51-61, 2001.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*, São Paulo, Saraiva, 2003, vol. 3.

_____. *O novo divórcio*. São Paulo: Saraiva, 2010.

GARÉ, Thierry. "Présentation de la reforme". In: *La reforme du divorce par la loi du 26 mai 2004: pacification et simplification?* Marseille: Presses Universitaires, 2005, p. 21 *apud* CARVALHO NETO, Inácio de. *Separação e divórcio: teoria e prática*, 9. ed., Curitiba: Juruá, 2008.

GOMES, Orlando *apud* CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*, 4. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com o novo Código Civil, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRISARD FILHO, Waldyr, "O recurso da mediação nos conflitos de família". In: *Revista Brasileira de Direito de Família*, n. 14, jul.-set./2002, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, 2002.

_____. *Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*, 4. ed. revisada, atualizada e ampliada, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

GROENINGA, Giselle Câmara. "O direito a ser humano: da culpa à responsabilidade". *Direito de Família e Psicanálise*. In: GROENINGA, Giselle de; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.), Rio de Janeiro: Imago, 2003, p. 95-106.

GROSMAN, Cecília P.; ALCORTA, Irene Martinez. *Famílias Ensambladas – novas uniões desperes del divórcio*, Buenos Aires: Editorial Universidad,

2000.
HIRONAKA, Giselda M. Fernandes Novaes. “Família e Solidariedade”: trabalhos apresentados no VI Congresso Brasileiro de Direito de Família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *A Indignidade como Causa de Escusabilidade do Dever de Alimentar*, Rio de Janeiro: IBDFAM – Lumen Juris, 2008.
JARDIM ROCHA, Mônica. “Síndrome de alienação parental: a mais grave forma de abuso emocional”, p. 39-46. In: *Psicologia na prática jurídica – A criança em foco*, (Coord.) Beatrice Marinho Paulo, Niterói: Impetus, 2009.
JONAS, Hans. O princípio responsabilidade – *Ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. Trad. Marijane Lisboa, Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto. Ed. PUC-Rio, 2006.
KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*, São Paulo: Abril Cultural, 1980, vol. I.
KAUFMANN, PIERRE. *Dicionário enciclopédico de psicanálise: o legado de Freud e Lacan*. Trad. Vera Ribeiro; Maria Luíza de A. Borges, Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996.
KOHLER. “Ueber die interpretation von Gesetzen, in Zeitschrift f. d. Priv. und off”. Recht d. Gegenwart, Bd. XIII, Viena, 1885. *Apud* DEL VECCHIO, Giorgio. *Princípios gerais do direito*. Trad. Fernando de Bragança, Belo Horizonte: Leider, 2003.
LACAN, Jacques Écrits. Paris: Seuil, 1966, *Apud* ALTOÉ, Sônia. Régine Mougin-Lemerle. Sujeito de direito. *Sujeito de desejo. Direito e Psicanálise*.
LAGOMARSINO, Carlos; URIARTE, Jorge. *Separación personal y divorcio*, 2. ed., Buenos Aires: Universidad, 1997.
LAGRASTA, Caetano. “Parentes: guardar e alienar”. In: *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre. Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, vol. 11, 2009.
_____. *Direito de família: a família brasileira no final do século XX*, São Paulo: Malheiros, 2000.
LASARTE, Carlos. Afeto, “Ética, Família e o novo Código Civil Brasileiro”: trabalhos apresentados nos anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord). *A pensão derivada da separação ou do divórcio na experiência espanhola*, Belo Horizonte: IBDFAM – Del Rey, 2004.
LEMINSKI, Paulo. *Conselhos e relatos*, São Paulo: Brasiliense, 1983.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. "Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*". In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Família e cidadania – o novo CCB e a* vacatio legis, Belo Horizonte: IBDFAM – Del Rey, 2002.

_____. "A repersonalização das relações de família". *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, vol. 6, n. 24, p. 136-156, jun./jul. 2004.

_____. *Direito Civil – Famílias*, São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. "Princípio da solidariedade familiar". *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre/Belo Horizonte: Magister/IBDFAM, out.-nov. 2007.

_____. "A PEC do Divórcio: consequências jurídicas imediatas". In: *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, vol. 11 ago./set. 2009, p. 05-17, Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM.

_____. "Conferência Magna – Princípio da Solidariedade Familiar". In: *Anais do VI Congresso Brasileiro de Direito de Família*, Rio de Janeiro: IBDFAM – Lumen Juris, 2008.

LOTUFO, Renan. "Repensando o Direito de Família": trabalhos apresentados nos anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família. In: PEREIRA. Rodrigo da Cunha (Coord.). *Separação e divórcio no ordenamento jurídico brasileiro e comparado*. Belo Horizonte: IBDFAM- Del Rey, 1999.

LÜDERITZ, Alexander et DETHLOFF, Nina. Familienrecht. München: verlag C.H. Beck, 2007.

MADALENO, *Rolf. Direito de família: aspectos polêmicos*, 2. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

_____. *Curso de Direito de Família*, Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. *A desconsideração judicial da pessoa jurídica no direito de família e no direito das sucessões*, Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MADALENO, Rolf; CRISTINA, Ana Brenner (Coords.). *Ações de Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. "O Calvário da Execução de Alimentos. *Revista Brasileira de Direito de Família*, n. 1, Ed. Síntese em parceria com IBDFAM. Porto Alegre/RS. 1999.

_____. *Novas perspectivas no direito de família*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. *Direito de Família em pauta*, Porto Alegre: Livraria do Advogado,

2004.

_____. *A Criança no novo Direito de Família. Direitos Fundamentais do Direito de Família*. (Coord.) WELTER, Belmiro Pedro, MADALENO, Rolf Hanssen, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MARINHO PAULO, Beatrice. "Como o leão da montanha". IBDFAM, Belo Horizonte, 24 de novembro de 2009, Disponível em: < http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=567>. Acesso em: 16 dez. 2009.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*, Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MORAES, Maria Celina Bodin de. "Sobre o nome da pessoa humana", In: *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, vol. 2, n. 7, out./dez., 2000.

_____. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *Anais do IV Congresso de Direito de Família*. IBDFAM, 2004.

_____. "Danos morais em família? Conjugalidade, parentalidade e responsabilidade civil". In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). *A ética da convivência familiar: sua efetividade no cotidiano dos tribunais*, Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MOTTA, Maria Antonieta Pisano. "A Síndrome da Alienação Parental: Identificação, sua manifestação no Direito de Família, Intervenções possíveis". In: *Síndrome da Alienação Parental: A Tirania do Guardião – Aspectos Psicológicos, Sociais e Jurídicos*. (Ideal. e org.) Analdino Rodrigues Paulino Neto – Associação de Pais e Mães Separados – Apase, Porto Alegre: Equilíbrio, 2008.

NAZARETH, Eliana Riberti. "A prática da mediação". In: *Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família: família e cidadania, o novo CCB e a vacatio legis*, Belo Horizonte: IBDFAM; OAB/MG, 2002.

NAZARETH, Eliana Riberti; SANTOS, Lia Justiniano do. "A importância da comediação nas questões que chegam ao direito de família". In: *Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família: afeto, ética, família e o novo código civil*, Belo Horizonte: IBDFAM; Del Rey: 2004.

NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Código de Processo Civil e legislação extravagante*, São Paulo, RT: 2007.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *A tutela de urgência e o direito de família*, São Paulo: Saraiva, 1998.

OLIVEIRA, Catarina Almeida de. In: ALBUQUERQUE, Fabíola Santos; EHRHARDT JR., Marcos; OLIVEIRA, Catarina Almeida. (Coord.). *Famílias no direito contemporâneo: estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lôbo*, Bahia: Editora Jus Podivm, 2010.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de; LUIZ, Sebastião Amorim. *Separação e Divórcio*, 4. ed. reescrita, ampliada e atualizada, São Paulo: EUD, 1997.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. "A família na travessia do milênio": trabalhos apresentados no II Congresso Brasileiro de Direito de Família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Efeitos materiais da separação judicial e do divórcio*, Belo Horizonte: IBDFAM-OAB/ MG, 2000.

OLIVEIRA, Euclides de. "Quais as causas que podem justificar a separação". In: *Casamento, separação, viuvez*. (Coord.) Carla Leonel, São Paulo: Ed. CIP, 1999.

PACHECO, Lenita Lemos Duarte. *A Guarda dos Filhos na Família em Litígio – Uma Interlocução da Psicanálise com o Direito*, Rio de Janeiro: IBDFAM – Lumen Juris, 2006.

PENA JUNIOR, Moacir César. *Direito das pessoas e das famílias*, São Paulo: Saraiva, 2008.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Código Civil da Família, anotado*, 3. ed., Curitiba: Juruá, 2009.

_____. *Direito de Família: processo, teoria e prática*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; MADALENO, Rolf (Coords.). *Separação e Divórcio Judicial: Reflexões sobre a prática*, Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. *A sexualidade vista pelos Tribunais*, Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

_____. *Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família*, Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

_____. *Direito de Família: uma abordagem psicanalítica*, 2. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

_____. "Brazilian family law in the twenty-first century and psychoanalysis". In: BAINHAM, Andrew (Ed.). *The International survey of family law*, Bristol: Jordan, 2002.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*, Rio de Janeiro: Forense, 2004, vol. V.

_____. *Instituições de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. *Instituições de Direito Civil*, 17. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009, vol. 5.

PEREIRA, Tânia da Silva. “Família e Solidariedade”: trabalhos apresentados nos anais do VI Congresso Brasileiro de Direito de Família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Desvendando o cuidado como valor jurídico: Abrigo e Alternativas de Acolhimento Familiar*, Rio de Janeiro: IBDFAM – Lumen Juris, 2008.

PERROT, Michele. “O nó e o ninho”. *Revista Veja 25 anos: reflexões para o futuro*. São Paulo: Abril, 1993.

PETER BURKE. *Folha de S. Paulo*, Caderno Mais, p. 7, 11.11.04.

REINA, Victor. “Culpabilidad conyugal y separación, divorcio o nulidad”, Barcelona: Ariel, 1984, p. 56-57, *apud* MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*, Rio de Janeiro: Forense, 2008.

RIBEIRO, Benedito Silvério. *Cautelares em família e sucessões*, São Paulo: Saraiva, 2009.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*, Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *Direito de Família*, 6. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*, vol. VI ,18. ed., São Paulo: Saraiva, 1993.

RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *A prática da mediação e o acesso à justiça*, Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ROUDINESCO, Elisabeth. *A família em desordem*. Trad. André Telles, Rio de Janeiro: Jorge Zahar. Ed., 2003.

SCHLÜTER, Wilfried. Código Civil Alemão: *Direito de Família*. Tradução de Elisete Antoniuk, M. jur. Comp. na Universidade de Bonn. Sérgio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre, 2002.

SILVA, Cláudia Maria. “Indenização ao filho”. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, vol. 25, p. 149, ago./set. 2004.

STRENGER, Guilherme Gonçalves. *Guarda de filhos*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

TEPEDINO, Gustavo. “Repensando o Direito de Família”: trabalhos apresentados nos anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *O papel da culpa na separação e no divórcio*. Belo Horizonte: IBDFAM – Del Rey, 1999.

_____. “Controvérsias sobre o regime de bens no Novo Código Civil”. In: *Anais do VI Congresso Brasileiro de Direito de Família – Família e Solidariedade*. Rio de Janeiro: IBDFAM – Lumen Juris, 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. II, 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. *Curso de Direito processual civil*, Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VELOSO, Zeno. *Direito de Família: processo, teoria e prática*, In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; MADALENO, Rolf (Coords.). COLTRO, Antônio Carlos Mathias; TELLES, Marília Campos Oliveira e (Autores). *Aspectos práticos da Separação e Divórcio Extrajudiciais*, Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. "Novo casamento do cônjuge do ausente". *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, n. 23, abr.-maio de 2004.

VILELLA, João Batista. *Separação, Divórcio e Concubinato*, Rio de Janeiro: Arquivos do Ministério da Justiça, 1979.

WELTER, Belmiro Pedro. *Separação e Divórcio*, Porto Alegre: Síntese, 2000.

ZULIANI, Ênio Santarelli. "Alimentos". In: *Estudos Jurídicos em homenagem ao centenário de Edgard de Moura Bittencourt: a revisão do direito de família*. (Coord.) COLTRO, Carlos Mathias, Rio de Janeiro: Editora GZ, 2009.

_____. *Alimentos no Código Civil*, Porto Alegre: Síntese, 2003.

ZYGMUNT, Barimam. *Amor líquido: sobre a fragilidade das relações humanas*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

SÍTIOS SOBRE DIVÓRCIO E DIREITO DE FAMÍLIA EM GERAL

Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM	**http://www.ibdfam.org.br/**
Rede Judiciária Europeia em matéria civil e comercial	**http://ec.europa.eu/civiljustice/divorce/divorce_net_pt.htm**
Organização mundial para a cooperação em matéria civil e comercial	**http://www.hcch.net/index_en.php?act=home.splash**
Conferência de Haia de Direito Internacional Privado em debate	**http://haiaemdebate.blogspot.com/**
Cooperação internacional/STJ	**www.stj.gov.br**
República Federal da Alemanha	*Bundesgerichtshof Tribunal Federal Supremo* **www.bundesgerichtshof.de**
República Argentina	**Corte Suprema de Justicia** **www.csjn.gov.ar**
República da Áustria	*Oberster Gerichtshof Supreme Judicial Court* **www.ogh.gv.at** *Verfassungsgerichtshof Constitutional Court* **www.vfgh.gv.at**
Espanha	**Tribunal Supremo** **www.poderjudicial.es**
Estados Unidos da América	*Supreme Court of the United States of America* **www.supremecourtus.gov**
República Francesa	*Cour de Cassation* **www.courdecassation.fr**
Haia	*International Court of Justice* **www.icj-cij.org**
República Italiana	**Corte Costituzionale** **www.cortecostituzionale.it**
União Europeia	**Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias** **www.curia.eu.int** *European Court of Human Rights*/**Corte Europeia de Direitos Humanos** **www.echr.coe.int**

SÍTIOS DO PODER JUDICIÁRIO E DE OUTROS ÓRGÃOS NECESSÁRIOS

Câmara dos Deputados www.camara.gov.br
Conselho da Justiça Federal http://www.jf.jus.br/
Conselho Nacional de Justiça http://www.cnj.jus.br/
Senado Federal http://www.senado.gov.br/sf/
Superior Tribunal de Justiça http://www.stj.gov.br/
Superior Tribunal Militar http://www.stm.gov.br/
Supremo Tribunal Federal http://www.stf.jus.br/
Tribunal de Justiça de Minas Gerais http://www.tjmg.jus.br/
Tribunal de Justiça do Distrito Federal http://www.tjdft.jus.br/
Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba http://www.tjpb.jus.br
Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas http://www.tj.al.gov.br/
Tribunal de Justiça do Estado de Goiás http://www.tjgo.jus.br
Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul http://www.tjms.jus.br
Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco http://www.tjpe.jus.br
Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia http://www.tj.ro.gov.br/
Tribunal de Justiça do Estado de Roraima http://www.tj.rr.gov.br/
Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina http://www.tj.sc.gov.br/
Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo http://www.tj.sp.gov.br/
Tribunal de Justiça do Estado do Acre http://www.tjac.jus.br
Tribunal de Justiça do Estado do Amapá http://www.tjap.gov.br/
Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas http://www.tj.am.gov.br/
Tribunal de Justiça do Estado do Ceará http://www.tjce.jus.br
Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo http://www.tj.es.gov.br/
Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso http://www.tj.mg.gov.br/
Tribunal de Justiça do Estado do Pará http://www.tj.pa.gov.br
Tribunal de Justiça do Estado do Paraná http://www.tj.pr.gov.br/
Tribunal de Justiça do Estado do Piauí http://www.tjpi.jus.br
Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro http://www.tj.rj.gov.br/
Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte http://www.tjrn.gov.br:8080/sitetj/
Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul http://www.tj.rs.gov.br/
Tribunal de Justiça do Estado do Sergipe http://www.tj.se.gov.br
Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins http://www.tj.to.gov.br/
Tribunal Regional Federal da 1ª Região http://www.trf1.gov.br/
Tribunal Regional Federal da 2ª Região http://www.trf2.gov.br/
Tribunal Regional Federal da 3ª Região http://www.trf3.gov.br/
Tribunal Regional Federal da 4ª Região http://www.trf4.gov.br/trf4/